

**COMMUNICATION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU
BURKINA FASO, A L'OCCASION DU DEUXIEME CONGRES DE LA
CONFERENCE MONDIALE SUR LA JUSTICE
CONSTITUTIONNELLE,**

**ORGANISE PAR LA COUR SUPREME FEDERALE DU BRESIL ET LA
COMMISSION DE VENISE DU CONSEIL DE L'EUROPE,
A RIO DE JANEIRO, BRESIL, DU 16 AU 18 JANVIER 2011,**

**SUR LE THEME « SEPARATION DES POUVOIRS ET
L'INDEPENDANCE DES COURS CONSTITUTIONNELLES ET
INSTANCES EQUIVALENTES ».**

INTRODUCTION

Le principe de la séparation des pouvoirs, tel que systématisé par Montesquieu¹, concerne les trois pouvoirs constitués que sont le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. Ils sont conditionnés, subordonnés au pouvoir constituant originaire puisque c'est lui qui les crée et leur attribue des compétences. Le principe de séparation ne joue donc qu'entre ces pouvoirs, chaque organe étant spécialisé dans l'exercice d'une fonction. Ainsi, le parlement vote les lois dans le respect des libertés publiques, les tribunaux qui incarnent le pouvoir judiciaire, exercent en toute indépendance leurs fonctions en veillant à leur conformité avec la Constitution et en veillant au respect du domaine de la loi par l'exécutif. Une question se pose.

Les juridictions constitutionnelles et instances équivalentes, peuvent elles s'inscrire dans la formulation du principe de la séparation des pouvoirs ? Dans la plupart des Etats, elles ne font pas partie de l'appareil judiciaire. Ainsi une juridiction constitutionnelle peut être défini comme « un organe indépendant, placé hors hiérarchie, qui dit le droit au nom de l'Etat, avec force de vérité légale² ».

Au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel est un organe autonome situé en dehors de l'appareil judiciaire³. Mais cela n'empêche pas que sur un plan purement protocolaire, le Conseil constitutionnel soit considéré comme le représentant du pouvoir judiciaire.

Mais quels que soient leur statut, leur appellation ou leur dénomination, les juridictions constitutionnelles sont à l'instar des pouvoirs publics, exécutifs et parlement, des pouvoirs constitués émanant de la volonté du pouvoir constituant. La séparation des pouvoirs étant un principe constitutionnel, les juridictions constitutionnelles se doivent de veiller à son respect.

Mais peut-on la considérer comme le seul déterminant de l'indépendance de ces juridictions ? C'est une condition nécessaire de leur indépendance car on ne peut contrôler efficacement un organe dont on dépend. L'indépendance du contrôleur vis à vis du contrôlé doit être garantie d'autant que le contrôle politique s'est révélé inefficace du fait de la coïncidence entre majorité parlementaire et majorité présidentielle dans les régimes parlementaires contemporains.

La plupart des textes régissant les juridictions constitutionnelles comportent des dispositions dans ce sens. Mais la séparation des pouvoirs n'est pas une

¹ Montesquieu : De l'Esprit des lois, 1748.

² M. Waline « éléments d'une théorie de la juridiction constitutionnel en droit positif français », RDP. 1928,

³ Cf. titre XIV de la Constitution du 11 juin 1991.

condition suffisante de l'indépendance des juridictions constitutionnelles car de nombreux Etats sont dotés de constitutions consacrant expressément ou implicitement la séparation des pouvoirs et possèdent des Cours constitutionnelles dont l'aura et l'autorité diffèrent selon les lieux. En effet, il y'en a qui ont plus de pouvoirs que d'autres et évoluent dans un environnement politique favorable, les gouvernants s'efforçant de se plier devant leurs décisions. D'autres, moins bien nantis, ont non seulement très peu de pouvoirs, comme si leur création était une conditionnalité, mais en plus, elles œuvrent dans un contexte politique où la peur et la crainte sont les hantises des juges. Crainte de rendre des décisions qui soient mal accueillies dans les milieux parlementaires et politiques, surtout les décisions d'annulation des lois quand on sait que dans les régimes politiques contemporains, l'exécutif est le législateur de droit commun et le parlement, le législateur d'exception. Aussi, agissent-ils avec pusillanimité.

La séparation des pouvoirs est donc loin d'être une garantie suffisante de l'indépendance des juridictions constitutionnelles. Tout dépend d'un ensemble de facteurs liés à l'environnement, au contexte politique, à l'audace et à l'autorité des juges constitutionnels.

Mais cette indépendance ne donne pas carte blanche aux juridictions constitutionnelles pour s'opposer frontalement aux pouvoirs constitués qui ont du reste une légitimité démocratique, députés et chefs de l'exécutif étant élus au suffrage universel direct.

I La séparation des pouvoirs, condition nécessaire de l'indépendance des juridictions constitutionnelles.

Il s'agira d'examiner les garanties juridiques d'indépendance offertes par les textes à l'institution constitutionnelle ou assimilée (A) et celles dont jouissent les animateurs de ces institutions à savoir les juges constitutionnels (B).

A. Les manifestations d'indépendance de l'institution constitutionnelle

Les magistrats professionnels jouissent du principe d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions. Au Burkina Faso, l'article 129 de la Constitution du 11 juin 1991 affirme de manière péremptoire que « le pouvoir judiciaire est indépendant ». Cette disposition sera reprise par l'article 4 de la loi organique n° 036-2001/AN du 13 décembre 2001 portant statut du corps de la magistrature, en ces termes :

« Les magistrats sont indépendants. Hors les cas prévus par la loi et sous réserve de l'exercice du pouvoir disciplinaire, les magistrats ne peuvent être inquiets en aucune manière, en raison des actes qu'ils accomplissent dans l'exercice de leurs fonctions ou à l'occasion de cet exercice.

Aucun compte ne peut être demandé aux juges des décisions qu'ils rendent ou auxquelles ils participent ». Les juges constitutionnels bénéficient également d'une indépendance pour remplir leur mission. Mais cela ne suffit pas car la juridiction constitutionnelle doit être dans une situation d'autonomie totale vis-à-vis des pouvoirs publics. C'est généralement le cas dans certains pays mais dans d'autres, les juridictions constitutionnelles telle celle du Burkina Faso qui a fonctionné de 1991 à 2002, étaient en étroite dépendance vis-à-vis de la Cour suprême.

En effet, la Chambre constitutionnelle partageait avec les autres formations de cette juridiction suprême (chambre administrative, chambre judiciaire et dont les services du greffe et du parquet, ce qui était original pour une juridiction constitutionnelle. En plus, elle ne disposait pas d'un budget propre. Mais depuis la loi de révision constitutionnelle de 2000, la Chambre constitutionnelle a été transformée en juridiction autonome : le Conseil constitutionnel. C'est une institution qui fonctionne sous la seule autorité de son président. Elle ne dépend d'aucun ministère.

Le président du Conseil constitutionnel est donc le premier responsable de l'administration et de la discipline. IL est l'ordonnateur du budget du Conseil dont il établit le projet dans le cadre du budget général. En clair, il ne bénéficie pas, à l'instar des juridictions constitutionnelles des autres pays ayant la même tradition juridique que le Burkina Faso, de l'autonomie financière.

Il veille à la sécurité de l'institution et peut, à cet effet, requérir la force publique et toutes les autorités dont il juge le concours nécessaire.

Il dispose d'un siège propre et d'un personnel qu'il nomme et procède librement à son redéploiement.

Il propose le secrétaire général, dirige les débats, désigne en toute indépendance, les délégués du Conseil constitutionnel chargés de la supervision des élections. Il peut donc imprimer sa personnalité à l'institution.

Pour son fonctionnement, le Conseil s'est doté le 06 mai 2008 d'un règlement intérieur librement adopté.

De plus, c'est de façon discrétionnaire que le président désigne par ordonnance un rapporteur qui prend toutes les initiatives nécessaires. Il n'est pas lui-même rapporteur mais il est arrivé qu'il prenne le relais d'un rapporteur désavoué par

exemple dans l'avis émis par le Conseil constitutionnel sur la Constitutionnalité du statut de Rome de 1998 sur la Cour pénale internationale.

Comme toute juridiction constitutionnelle, le Conseil a la possibilité d'examiner la constitutionnalité d'un texte ultra petita. C'est assurément une auto saisine qui ne dit pas son nom et la manifestation d'une certaine indépendance du juge constitutionnel par rapport au juge ordinaire.

L'indépendance disciplinaire du Conseil constitutionnel résulte enfin des articles 5 et 11 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel. En effet, l'article 11 de ladite loi prévoit la possibilité de mettre fin, à titre provisoire ou définitif aux fonctions de membre du Conseil constitutionnel dans le respect du principe du parallélisme des formes et des droits de la défense mais après avis conforme du Conseil. Cet avis conforme fait du Conseil un co-auteur de la décision portant sanction infligée au membre concerné.

Par ailleurs, l'article 5 du même texte prévoit que la poursuite des membres du Conseil constitutionnel au plan pénal est subordonnée à l'autorisation du Conseil sauf en matière de flagrant délit.

En dépit des garanties d'indépendance évoquées et des marges manœuvres dont dispose le Conseil, il est regrettable que le président de cette institution n'ait pas de mandat précis. En tout cas, rien ne dit que son mandat correspond à celui des autres membres qui est de neuf ans non renouvelable.

Sa fonction n'a donc pas de durée et cette situation le rend vulnérable et peut le pousser à tourner les textes pour plaire le plus longtemps possible aux autorités de nomination, toute chose qui ne va pas sans affecter sa mission de contrôle. Le contrôleur qu'il est, perd sa sérénité et le calme olympien qui devrait être le sien tant l'absence d'un mandat crée une situation extrêmement préjudiciable à l'indépendance et à la crédibilité de la juridiction constitutionnelle.

Cette question est si sensible qu'elle a fait l'objet d'une recommandation de la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême suite à la décision n°02/CS/CC du 31 août 2000 relative à la constitutionnalité de la loi organique n°11-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil constitutionnel et procédure applicable devant lui.

Ailleurs, le Président est élu par ses pairs⁴. Mais cela ne va pas toujours sans inconvénient car ce mode de désignation fait apparaître nécessairement des clivages entre ceux qui ont soutenu le Président et ceux qui ne l'ont pas soutenu. Cette indépendance prévue par les textes est malheureusement souvent menacée dans la pratique parce qu'il est difficile d'admettre qu'un organisme qui ne

⁴ Au Bénin le Président de la Cour constitutionnelle est élu par ses pairs.

procède pas du suffrage universel, puisse l'emporter sur la volonté des représentants du peuple. L'indépendance, estime-t-on, ne lui confère pas un pouvoir exorbitant.

Le Conseil constitutionnel serait-il devenu un censeur contestable ? Quelle serait alors la portée des dispositions constitutionnelles qui interdisent de contester les décisions du juge constitutionnel dans la plupart des pays comme celles de l'article 159, alinéa 2 de la Constitution du Burkina Faso de 1991 ? Cet article dispose en effet que les « décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Si ces interrogations sont légitimes, il y a lieu cependant de nuancer nos propos car les situations sont variables d'un pays à l'autre.

Au Burkina Faso, l'exécutif, sans vouer un respect religieux à l'égard des décisions du Conseil constitutionnel, les vise parfois dans ses actes. Il en est ainsi des avis émis sur la constitutionnalité des accords ou conventions de crédit, de prêt, de financement ou de dons qu'il vise dans les décrets de ratification desdits instruments quand il ne reproduit pas in extenso ces avis au Journal officiel. Est-ce pour satisfaire à une conditionnalité de certains partenaires financiers. La question mérite d'être posée. Mais ce n'est pas toujours que l'exécutif se plie devant les décisions de l'organe juridictionnel.

En effet, à propos de l'Acte constitutif de l'Union Africaine qui a été adopté à Lomé (Togo) le 11 juillet 2000 et que le Premier Ministre avait déféré à la Chambre constitutionnelle pour contrôle de constitutionnalité, ladite Chambre a émis l'avis juridique n°11/CS/CC du 8 juin 2001 par lequel elle a déclaré que l'Acte constitutif de l'Union Africaine est conforme à la Constitution au regard de son article 146 qui autorise le Burkina Faso à conclure avec tout Etat africain des accords d'association ou de communauté impliquant un abandon total ou partiel de souveraineté. Toutefois, elle a estimé que la loi n°001-2001/AN du 6 février 2001 portant autorisation de ratification dudit Acte est contraire à l'article 147 de la Constitution car elle substitue au référendum la procédure législative d'autorisation de ratifier. Le gouvernement est passé outre cet avis.

Cette mauvaise parenthèse étant refermée, il faut noter que de son côté, le parlement applique assez souvent les décisions du Conseil constitutionnel. En effet, l'avis émis par cette juridiction constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois ordinaires d'orientation de la décentralisation⁵, a été à l'origine de

⁵ Avis juridique n° 2003-36/cc du 17 décembre 2003 sur la conformité à la Constitution des lois n° 048-2003, 049-2003, 050-2003 et 051-2003 du 6 août 2003 portant modification des lois 040-1998, 041-1998, 042-1998, et 043-1998 du 3 août 1998 et du 6 août 1998.

l'élaboration et de l'adoption par l'Assemblée nationale du code général des collectivités territoriales. On se rappelle que le Conseil constitutionnel a censuré quelques unes des dispositions de ces lois et l'Assemblée nationale, au lieu de reprendre sa copie pour correction, a choisi d'édicter à la place, un nouveau code général des collectivités territoriales.

C'est la preuve qu'elle n'est pas passée outre cette décision de censure. Mieux, elle a indirectement pesé sur la préparation par le gouvernement et sur la discussion par le parlement de la loi édictant ledit code.

On sait par ailleurs que l'article 2, alinéa 1 de la loi n°11- 2000/ AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil constitutionnel et procédure applicable devant lui, qui prévoyait la prise en compte de l'avis du Conseil Supérieur de la Magistrature dans la nomination des magistrats au Conseil constitutionnel, a été modifié par la loi organique n°034-2000/AN du 13 décembre 2000. Cette loi modificative comporte la formule « sur proposition du Ministre chargé de la justice ». Il est important de noter que cette modification est intervenue suite à la décision n°02-2000/CS/CC du 31 août 2000 sur la constitutionnalité de loi organique n°11-2000 relative au Conseil constitutionnel. Par cette décision, le Conseil avait déclaré la formule « Après avis du Conseil Supérieur de la Magistrature » inconstitutionnelle. Le législateur organique a donc tiré les conséquences de cette décision en biffant la formule incriminée.

De ce qui précède, on peut inférer que les décisions du Conseil constitutionnel ont, au Burkina Faso, un certain impact sur les pouvoirs publics.

B. Les garanties d'indépendance des juges constitutionnels

Dans tous les pays, on trouve un minimum de règles destinées à assurer aux juges constitutionnels une indépendance vis-à-vis du pouvoir politique. Ces règles sont relatives à la durée du mandat, à la nomination, à l'inamovibilité des fonctions, au non renouvellement de mandat et aux incompatibilités.

Au Burkina Faso, le Conseil constitutionnel est un organe juridictionnel qui comprend dix membres dont trois sont nommés par le Président du Faso qui nomme en outre le Président de l'Institution, trois magistrats sur proposition du Ministre de la justice, garde des sceaux et trois membres nommés par le président de l'Assemblée nationale. C'est donc l'exécutif et le législatif, deux pouvoirs constitués, qui interviennent dans leur nomination.

Les nominations sont toujours sujettes à polémique car toute nomination est politique parce que faite par une autorité politique. Mais l'important réside dans

la capacité des personnes nommées à rendre la justice constitutionnelle en toute indépendance et impartialité sans tenir compte des autorités de nomination, en d'autres termes à assumer le devoir d'ingratitude à l'égard desdites autorités de nomination, comme disait maître Robert Badinter.

En dehors des trois magistrats dont la nomination est exigée par la Constitution, il n'existe aucun critère de désignation, ni aucune condition particulière de choix des juges constitutionnels. Par conséquent, les autorités de nomination nomment des personnes responsables provenant d'horizons divers avec cependant une prédominance des juristes.

En effet, aucune condition liée à la compétence professionnelle n'est exigée des membres, ni en ce qui concerne l'expérience juridique. Il n'y a pas non plus de condition tenant à l'âge des membres même si dans la plupart des cas, les textes africains imposent des conditions à remplir pour être nommé. S'il est vrai que l'âge avancé du juge est perçu souvent comme une garantie sérieuse d'indépendance parce qu'à soixante dix ans, on n'a plus de préoccupations d'avenir sur le plan professionnel, il est aussi vrai que dans la pratique, les personnes qui sont nommées comme membres du Conseil constitutionnel n'ont pas moins de cinquante ans d'âge et moins de vingt ans d'expérience professionnelle.

Ce système de nomination sans condition préalable, offre t-il des garanties d'indépendance au Conseil constitutionnel qui doit avant tout statuer en droit et non en opportunité alors qu'il comprend des personnes sans qualification. C'est une inquiétude légitime mais la pratique révèle que la présence de personnalités n'appartenant pas au monde du droit, ne paraît pas être un inconvénient majeur si celles-ci ont une solide connaissance des institutions politiques.

Les membres sont nommés pour un mandat de neuf ans non renouvelable à l'exception du Président dont la durée de fonction n'est pas précisée. Ce dernier point a déjà été évoqué pour qu'on y revienne. Neuf ans de mandat est sans doute une durée suffisante pour un juge constitutionnel pour accomplir avec sérénité et tranquillité sa mission de contrôle mais la liberté est moins grande pour les juges amenés à terminer le mandat d'un juge décédé avant d'être renouvelé. Ceci est loin d'être une hypothèse d'école car l'article 15 de la loi organique n°011-2000 /AN relative au Conseil constitutionnel dispose que « le membre du Conseil constitutionnel, désigné en remplacement de celui dont les fonctions ont pris fin avant leur terme normal, achève le mandat de celui qu'il remplace. A l'expiration de ce mandat il peut être nommé comme membre du Conseil constitutionnel pour son propre mandat ».

Toujours dans la logique de l'indépendance des juges constitutionnels, la fonction de membre du Conseil constitutionnel ne peut être cumulée avec celle de ministre, de parlementaire comme l'indique l'article 6 de la loi organique précitée relative au Conseil constitutionnel : « les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec la qualité de membre du gouvernement, l'exercice de tout mandat électif, de tout emploi public ou privé, civil ou militaire, de toute autre activité professionnelle ainsi que de toute fonction de représentation nationale ou d'administrateur de société ».

Les membres du Conseil constitutionnel sont inamovibles, c'est-à-dire qu'il ne peut être mis fin à leur fonction avant l'expiration de leur mandat sauf s'ils le demandent par une lettre de démission, pour incapacité physique ou lorsqu'ils font l'objet de poursuite pénale. Cette garantie les préserve des intempérances des pouvoirs publics.

II. La séparation des pouvoirs, une condition insuffisante de l'indépendance des juridictions constitutionnelles ou d'entités assimilées.

Les garanties statutaires ne suffisent pas pour asseoir l'indépendance du juge quel qu'il soit, juge ordinaire ou juge constitutionnel. Il en faut beaucoup plus car la pratique révèle que l'indépendance du juge est tributaire de plusieurs facteurs ; des facteurs endogènes liés à l'intégrité, à la crédibilité et à l'impartialité du juge et des facteurs exogènes liés aux pressions, contraintes et influences qui peuvent s'exercer sur lui car partout les juges n'échappent pas totalement à l'emprise directe et indirecte des autorités politiques.

L'indépendance de la justice est une quête permanente qu'un encadrement juridique seul ne peut suffire à assurer. Il faut un dépassement de ce cadre par la hardiesse et la témérité du juge sans pour autant adopter une attitude frondeuse à l'égard des pouvoirs publics.

A. Les limites de l'indépendance du juge constitutionnel

Nul n'ignore que par la nomination et le recrutement, les pouvoirs publics veulent s'assurer de la loyauté des juges constitutionnels, ils veulent s'assurer que ces juges nommés seront acquis à leur cause. Alors, pour éviter toute compromission avec le pouvoir politique, ils doivent demurer des arbitres neutres dans leur mission de contrôle. Qu'est-ce à dire ? Dans le contrôle de la constitutionnalité des lois par exemple, ils ne doivent pas porter des jugements sur la valeur intrinsèque de ces lois parce qu'ils ne doivent pas apprécier leur moralité mais leur conformité à la Constitution, n'étant pas juges de

l'opportunité. Pour ce faire, ils ne doivent se mêler en aucun cas des batailles politiques.

Ils doivent en revanche rester intègres face à leurs obligations et l'impartialité doit être leur qualité première. La nomination par les autorités politiques ne doit pas influencer leur prise de position parce qu'elle ne les lie pas et ne constitue pas une monnaie d'échange. C'est là véritablement la traduction de la célèbre expression de maître Robert Badinter déjà évoquée à savoir le devoir d'ingratitude. Par cette expression, l'ancien Président du Conseil constitutionnel français s'approprie l'appel suivant lancé aux juges constitutionnels : rester serviteur de la Constitution et censeur des lois. C'est plus facile à dire qu'à faire nous dira t-on ? L'indépendance du juge constitutionnel dépend en pratique de l'environnement juridico – politique dans lequel il se déploie. En effet, si dans certains pays notamment les pays où le niveau de culture juridique et démocratique est élevé, la tâche du juge est relativement aisée, il en va différemment dans d'autres pays où les décisions audacieuses des juridictions constitutionnelles peuvent avoir pour conséquences la suppression pure et simple de ces juridictions ou la tentative des pouvoirs publics d'invalider ces décisions. Souvenons-nous des validations législatives. Mais la principale limite des Cours constitutionnelles est le fait que le pouvoir constituant peut anéantir les censures qu'elles prononcent par une révision de la Constitution. Dans de tels pays, la déclaration d'inconstitutionnalité d'un texte qui tient à cœur aux gouvernants est toujours une épreuve difficile. D'autres exemples pratiques témoignent des menaces qui pèsent sur les juridictions constitutionnelles. En effet, la Cour constitutionnelle du Niger, après la proclamation de son arrêt n°04/CC/ME du 12 juin 2009 par lequel elle a annulé le décret n°2009-178/PRN/MI/SP/D du 05 juin 2009 portant convocation du corps électoral pour la révision de la Constitution de la sixième république, et déclaré inconstitutionnel à cet effet le référendum organisé par le régime du Président Tandja dans un domaine exclu par la Constitution, a été dissoute.

Dans un tel contexte, même les opinions dissidentes n'auraient été d'aucun secours si elles étaient instituées. La faculté pour les juges de rédiger une opinion séparée est la plupart de temps prévue par les statuts, mais elle n'est pas directement présentée comme une garantie d'indépendance des juges constitutionnels. C'est en effet par la pratique que les opinions séparées sont apparues comme l'expression la plus éclatante de l'indépendance des juges, contribuant à valoriser la légitimité de la juridiction⁶. De toute façon, le respect

⁶ Voy Wanda Mastor, les opinions séparées des juges constitutionnels, *Economica*, 2005, P.230.

du secret du délibéré interdit leur usage. Ainsi, si c'est une décision qui fait l'objet de contestation, on ne dira pas que c'est tel ou tel juge qui a pesé de tout son poids ou que c'est le Président qui a fait pencher la balance d'un côté ou de l'autre par l'usage de sa voix prépondérante. La décision est collégiale qu'elle soit mauvaise ou bonne.

A présent, examinons la jurisprudence constitutionnelle burkinabè qui comporte mutatis mutandis quelques aspects qui illustrent l'audace du juge.

B. L'audace du juge constitutionnel

Qu'est-ce que l'audace ?

Selon le Petit Robert, l'audace est la disposition ou le mouvement qui porte à des actions extraordinaires au mépris des obstacles et des dangers. Si du côté des juges constitutionnels l'audace est plus une question de tempérament que de garanties statutaires, du côté des juridictions constitutionnelles, l'audace dépend de facteurs multiples : la place qu'occupe la juridiction dans le système institutionnel du pays, sa perception par les citoyens et par les pouvoirs publics qui peuvent y voir un organe auquel on ne pense qu'à l'occasion des élections ou un véritable acteur de l'Etat de droit.

Le Conseil constitutionnel du Burkina Faso est né avec des nombreuses infirmités ou déficiences qui l'empêchent d'exercer convenablement les missions traditionnelles et modernes des juridictions constitutionnelles.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois qui est une de ses missions traditionnelles, traduit le dogme de l'infailibilité ou de l'irréprochabilité du parlement et l'idée que celui-ci peut faillir à sa mission et n'est donc pas au dessus de la constitution. Ce faisant, quand le Conseil constitutionnel critique, censure, oriente, et sanctionne, il apparaît comme allié du parlement puisqu'il réécrit la loi après avoir déterminé la disposition constitutionnelle en cause, et joue ainsi le rôle d'interprète et d'aiguilleur dans la mesure où il indique au parlement la voie à suivre. Il n'est cependant pas le seul interprète de la Constitution⁷ car en vertu de l'article 36 de la Constitution, le Président du Faso veille au respect de celle-ci. Il ne substitue pas pour autant sa propre appréciation à celle du législateur car la Constitution ne lui confère qu'un pouvoir d'attribution et non un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du parlement.

⁷ Son interprétation s'impose malgré tout car l'article 159 de la Constitution dispose que ses décisions s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles.

Autre mission, le contrôle du respect des règles constitutionnelles de répartition de compétences à l'occasion duquel il interdit aux pouvoirs constitués (exécutif et législatif) d'exercer leur compétence en dehors et au-delà des conditions et limites définies par le pouvoir constituant.

Au titre des missions nouvelles, le Conseil constitutionnel a des compétences restreintes puisqu'il n'a reçu formellement aucune mission de contrôle du respect des droits fondamentaux alors que dans de nombreux Etats, les juridictions constitutionnelles focalisent l'essentiel de leur activité sur la protection de ces droits⁸. De ce point de vue, on peut considérer l'année 1971 comme une année charnière pour le Conseil constitutionnel français.

Mais le juge constitutionnel du Burkina Faso exerce ce contrôle par le biais du contrôle par voie d'action quand l'occasion se présente. Son accessibilité étant limitée il lui fallait trouver les voies et moyens pour assurer l'effectivité de cette mission essentielle dans un Etat de droit. C'est dans ces conditions difficiles qu'il remplit tant bien que mal son office.

En dépit de ce sombre tableau, le Burkina Faso dispose d'une jurisprudence qui ne manque pas d'audace et qu'il convient à présent d'examiner.

La chambre constitutionnelle, dans un avis émis dans l'affaire ayant opposé la CNPP/PSD au PDP/PS et relative au départ de députés d'un groupe parlementaire en cours de législature pour s'agréger autour d'une nouvelle formation politique, a attiré l'attention des pouvoirs publics, de manière iconoclaste sur un vide juridique existant. Ce vide a été comblé par une révision de l'article 85 de la Constitution. Cet article révisé a été appliqué dans la décision n°2010-13/CC du 2 juin 2010 prononçant la déchéance d'un député de son mandat pour fait de « nomadisme » ou « transhumance politique » en cours de législature.

Par ailleurs, par son refus de censurer l'article 25 de la loi organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 relative au Conseil constitutionnel dans sa décision n°02/CS/CC du 31 août 2000 sur la constitutionnalité de ladite loi organique, le Conseil a hissé cet article du niveau législatif au niveau constitutionnel. Cet article dispose : « lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée par un justiciable devant une juridiction, quelle qu'elle soit, celle-ci est tenue de surseoir à statuer et de saisir le Conseil constitutionnel qui doit se prononcer sur la constitutionnalité du texte en litige dans le délai d'un mois qui court à compter de sa saisine par la juridiction concernée ». Cet article consacre,

⁸ Voy Marie- Madeleine Mborantsuo, la contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique, *Economica*, 2007, P. 311.

contrairement à la Constitution, le contrôle par voie d'exception ou contrôle a posteriori qui permet aux citoyens de participer à l'exercice de la fonction normative.

C'est une décision a priori audacieuse car le juge constitutionnel est réputé appliquer la Constitution c'est-à-dire la volonté du souverain exprimée par le pouvoir constituant lui même⁹. La chambre était consciente de l'innovation qu'introduit cet article dans le droit de saisine du Conseil constitutionnel mais elle ne l'a pas regretté puisqu'elle a souscrit au contraire à cette innovation. Mieux elle a suggéré un élargissement de l'accès au juge constitutionnel par l'institution d'une saisine par voie d'action directe au profit des personnes physiques et morales. Le législateur organique ce faisant, a outrepassé l'intention des auteurs de la Constitution, ce qui peut être interprété comme une révision voilée de ladite Constitution.

Est aussi digne d'intérêt, l'avis juridique n°2003-08/CC du 14 avril 2003 sur la conformité à la Constitution du Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale adopté le 17 avril 1998. Dans cet avis, le Conseil constitutionnel, a, par une interprétation constructive voire téléologique, déclaré le Statut de Rome conforme à la Constitution sans doute pour éviter une révision de celle-ci¹⁰. Cette interprétation, un peu tirée par les cheveux, concerne un instrument international qui comporte de nombreuses dispositions contraires à la Constitution. Tel est le cas des dispositions relatives aux droits des immunités, à l'amnistie et à la prescription. Cet avis juridique a été rendu au forceps si on l'en juge par sa rédaction embarrassée et le style dubitatif des motifs qui le sous-tendent. Ainsi on peut lire : « le Statut de Rome paraît conforme à la Constitution », « le Statut de Rome peut soulever des difficultés de conformité avec la Constitution », « considérant que ces dispositions de l'article 27 du Statut de Rome paraissent a priori heurter les dispositions des articles 138 et 139 de la Constitution ». Le Conseil constitutionnel reconnaît par la suite que le domaine d'application du Statut de Rome est totalement différent de celui visé par la Constitution et conclut sans ambages que le Statut de Rome n'est pas contraire à la Constitution. Une solution contraire aurait contraint les pouvoirs publics à réviser la Constitution avant de ratifier ledit Statut conformément à l'article 150 de la Constitution¹¹. Dans son interprétation extensive de la notion

⁹ Voy Michel Troper, l'interprétation constitutionnelle, P.20

¹⁰ Sur ce point, voir Marceau Long, le Statut pénal du Président de la République, RFDC n°56, octobre 2003, P.880.

¹¹ Cet article dispose que « si le Conseil constitutionnel, saisi conformément à l'article 157, a déclaré qu'un engagement international comporte une disposition contraire à la Constitution, l'autorisation de la ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution ».

de Constitution, le Conseil constitutionnel a gonflé le bloc de constitutionnalité. C'est une appréciation audacieuse qui renforce considérablement son autorité.

On ne peut passer son silence la décision n°2005-002/CC du 26 juillet 2005, par lequel le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution la loi organique n°020-2000/AN du 28 juin 2000 portant création, composition, attribution et fonctionnement du Conseil supérieur de l'information, loi que la Chambre constitutionnelle avait déclaré conforme à la Constitution par décision n°1CS/CC du 04 janvier 2001.

Notons également que par décision n°2007-03/CC du 04 juillet 2007 sur la conformité à la Constitution de la loi organique n°033-2006/AN du 21 décembre 2006 portant modification de la loi organique n°014-2000/AN du 16 mai 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement de la Cour des comptes et procédure applicable devant elle, le Conseil constitutionnel a déclaré ladite loi contraire à la Constitution parce qu'elle supprime en son article 8 le mandat des fonctionnaires nommés à la Cour des comptes et leur applique le Statut de la magistrature. Le Conseil a perçu en cette loi une volonté du législateur de procéder à un recrutement et à une nomination sur titre de fonctionnaires à la Cour des comptes. Cette intégration dans le corps de la magistrature de ces fonctionnaires est en contradiction avec l'article 15 de la loi organique n°036-2001/AN du 13 décembre 2001 portant Statut du corps de la magistrature et avec l'article 135 de la Constitution.

Cette décision traduit par conséquent le refus du Conseil constitutionnel d'assimiler à des magistrats professionnels des personnes qui ne sont pas des magistrats de fonction c'est-à-dire des allogènes. Elle assure du même coup la protection d'un corps de métiers.

Enfin, en matière d'élection, le Conseil constitutionnel s'autorise en vertu de l'article 44, alinéa 2 de son Règlement intérieur à rectifier d'office sa décision en cas d'erreur matérielle constatée. C'est une disposition que la sagesse commande car nul n'est infallible. Cette disposition atténue ainsi le caractère absolu de l'autorité de la chose jugée attachée à ses décisions.

Une fausse note cependant. Par avis juridique n°2007-03/CC du 20 avril 2007 sur la conformité à la Constitution du 02 juin 1991 de l'Accord de prêt n°UV0087 signé le 15 janvier 2007 entre le Burkina Faso et la Banque Islamique de Développement (BID) pour le financement du projet de construction de la section urbaine de la route nationale n°04 dans le cadre du projet d'interconnexion des routes nationales n°1 et n°4 à Ouagadougou, le conseil a jugé que ledit Accord de prêt est contraire à l'article 31 de la

Constitution qui dispose que « le Burkina Faso est un Etat démocratique, unitaire et laïc. Le Faso est la forme républicaine de l'Etat ».

En effet, l'article 22, alinéa 1^{er} de l'Accord dispose que « le présent Accord est soumis, pour son exécution et son interprétation, aux principes de la charia islamique.

Le même Accord a été à nouveau soumis au Conseil constitutionnel pour examen et par avis juridique n°2007-11/CC du 20 juillet 2007, celui-ci l'a déclaré conforme à la Constitution en éludant les dispositions incriminées sur la charia islamique. Pourquoi cette volte-face ?

Le Conseil a-t-il voulu éviter d'entraver les efforts de financement d'un projet de construction de routes nationales ? Tout porte à le croire mais alors le droit s'est-il incliné devant les exigences du développement ? Le manque de témérité a certainement habité les juges constitutionnels placés en quelque sorte entre le marteau et l'enclume. Juridiquement, cela est regrettable même si on est en présence d'un avis juridique et non d'une décision juridictionnelle à laquelle s'attache l'autorité absolue de la chose jugée. Cette décision peut décrédibiliser le Conseil constitutionnel et susciter l'ire des démocrates et des juristes.