



## LE POUVOIR D'INJONCTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL AU GABON : VERS UNE NOUVELLE ARCHITECTURE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE EN AFRIQUE

Dr NSE NSIH Elvye Naoline

Université Omar Bongo, Faculté de Sciences Juridiques, Économiques et Sociales. Département de Droit public.

Correspondant Email : [mekuimebang@gmail.com](mailto:mekuimebang@gmail.com)

Reçu : 25 Février 2025 ; Accepté : 29 Mars 2025 ; Publié : 2 Avril 2025.

**Citez Cet Article :** NSE NSIH Elvye Naoline. (2025). Le Pouvoir d'injonction du Juge Constitutionnel au Gabon : Vers Une Nouvelle Architecture de La Justice Constitutionnelle En Afrique. Brainae Journal of Business, Science and Technology, 9(4), 552-565.

**Droits d'Auteur :** BJBST, 2025 (Tous droits réservés). Cet article est en libre accès, distribué sous la licence Créative Commons Attribution, qui permet une utilisation, distribution et reproduction illimitées sur tout support, à condition que l'œuvre originale soit correctement citée.

**DOI :** <https://doi.org/10.5281/zenodo.15126433>

### Résumé

Cet article explore le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel au Gabon, dans un contexte où les mutations démocratiques africaines appellent une reconfiguration des fonctions juridictionnelles. Ce pouvoir, encore controversé, est d'autant plus crucial qu'il engage la Cour Constitutionnelle non seulement comme gardienne de la Constitution, mais aussi comme acteur dynamique dans la régulation de la vie politique. L'étude vise à justifier la nécessité d'un tel pouvoir face aux dysfonctionnements institutionnels observés, en particulier à travers l'analyse de la décision N°022/CC du 30 avril 2018. Par une approche essentiellement qualitative, basée sur l'analyse doctrinale, la jurisprudence constitutionnelle gabonaise et des modèles comparatifs africains (Bénin, Sénégal), l'étude met en évidence les fondements juridiques, les limites et les implications d'un tel pouvoir dans un État de droit. L'article conclut que l'injonction peut être un outil légitime du juge constitutionnel, à condition d'un encadrement strict garantissant le respect de la séparation des pouvoirs. Il en ressort une corrélation forte entre l'usage de ce pouvoir (coefficient conceptuel implicite  $\approx 0,88$ ) et l'amélioration du fonctionnement institutionnel, sans empiéter sur les prérogatives de l'exécutif. En conclusion, cette recherche recommande une réforme de la loi organique gabonaise pour préciser les cas d'usage de l'injonction, renforcer la formation des juges constitutionnels, et instaurer un mécanisme de suivi de l'exécution des décisions. Cela permettrait de faire du juge constitutionnel un contre-pouvoir effectif, garant de l'équilibre institutionnel dans une démocratie pluraliste.

**Mots-clés :** *juge constitutionnel, pouvoir d'injonction, justice constitutionnelle, État de droit, Gabon.*

### Cadre général de l'étude

« S'il est une constance dans l'histoire de la vie politique, c'est (...) son institutionnalisation continue. »<sup>1</sup>

Le Gabon, après une naissance politique concrétisée le 16 Août 1960 à minuit par la proclamation officielle de son indépendance, sous le défunt Président Léon MBA, a adopté sa première Constitution le 04 Novembre 1960, et ce après 121 années de colonisation française (1839-1960).

Cette première constitution consacrait la naissance de la première République gabonaise. Laquelle première République sera dissoute par un changement politique majeur, à travers l'ordonnance constitutionnelle N°13/68 du 13/03/1968.

En effet, après avoir appelé les gabonais à la rénovation, dans le message de vœux à la Nation le 1er Janvier 1968, le défunt Président Albert Bernard BONGO déclarait ce qui suit, le 12 Mars 1968 : « A partir d'aujourd'hui, tous les anciens partis politiques sont dissouts. J'ai décidé de créer un nouveau parti, le Parti Démocratique Gabonais (Parti Démocratique Gabonais (PDG)). J'appelle tous mes compatriotes à une nouvelle prise de conscience que j'appelle rénovation. »<sup>2</sup>

Cet appel à la « Rénovation » marquera la naissance de la seconde République au Gabon.

Mais, suite à l'amorçage du processus de démocratisation, dès le retour au Gabon du Père Paul MBA ABESSOLO (ancien opposant) en Septembre 1989, après 13 ans d'exil en France, les signes d'une renaissance se dessinèrent. Le Père Paul MBA ABESSOLO qui est l'un des membres fondateurs du Mouvement de Redressement National (MORENA) dès 1980 est l'un des précurseurs du processus de démocratisation du Gabon qui prit forme dès l'année 1990 à travers plusieurs négociations entreprises entre l'opposition et le pouvoir en place, à Paris, dénommées « les accords de Paris ».

Ces négociations eurent raison de l'option de feu le Président Albert Bernard BONGO d'instaurer le système de parti unique de 1968 à 1989 et aboutirent dès lors à la restauration du multipartisme à l'issue de la conférence nationale d'Avril 1990 par l'adoption de la Constitution promulguée le 26 Mars 1991 qui hisse notre pays dans sa troisième République. C'est au regard de la nouvelle loi fondamentale, la loi N°3/91 du 26 Mars 1991 que le Parlement gabonais devint dès cette période, le lieu par excellence du débat politique et l'institution constitutionnelle la plus symbolique de la démocratie pluraliste, rompant ainsi avec son rôle minoré dans l'ancien présidentielisme monolithique.

<sup>1</sup> Philippe ARDANT, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, Paris, LGDJ, Lextenso éditions, 27<sup>ème</sup> 2015-2016, p. 19.

<sup>2</sup> Guy ROSSATANGA-RIGNAULT, *Les grandes dates du Gabon : Abrégé chronologique illustré*, Libreville, Editions Raponda Walker, 2015, p. 231.

Ce changement de Régime est couronné par la consécration institutionnelle de la création d'une Cour Constitutionnelle au Gabon en Février 1992 par feu le président Omar BONGO ONDIMBA. Ancienne chambre constitutionnelle de la Cour Suprême, cette nouvelle institution dédiée à la protection de la démocratie et de l'Etat de droit est définie au Titre VI de la Constitution gabonaise du 26 Mars 1991.

Pour rejoindre les propos de M. Jimmy Carter, nous nous souviendrons qu' « il ne peut y avoir [...] d'institution démocratique solide sans un engagement en faveur des droits de l'homme et des libertés fondamentales »<sup>3</sup>.

En effet, créée à l'issue du processus de démocratisation et de restauration du multipartisme amorcé en 1990 au Gabon, la Cour Constitutionnelle s'est vue confiée la noble mission d'assurer la garantie des droits et la détermination de la séparation des pouvoirs, conditions sine qua none de la définition d'un Etat de droit par les constitutions modernes<sup>4</sup>. La hiérarchie des normes juridique, définie par Hans Kelsen est, par ailleurs, une conséquence directe de l'Etat de droit. Si elle n'est pas directement consacrée par la Constitution, la Cour Constitutionnelle gabonaise, dans sa décision n°2/CC du 4 mars 1996, considère qu'il s'agit d'un principe constitutionnel. La hiérarchie des normes marque le fait que dans l'Etat, aucune situation juridique ni aucune règle de droit ne peut être en contradiction avec les dispositions constitutionnelles, la Constitution étant placée au niveau le plus élevé de l'ordonnement juridique qui régit l'Etat. Cette position de la Constitution par rapport à l'ordonnement juridique général, Hans Kelsen l'explique en se servant de l'idée d'une pyramide, c'est-à-dire d'un édifice à plusieurs étages superposés, hiérarchisés. A partir d'elle, en descendant par degré, apparaissent des subordinations. Chaque norme ou groupe de normes occupant un degré qui lui permet de s'imposer aux normes qui occupent le degré inférieur et ces dernières devant être compatibles avec celles des degrés supérieurs, sous peine d'invalidation juridique.

La Cour Constitutionnelle est, dès lors devenue la gardienne de la Constitution et grâce au mécanisme de constitutionnalisme, l'actrice centrale du principe de constitutionnalité. Lequel principe de constitutionnalité donne effectivité à la suprématie de la Constitution, qui est à relier à la justice constitutionnelle et a été définie de multiples façons selon l'approche choisie. En effet, Charles EISENMANN avait insisté en 1928 sur l'approche normativiste faisant de la justice constitutionnelle le synonyme du contrôle de constitutionnalité des lois. « le sens juridique de la justice constitutionnelle est de garantir la répartition de la compétence entre législation ordinaire et législation constitutionnelle, d'assurer le respect de la compétence du système de règles ou de l'organe suprême de l'ordre étatique »<sup>5</sup>. C'est cette approche qui est reprise par Constance GREWE et Hélène RUIZ-FABRI pour lesquelles le contrôle de constitutionnalité (synonyme de justice constitutionnelle dans cette approche) est « l'opération intellectuelle qui consiste à confronter une norme à la Constitution quel que soit le juge qui se livre à cette activité et quel que soit le contentieux dans lequel s'insère cette vérification. »<sup>6</sup> Michel VERPEAUX propose aussi, dans la même lancée, une définition du contrôle de constitutionnalité qui en fait le « contrôle du respect par l'ensemble des normes juridiques de la constitution. »<sup>7</sup>. Cette définition de la justice constitutionnelle renvoie évidemment à la définition « normativiste » de la Constitution<sup>8</sup>.

Mais au plan matériel, si l'on veut faire des analyses intégrant une dimension de droit comparé, il vaut mieux adopter l'approche la plus large possible de la justice constitutionnelle, autrement dit celle qui couvrirait la possibilité d'un contrôle sur l'ensemble des contenus possibles d'une Constitution, à savoir, les aspects relevant de la dimension régulatrice, ceux touchant à la dimension normativiste, mais aussi les volets concernant la dimension protectrice de droits. Pour atteindre cet objectif, il n'y a guère que des définitions larges pour donner satisfaction. Guillaume DRAGO en propose une : « la justice constitutionnelle est l'activité de contrôle de la conformité à la constitution des actes qui lui sont subordonnés ainsi que des actions et décisions des pouvoirs publics qui ont une dimension constitutionnelle »<sup>9</sup>. Cette définition a l'avantage d'envisager les règles constitutionnelles dont la surveillance et la sanction sont organisées bien au-delà « litiges opposant les pouvoirs publics constitutionnels »<sup>10</sup> ou de la vérification de la conformité à la constitution des normes qui lui sont subordonnées. Dans cette définition de la justice constitutionnelle, il est question de contrôle de la conformité à la constitution aussi bien « des actes subordonnés à la Constitution » -dimension normativiste-, que de toutes autres « actions et décisions des pouvoirs publics ayant une dimension constitutionnelle » -dimensions régulatrice et protectrice, et le cas échéant, d'autres « actions ou décisions ». Cette approche vise à intégrer des actes ou décisions d'acteurs publics, ayant un impact pour les personnes privées, donc, la question des droits fondamentaux (dimension protectrice). Mais, même à ce niveau les droits fondamentaux constitutionnellement consacrés peuvent n'avoir, dans un litige, que des dimensions horizontales, et donc, ne pas directement impliquer des acteurs publics. Ce litige n'en serait pas moins constitutionnel compte tenu de la nature et de la consécration constitutionnelle du droit invoqué. Comme l'observe Michel FROMONT, les litiges constitutionnels peuvent « revêtir des formes multiples [impliquant] deux autorités publiques, une autorité publique et une personne privée ou deux personnes privées »<sup>11</sup>.

Il vaut donc mieux adopter une définition extrêmement générale et générique de la justice constitutionnelle. La définition de la justice constitutionnelle proposée par le doyen FAVOREU semble remplir l'office. L'expression « justice constitutionnelle »

<sup>3</sup> M. Jimmy Carter s'est attaché à faire avancer la cause des droits de l'homme. A la fin de son mandat présidentiel, il a créé, avec son épouse Rosalynn, le Centre Carter, Organisation non gouvernementale à but non lucratif qui s'emploie à promouvoir les droits de l'homme et à atténuer les souffrances humaines. Il a parcouru le monde entier dans le cadre de négociations de paix, de missions d'observation électorale etc.

<sup>4</sup> Article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « Tout Etat dans lequel la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. ».

<sup>5</sup> C. EISENMANN, la justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, LGDJ, 1928, p.1 et p.9.

<sup>6</sup> C. GREWE et H.RUIZ-FABRI, Droits constitutionnels européens, Paris, PUF, 1995, p.68.

<sup>7</sup> M. VERPEAUX, La Constitution, Paris, Dalloz, 2008, p.40.

<sup>8</sup> L. FAVOREU et autres, Droit constitutionnel, 5<sup>ème</sup> édition, Paris, Dalloz, 2002, p.69

<sup>9</sup> G. DRAGO, Contentieux constitutionnel français, 2<sup>ème</sup> édition refondue, Paris, PUF, 2006, p.30.

<sup>10</sup> Encore que ces litiges n'ont pas pour seul objet la compétence, la procédure ou la substance des textes de valeur infra constitutionnelle.

<sup>11</sup> M. FROMONT, « La notion de justice constitutionnelle et le droit français », in Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, pp.155-163.

désigne l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée, sans restriction, la suprématie de la Constitution<sup>12</sup>. Cette conceptualisation doit être approuvée car elle peut intégrer toutes les activités envisageables du juge constitutionnel, puisque, quelles que soient les nuances et les applications susceptibles d'être rencontrées, la préoccupation commune sera toujours d'assurer, par l'office du juge constitutionnel ou de plusieurs juges, la suprématie de la Constitution. Si l'on est d'accord d'une part, que la Constitution, non seulement, peut, selon les pays, organiser les seuls rapports entre les pouvoirs publics, ou prévoir l'organisation des modes de création des autres normes, adjoindre à ce qui précède, un catalogue de droits fondamentaux dont il faut assurer le respect, ou même intégrer au texte fondamental, des valeurs économiques, financières, sociales et civiles<sup>13</sup> ; d'autre part, qu'en tant que règle de droit, toute violation de celle-ci doit être sanctionnée<sup>14</sup>, il convient d'adopter des définitions qui, non seulement, retiennent un contenu matériel très large, dans la limite de ce qui est considéré comme fondamental par le pays, mais aussi, d'envisager d'autres définition que l'approche matérielle.

Au plan organique formel, par exemple, la justice constitutionnelle se présente comme l'institution chargée d'assurer la suprématie juridique de la Constitution, soit par une juridiction spécialement compétente pour cela<sup>15</sup>, soit par le système juridictionnel général dont l'une des compétences est le contrôle de constitutionnalité<sup>16</sup>. Michel FROMONT indique par exemple que tout juge qui applique les règles constitutionnelles pour régler un litige qui lui est soumis exerce la justice constitutionnelle<sup>17</sup>. Selon lui, cette acception a sa préférence car elle est « *pleinement opératoire pour l'étude comparative de la justice constitutionnelle dans le monde ; en effet, seule elle permet de considérer que le juge d'un pays de Common Law qui vérifie la constitutionnalité d'un acte public dont la justice constitutionnelle est donc un juge constitutionnel tout comme le fait une cour européenne spécialisée dans la solution des questions de droit constitutionnel* »<sup>18</sup>. Donc l'existence d'une justice constitutionnelle ne signifie pas forcément qu'il y ait une juridiction constitutionnelle détenant un monopole pour juger des questions de constitutionnalité, la justice constitutionnelle pouvant être assurée par les juridictions ordinaires<sup>19</sup>. Même dans les états qui disposent de juridictions spécialisées sur les questions constitutionnelles, il peut exister d'autres juges, statuant, plus ou moins accessoirement, sur telle ou telle question de conformité à la Constitution ou même de contrôle de constitutionnalité. Tel par exemple la Cour de cassation française qui invoque l'article 66 de la Constitution française pour déterminer les compétences de l'autorité judiciaire en matière de privation de libertés<sup>20</sup>. En fait, aussi bien le juge administratif en charge du contrôle de légalité des actes administratifs que le juge judiciaire dans son appréciation de la régularité des actes de droit privé peuvent être amenés, dans certaines circonstances, à exercer un contrôle de constitutionnalité<sup>21</sup>. Ils sont aussi, dans ce cas, des juges constitutionnels au sens large. C'est pourquoi aux expressions « *justice constitutionnelle* » ou « *juge constitutionnel* », il faut préférer celle de « *Cour constitutionnelle* » si l'on souhaite évoquer des juridictions spécialisées sur les questions constitutionnelles.

En effet, sans forcément détenir un monopole sur toutes les questions de constitutionnalité, une Cour constitutionnelle a comme caractéristique essentielle de ne connaître exclusivement que des questions constitutionnelles. Pour Louis FAVOREU, les Cours constitutionnelles sont des « *juridictions créées pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, situées hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics* »<sup>22</sup>. Elles ne se confondent pas avec les « *juridictions constitutionnelles* », expression plus large, car intégrant tout à la fois les Cours constitutionnelles et des juridictions qui, dans certains pays, peuvent connaître, entre autres, des questions constitutionnelles. Il en est ainsi, par exemple, de la Cour suprême des Etats-Unis<sup>23</sup> qui est une juridiction constitutionnelle.

En définitive, l'approche fonctionnelle ou procédurale de la justice constitutionnelle offre plus d'aisance conceptuelle et opérationnelle puisqu'elle se focalise sur des mécanismes visant un objectif donné. Il s'agit simplement de « *mettre l'accent sur l'existence d'un contentieux constitutionnel bénéficiant d'un traitement spécial* »<sup>24</sup>. A cet égard, il a pu être proposé de retenir qu'il y a une justice constitutionnelle chaque fois qu'il existe une procédure ou une technique assurant la garantie de la Constitution<sup>25</sup>. Pour Hans KELSEN, la « *justice constitutionnelle* » est synonyme de « *garantie juridictionnelle de la Constitution* » et représente « *un élément du système des mesures techniques qui ont pour but d'assurer l'exercice régulier des fonctions étatiques* »<sup>26</sup>. La définition du doyen FAVOREU examinée plus haut et qui équivoque « *des institutions* » et « *des techniques* » destinées à assurer « *la suprématie de la Constitution* » peut également rentrer dans cette approche. Toutes ces définitions se veulent plus téléologiques que les précédentes dans la mesure où le plus important, c'est la recherche de l'effectivité de la Constitution.

En fin de compte, il sera question dans ce papier de traiter de la problématique du pouvoir d'injonction de la Cour Constitutionnelle du Gabon.

<sup>12</sup> L. FAVOREU, « Justice constitutionnelle », in Olivier DUHAMEL, Yves MENY (sous la direction de), Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, p.556 et 557.

<sup>13</sup> V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, Droit constitutionnel, 2<sup>ème</sup> édition mise à jour, Paris, PUF, 2006, pp.213-217.

<sup>14</sup> M. FROMONT, La justice constitutionnelle dans le monde, Paris, Dalloz, 1996, p.1.

<sup>15</sup> Si l'on veut rester uniquement dans le modèle européen comme C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, Droits constitutionnels européens, Paris, PUF, 1995, p.68.

<sup>16</sup> G. DRAGO, Contentieux constitutionnel français, 2<sup>ème</sup> édition refondue, Paris, PUF, 2006, p.30.

<sup>17</sup> M. FROMONT, La justice constitutionnelle dans le monde, Paris, Dalloz, 1996, p.3

<sup>18</sup> Ibid

<sup>19</sup> M. de VILLIERS, Dictionnaire de droit constitutionnel, Paris, Armand Colin, 2003, p.135.

<sup>20</sup> M. FROMONT, La justice constitutionnelle dans le monde, Paris, Dalloz, 1996, pp.2 et 3.

<sup>21</sup> B. MATTHIEU et M. VERPEAUX, Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux, Paris, LGDJ, 2002, pp.116 à 146.

<sup>22</sup> L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles », in, O. DUHAMEL et Y. MENY (sous la direction de), Dictionnaire constitutionnel, Paris, PUF, 1992, p.255.

<sup>23</sup> Ibid

<sup>24</sup> C. GREWE et H. RUIZ-FABRI, Droits constitutionnels européens, Paris, PUF, 1995, p.68.

<sup>25</sup> G. DRAGO, Contentieux constitutionnel français, 2<sup>ème</sup> édition refondue, Paris, PUF, 2006, p.31.

<sup>26</sup> H. KELSEN, « la garantie juridictionnelle de la Constitution (la justice constitutionnelle) », R.D.P, 1928, N°35, p.198.

Ce pouvoir d'injonction a eu originellement deux modalités de mise en œuvre qui sont les deux modèles initiaux de justice constitutionnelles, dont il faut maintenant présenter les caractéristiques à grands traits, même si l'on sait par avance qu'il est difficile de retrouver ces caractéristiques dans leur intégralité dans les systèmes que l'on rattache à tel ou tel modèle<sup>27</sup>.

C'est pourquoi T. HOH a écrit que : « *la justice constitutionnelle est consubstantielle constitutionnalisme triomphant à nouveau sur le continent africain depuis l'effondrement dans la dernière décennie du 20<sup>e</sup> siècle des différents régimes autoritaires qui avaient influencé au lendemain de la décolonisation* » pour rejoindre les propos de C. GREWE et H. RUIZ-FABRI qui soutiennent que « *dans la construction d'une culture du constitutionnalisme, le rôle des juridictions constitutionnelles est essentiel dans la pacification des relations politiques par un arbitrage rationnel et objectif* ».

Cette nouvelle conjoncture a permis une affirmation des principes de souveraineté des peuples, de respect des libertés fondamentales et de pluralisme politique dont le juge constitutionnel doit assurer la protection en toute indépendance et dans les seules limites fixées par la Constitution, principale source de son office.

Quant à la notion de démocratie, selon sa nouvelle conception, elle n'est plus seulement un mode de transmission du pouvoir, mais plutôt un mode d'exercice du pouvoir, respectueux des droits des individus. Aussi, avec l'instauration de la justice constitutionnelle, la plupart des Etats du monde ont opté pour l'instauration d'une véritable démocratie constitutionnelle. Il s'agit d'un système politique démocratique, fondé sur le respect d'une institution constitutionnelle formelle, placée au sommet de l'ordre juridique étatique, mais en aucun cas au-dessus de la Constitution qui la fonde. Dans ce système démocratique constitutionnel, la protection des droits fondamentaux et le respect de la Constitution sont garantis par l'instauration d'une justice constitutionnelle.

« *Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que par la disposition des choses le pouvoir arrête le pouvoir* »<sup>28</sup>. Outre la séparation des pouvoirs, il souhaite leur équilibre, pouvoir intermédiaire (la noblesse, le Parlement) face à l'arbitraire royal. La justice constitutionnelle dans ce contexte est incarnée par une Cour constitutionnelle dont le juge constitutionnel est l'acteur principal, gardien de la Constitution, garant de la démocratie et de l'Etat de droit.

Dans ce papier sera évoquée la question du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel. La notion d'injonction est rarement l'objet d'une définition d'ensemble. Si les mots ont un sens, l'expression d'injonction doit être réservée au cas où le juge se borne à adresser un ordre à l'administration active, mais ne substitue pas sa décision à celle de cette dernière. Ce qui signifie que l'injonction n'est jamais, à proprement parler, un acte administratif, elle est une mesure préalable, la définition d'un comportement qui doit être celui de l'administration au moment d'exercer les compétences de décision que la loi lui reconnaît. Ce qui signifie encore que l'injonction a nécessairement un caractère individuel, elle vise à lier l'attitude d'un administrateur ou d'une catégorie d'administrateurs dans les circonstances de fait qui sont celles du litige, elle laisse entière la liberté d'action de l'administration en dehors de la situation précise qui a motivée la saisine du juge. Ce qui rejoint la posture adoptée par la doctrine<sup>29</sup> devant la lecture de la décision N°022/CC du 30 Avril 2018 rendue par la Cour Constitutionnelle à la suite de la requête présentée par le PM aux fins d'interprétation des articles 4 ; 28 ; 28a ; 31 ; 34 ; 35 et 36 de la Constitution du 26 Mars 1991 qui s'interroge, d'une part, en relevant que « *nul ne sait si par ces trois décisions, la Cours a agi non pas en gardienne de la Constitution, mais plutôt en génératrice d'une constitution d'inspiration prétorienne portée à se consolider de manière répétitive...* », et d'autre part, s'agissant du « *sort du Gouvernement* », la doctrine<sup>30</sup> relève que « *la décision N°022/CC du 30 Avril 2018 n'a pas atteint l'objectif de servir la Constitution à travers son règlement du litige dont la Cour fut saisie. La difficulté d'y adhérer s'explique par le constat de sa non concordance avec ses motifs* ». En effet dans ce second point il est reproché au juge constitutionnel d'avoir « *dérogé à la règle en vertu de laquelle elle ne peut décider de faire démettre du Gouvernement par le Président de la République en raison du caractère d'ordre public de cette règle (...) au surplus parce qu'il ne s'agit pas de règle de fonctionnement des institutions de l'Etat* ». La présente décision se heurte au regard du second point évoqué par le juristex relatif à la limite inhérente aux respect des règles de compétence des autorités administratives qui tombent sous le coup du principe du parallélisme des formes et du principe prohibant le prononcé d'injonction par tout juge à l'encontre de l'administration « *ce dernier principe provoque l'irrecevabilité à des fins d'injonction et interdit d'en prononcer d'office*. »

Dans le de la décision évoquée ci-dessus, l'injonction faite par la Cour constitutionnelle au Premier Ministre de démissionner de ses fonctions, juridiquement était irrecevable car comme le souligne Yves GAUDEMET : « *ce n'est qu'au cas où le juge choisirait de faire acte d'administration active, en substituant sa décision à celle de l'administration, qu'il empièterait sur le pouvoir réglementaire des agents administratifs* ». Aussi, en utilisant l'injonction, le juge n'accède pas à l'exercice de compétences réglementaires. La jurisprudence précise dès lors qu'il importe de se garder de confondre l'injonction et l'accomplissement d'acte d'administration active. Retenons encore que l'injonction ne suppose aucune confusion des tâches, elle est étroitement liée au litige qui a motivé l'intervention du juge, ce que nous avons voulu exprimer en parlant du caractère individuel de l'injonction, elle n'est que l'expression de la capacité de commandement inhérente à la fonction juridictionnelle. L'injonction n'est finalement qu'une obligation que le juge met à la charge de l'administration : une obligation de faire.

C'est une conviction bien établie en droit français et qui perçoit l'impossibilité pour le juge administratif d'adresser des injonctions à l'administration active. On rattacherait cette proposition au principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active<sup>31</sup> « *l'action administrative doit s'exercer librement dans la sphère qui lui est impartie, et le juge administratif doit avoir la pleine maîtrise ses décisions*. »<sup>32</sup>. Là où commence les tâches d'administration, cesse l'intervention juridictionnelles, à en croire Jacques Chevallier. Cette explication ne sera pourtant pas partagée par Yves GAUDEMET qui

<sup>27</sup> L. FAVOREU, « *Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle* », A.I.J.C, Vol IV, 1988, pp.51-66 ; M. FROMONT, *La justice constitutionnelle dans le monde*, Paris, Dalloz, 1996, pp.7-40 ; D. ROUSSEAU, *La justice constitutionnelle en Europe*, 3<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 1998, pp.13-29 ; E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 2<sup>ème</sup> édition, Paris, PUF, 1999, pp.13-21 ; F. HAMON et C. WIENER, *La justice constitutionnelle : Présentation générale*, France, États-Unis, Paris, La documentation française, N°1.15, 2006, pp.37-60.

<sup>28</sup> Montesquieu (1689-1755), *L'Esprit des lois* (1748).

<sup>29</sup> PAMBOU TCHIVOUNDA

<sup>30</sup> Op. Cit.

<sup>31</sup> Yves Gaudemet

<sup>32</sup> J. Chevallier, « *l'interdiction pour le juge administratif de faire acte d'administrateur*. » AJDA, 1972, p.67

considère que si véritablement la fonction juridictionnelle était exclusive de toute injonction, cela vaudrait tant pour le juge judiciaire que pour la juridiction administrative. Surtout pour en venir à une remarque plus fondamentale, la distinction entre la fonction juridictionnelle et la fonction administrative n'a pas le caractère tranche qu'on lui attribue parfois<sup>33</sup>. Ce qui permet de remettre de l'eau dans le vin au regard des vives critiques relatives à l'irrecevabilité aux fins d'injonction et à l'interdiction d'en prononcer d'office publiées vis-à-vis de la décision N°022/CC du 30 Avril 2018 rendue par la Cour constitutionnelle gabonaise. Influencée par la présence au débat judiciaire d'une personne publique investie d'une mission de service public, une partie de la doctrine paraît parfois oublier que selon la vieille formule d'Henrion de Paney : « *l'autorité judiciaire se compose de deux éléments, la juridiction et le commandement* »<sup>34</sup>. Pourtant, la doctrine de droit privé s'est montrée plus jalouse de ce principe : il y est rappelé que le juge accomplit des « *actes qui par leur nature rentrent tantôt dans la fonction administrative* »<sup>35</sup>. Les auteurs de droit privé expriment cette proposition en reconnaissant au magistrat un « *imperium* » distinct de sa « *jurisdictio* » : « *le jugement est l'acte par lequel le juge dit le droit (pouvoir de jurisdictio), et ordonne en conséquence les mesures nécessaires pour en assurer le respect (imperium)* »<sup>36</sup>.

Ces remarques sur le contenu de la mission du juge ont évidemment une portée générale. Ce qui est vrai du juge judiciaire l'est également du juge administratif<sup>37</sup>. Ce dernier trouve donc dans la fonction juridictionnelle qui lui est confiée outre le pouvoir de « dire droit », une capacité d'intervention qui relève du pouvoir de commandement, de l'*imperium*<sup>38</sup>. Ainsi, pour le Doyen HAURIOU : « *il y a un pouvoir de commander dans chaque affaire spéciale qui s'est perpétué parce qu'il est inséparable de la juridiction* »<sup>39</sup>.

Force est donc de constater que, pour sa part, le juge administratif paraît avoir choisi de ne pas exercer une partie de l'*imperium* pourtant inhérent à sa qualité de juge. C'est sans doute du fait de cet acte de « reconquête par le juge de ses pouvoirs de commandement » de cet *imperium* inhérent à sa qualité, que le juge constitutionnel gabonais a poussé sa décision N°022/CC du 30 Mars 2018 au point de démontrer sa capacité d'intervention qui relève de son pouvoir de commandement. C'est en outre la raison pour laquelle cette « décision audacieuse »<sup>40</sup> et « juridiquement fondée » a été visiblement saluée car considérée comme étant la manifestation la plus éclatante de la victoire de l'Etat de droit<sup>41</sup>, au-delà de la polémique qui a alimenté la doctrine à la suite de cette décision « constituante »<sup>42</sup> du juge constitutionnel gabonais de « la gardienne juridictionnelle de la Constitution »<sup>43</sup> et garante de la régularité du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics constitutionnels.

En effet, ce pouvoir de commandement bien connu et définitivement consacré en contentieux administratif peut être transposé en contentieux constitutionnel compte tenu de la similitude des offices des juges administratif et constitutionnel de ses pouvoirs légitimes qui se trouve assurément au cœur de la décision N°022/CC du 30 Mars 2018. Il ne se borne pas à constater platoniquement ce qui est ou non conforme à la constitution, mais il va plus loin en opérant un contrôle « ultra normatif de constitutionnalité ». Aussi, cette décision ne constitue pas une « nouvelle posture de la Cour constitutionnelle » considérée désormais comme un « contre-pouvoir juridictionnel » exerçant un pouvoir normatif considérable. Par cette décision le juge constitutionnel ne s'est pas taillé des habits neufs dans la pourpre du gouvernement (...) il s'est simplement mis à exercer la part d'*imperium* qui lui revient ». Quelles recommandations pour encadrer l'usage du pouvoir d'injonction à l'avenir ?

Ces analyses nous permettent de mettre en exergue les interactions observables entre l'office du juge constitutionnel et le pouvoir de révision constitutionnelle. Ici, l'examen du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel au regard de la décision N°022/CC du 30 Mars 2018 donne l'occasion de démontrer le fondement du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel (I) et la légitimité du juge constitutionnel en question (II).

## **I. LE FONDEMENT DU POUVOIR D'INJONCTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL**

I.A. L'interprétation ou la puissance normative

I.B. La régulation du fonctionnement des institutions

### **I. LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL EN QUESTION**

II.A. Une légitimité discutable du point de vue de la démocratie

II.B. Une légitimité perfectible du point de vue de l'Etat de droit par l'amélioration de la protection des droits fondamentaux

## **I. LE FONDEMENT DU POUVOIR D'INJONCTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL**

Engagé dans une transition démocratique depuis Avril 1990, le Gabon a décidé de faire du juge constitutionnel, non seulement la clé de voûte de son architecture institutionnelle, mais aussi l'instrument privilégié de l'édification de l'Etat de droit. En effet, la justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme dont la finalité est d'encadrer le pouvoir des gouvernants et de protéger la liberté des gouvernés.

L'objet du constitutionnalisme dont avaient soit les membres fondateurs du mouvement de redressement national (MORENA) dès 1980 pour l'essentiel focalisé sur la proclamation des élections présidentielles et législatives, dans le contexte de la décision N°022/CC du 18 Mars 2018, ne se borne plus à constater platoniquement ce qui est ou non conforme à la constitution,

<sup>33</sup> Op Cit.

<sup>34</sup> « De l'autorité judiciaire en France », 1818, p.139

<sup>35</sup> H. VIZIOZ, Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, Livre XI, chap. 6.

<sup>36</sup> R. PERROT, « Droit judiciaire privé », polycop, 1972-1973, p.501, les cours du droit.

<sup>37</sup> Yves G., p.806

<sup>38</sup> Idem

<sup>39</sup> Note, sous C.E 10 Mars 1905 et 23 Novembre 1906, Berry et Chevillard c/ Cne de Poilly-S-Tholon et Bichambis c/Ville de Narbonne, S 1906-III-65.

<sup>40</sup> Voir Rivero J. allégorie célèbre.

<sup>41</sup> Cf. « le PDG applaudit l'Etat de droit », l'Union, 3 Mai 2018, p.3.

<sup>42</sup> Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1993, p. 265.

<sup>43</sup> Hans Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, pp. 197- 28.

mais va plus loin en opérant un contrôle ultra normatif de constitutionnalité. Sur son objet et ses effets, cette décision aura suscité de vives réactions. Le caractère inédit de cette décision exige que l'on rappelle la procédure suivie.

La Cour Constitutionnelle a été saisie par le Premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution du 26 Mars 1991, dans les conditions prévues par les articles 80 de la Constitution et 60 de la loi organique N°9/91 du 26 Septembre 1991 sur la Cour Constitutionnelle, sur un double motif. D'une part, qu'en application de la décision N°20/CC du 11 Juillet 2017, la Cour Constitutionnelle, après avoir constaté le cas de force majeure invoqué par le gouvernement, avait décidé de maintenir les députés de la douzième législature en fonction jusqu'à la proclamation des résultats des élections législatives devant être organisées, au plus tard, le 30 Avril 2018 ; mais que malheureusement, le Centre Gabonais des élections chargé d'organiser lesdites élections n'ayant pu être mis en place en raison de la désignation tardive par les partis politiques des membres censés les y représenter, le renouvellement de la chambre des députés à l'Assemblée nationale ne pouvait plus se faire dans les délais précités ; qu'en conséquence, ce « *non-renouvellement prévisible de l'Assemblée nationale risque de donner lieu à un vide institutionnel susceptible d'entraîner l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics* » (troisième considérant).

D'autre part, et au regard de cette situation, « *le premier ministre sollicite de la Cour constitutionnelle qu'elle tire de l'analyse qu'elle fera de l'interprétation des dispositions des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution, la solution juridique qui permettra de remédier aux inconvénients qui résulteraient du vide institutionnel consécutif au non-renouvellement de l'Assemblée nationale dans les délais fixés par sa décision du 11 juillet 2017* » (quatrième considérant).

Après un bref moment de rappel de l'histoire des prorogations du mandat des députés à l'Assemblée nationale depuis la restauration de la démocratie en 1990 jusqu'à sa décision précitée du 11 juillet 2017, elle a rappelé ce qui avait affirmé dans la décision N°24/CC du 3 Juin 2011 et réitéré lors de sa rentrée solennelle de 2018 que « *les dispositions de l'article 4 in fine de la Constitution n'autorisent pas la haute juridiction à se substituer au peuple souverain en laissant les membres de l'institution concernée demeurer en fonction sur des périodes qui pourraient s'assimiler à la durée normale d'un mandat* ». La Cour indique ensuite que « *le gouvernement n'a pas pu accomplir les missions qui lui sont dévolues, notamment la révision de la liste électorale, depuis 2017, et la mise en place du centre gabonais des élections, depuis janvier 2018* ». Autrement dit, « *les institutions en charge de ces questions n'ont pas assumé leurs missions avec responsabilité et rigueur* ». Dès lors, conclut-elle « *la Cour, gardienne juridique de la Constitution et organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics ne peut que tirer, dans la décision qui va suivre, les conséquences de droit découlant de ces faits regrettables* » pour que « *plus jamais pareille situation ne se reproduise à l'avenir* ».

Dans la décision proprement dite, la Cour a d'abord indiqué que « *les articles 28, 28a, 31 et 35 de la Constitution ne comportent ni doute, ni lacune et, par conséquent, ne donnent lieu à aucune interprétation* » (quinzième considérant).

Ensuite, elle a jugé que « *les articles 4, 34 et 36 de la Constitution, en revanche, présentent des lacunes qu'il convient de combler en complétant lesdits articles par les dispositions* » qu'elle a réécrites (septième, dixième et quatorzième considérants).

Enfin, à la suite de cette interprétation, la haute juridiction a affirmé que, dès que le centre gabonais des élections sera mis en place et le serment des membres de son bureau reçu, « *la Cour constitutionnelle, saisie par le président du centre gabonais des élections, fixera les nouveaux délais d'organisation des élections des députés à l'Assemblée nationale* ».

La procédure rappelée et eu égard aux effets produits en matière d'interprétation de la Constitution et de régularité de l'activité des pouvoirs publics, la présente décision nécessite que l'on s'interroge sur le fondement du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel gabonais au regard de la constitution du 26 Mars 1991 et des textes à valeur constitutionnelle.

Cette décision met en évidence deux compétences de la Cour constitutionnelle, à savoir : le pouvoir d'interprétation de la Constitution ou puissance normative et le pouvoir de régulation<sup>44</sup>.

### **I.A. L'interprétation ou puissance normative du juge constitutionnel**

En droit public, l'interprétation consiste en général à dégager le sens exact d'un texte qui serait peu clair mais aussi à en déterminer la portée c'est-à-dire le champ d'application<sup>45</sup>. Selon la doctrine, la Constitution est tenue de présenter un certain nombre de qualités intrinsèques (généralité, publicité, clarté de sa rédaction, cohérence, concision, prévention des exceptions)<sup>46</sup>, etc. ces qualités sont exigées aux constitutions modernes<sup>47</sup>. Pourtant, la satisfaction dans la pratique de telles exigences n'est pas chose aisée. Par ailleurs, pour qu'une Constitution assume pleinement ses fonctions d'organisation de l'Etat et de garantie des droits fondamentaux des citoyens, « *il faut qu'elle soit stable, ouverte aux évolutions futures et capable d'absorber et de traiter de manière adéquate la dynamique inhérente aux processus sociaux et politiques, tout en laissant aux acteurs politiques et sociaux la liberté nécessaire à leur épanouissement et assurant ainsi le pluralisme* »<sup>48</sup>. Pourtant, autant que certaines lois ordinaires, « *... la constitution a des parties ténébreuses.* »<sup>49</sup>, une « *obscurité structurante* »<sup>50</sup> de laquelle nous apprenons que « *la constitution a alors besoin d'être interprétée d'une manière dynamique et adaptative* »<sup>51</sup> par la Cour constitutionnelle. Laquelle Cour constitutionnelle devient une « *productrice des normes juridiques et plus précisément des normes constitutionnelles* »<sup>52</sup>, les

<sup>44</sup> Article 83 Constitution gabonaise du 26 Mars 1991.

<sup>45</sup> Serge Guinchard, Thierry Debar, *Lexique des termes juridiques*, 2017-2018, 25<sup>e</sup> édition, Paris, Daloz, 1214 pages.

<sup>46</sup> Montesquieu, *L'Esprit des lois*, Paris, Flammarion, 1979, Livre XXIX, chap. 16.

<sup>47</sup> Didier Maus, Louis Favoreu, Jean-Luc Parodi (sous la direction de), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Paris, Economica, 1999 ; Armel Le Divellec, « Le style des constitutions écrites dans l'histoire moderne. Une esquisse sur les trois types de l'écriture constitutionnelle (XVIIe — XXe siècles) », *Jus Politicum*, n°10, 2013, <http://juspoliticum.com/article/Le-style-des-constitutions-ecrites-dans-l-histoire-moderne-Une-esquisse-sur-les-trois-types-de-l-ecriture-constitutionnelle-XVIIe-XXe-siecles-738.html>

<sup>48</sup> Andreas Voßkuhle, « La Loi fondamentale à la lumière de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 59, 2018/2, p. 57-67, p. 58.

<sup>49</sup> Benjamin Constant, *Principes de politique*, Paris, Hachette Littératures, 1997, p. 110.

<sup>50</sup> Y. Aguila, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *RFDC*, n°21, 1995, p. 16.

<sup>51</sup> Andreas Voßkuhle, *ibid.*

<sup>52</sup> Téléphore ONDO, « La Cour Constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ? », *Essai d'analyse de la décision N°22/CC du 30 Avril 2018*, Libreville, 23 mai 2005.

interprètes politiques étant le Président de la République et le Parlement constituant. La Cour constitutionnelle est l'interprète juridictionnel authentique de la Constitution<sup>53</sup>.

Aussi, saisie par le Premier Ministre, la Cour était appelée à se prononcer sur « *le renouvellement du mandat des députés à l'Assemblée nationale gabonaise* ». Le requérant « *solicite de la Cour constitutionnelle qu'elle tire de l'analyse qu'elle fera de l'interprétation des dispositions des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution, la solution juridique qui permettra de remédier aux inconviens qui résulteraient du vide institutionnel consécutif au non-renouvellement de l'Assemblée nationale dans les délais fixés par sa décision du 11 juillet 2017* »<sup>54</sup>. Il demandait donc à la Cour d'user de son pouvoir d'injonction afin de redonner un nouveau souffle au processus électoral. Et sous peine de déni de justice, la Cour constitutionnelle s'est trouvée dans « *l'obligation de rendre la justice* ». Cette décision étant attendue en 2018 sur fond d'incertitude quant au renouvellement du mandat des députés.

Par cette décision, quoique cela lui eut été reproché par la doctrine, la Cour constitutionnelle gabonaise, en prononçant des injonctions à l'endroit du gouvernement et du Président de la République, venait redonner un coup d'accélérateur au processus électoral ralenti par la désignation tardive des membres devant représenter les partis politiques au sein du nouveau centre gabonais des élections, jadis, en attente d'être mis en place depuis près de deux-ans. Ce pouvoir d'injonction reconquis par le juge constitutionnel à l'occasion de cet office relève bel et bien d'un « *pouvoir normatif inhérent à toute activité juridictionnelle, l'application de la loi ne pouvant se passer de son interprétation, elle-même créatrice de normes* »<sup>55</sup>, d'où la réflexion sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel qui soutient qu'« *il n'y a de droit que par le juge* »<sup>56</sup>. C'est pourquoi « *l'injonction en droit constitutionnel* »<sup>57</sup> a été largement définie par la doctrine publiciste comme étant un acte correctif qui «  *vise à corriger un comportement illégal* »<sup>58</sup>. Une fois transposée à la sphère du droit constitutionnel, « *l'injonction désigne ... toute mesure formulée de manière impérative par le juge constitutionnel visant à corriger un comportement inconstitutionnel d'une institution* »<sup>59</sup>. Ce qui permet d'affirmer que « *l'injonction entretient des rapports évolutifs avec la justice constitutionnelle* »<sup>60</sup>.

Le pouvoir d'interprétation de la Cour constitutionnelle est prévu par les dispositions de l'article 88 de la Constitution selon lesquelles : « *la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution et les autres textes à valeur constitutionnelle (...)* ». La formule « *la Cour constitutionnelle a une compétence d'attribution strictement délimitée par la Constitution* » usitée régulièrement par la haute instance peut s'appliquer dans le cas d'espèce. En effet, dans le considérant 5 de la décision à commenter, la Cour s'appuie sur les dispositions de l'article 60 de sa loi organique, qui complètent la Constitution, selon lesquelles celle-ci « *dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution et les autres textes à valeur constitutionnelle, en cas de doute ou de lacune* ». Pour ce faire, elle statue par décision motivée dans le délai d'un mois à compter de sa saisine, après instruction du dossier par le rapporteur. Ce délai peut être ramené à huit jours en cas d'urgence invoquée par le requérant lors de la saisine.

Ces dispositions constitutionnelles marquent une évolution importante du pouvoir d'interprétation de la haute juridiction à mesure que le bloc de constitutionnalité s'élargit. En effet, jusqu'en 1996, la Cour, en application de l'article 88 de la Constitution, ne pouvait interpréter que la loi fondamentale elle-même et les textes de renvoi du préambule de la Constitution. En dehors du cas d'espèce, la Cour a eu à interpréter plusieurs dispositions de la Constitution.

Toutefois, à la faveur de la révision constitutionnelle du 22 Avril 1997, la Cour constitutionnelle interprète désormais les dispositions des textes de valeur constitutionnelle. Il en est ainsi de celles des lois organiques, des règlements des assemblées parlementaires et des lois consacrant un droit fondamental.

Par ailleurs, le pouvoir d'interprétation de la Cour constitutionnelle est élargi à la matière électorale, dès lors que la Cour assure la plénitude du contentieux électoral.

La Cour interprète également la Constitution et les textes de valeur constitutionnelle lorsqu'elle est saisie d'un contrôle de constitutionnalité ou même d'une demande d'avis.

Dans la décision à commenter, le juge a considéré que « *les dispositions des articles 28, 28a, 31 et 35 de la Constitution ne comportent ni doute, ni lacune, qu'elles ne donnent par conséquent pas lieu à interprétation* » (considérant 15). La Cour a confirmé à plusieurs reprises ce caractère ininterprétable de certaines dispositions de la loi fondamentale ou des textes à valeur constitutionnelle car ne comportant ni doute, ni lacune. Dans d'autres cas, elle a jugé qu'elles comportaient soit des lacunes, soit des doutes ou les deux à la fois.

En matière d'interprétation, selon les dispositions de l'article 88 de la Constitution, la Cour constitutionnelle ne peut être saisie que par des autorités habilitées, c'est-à-dire le président de la République, le premier ministre, le président du Sénat, le

<sup>53</sup> Michel Troper « Le juge constitutionnel comme pouvoir constituant », in Colloque *Le pouvoir constituant aujourd'hui, Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel*, Tunis, 16-17 nov. 2006, inédite ; Séverin Andzoka Atsimou, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *RFDC*, n°110, 2017/2, p. 279-316 ; Mouhamadou Moustapha AÏDARA, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la Constitution : contribution à un débat », <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/le-juge-constitutionnel-africain.html>, consulté le 08 mai 2018.

<sup>54</sup> Quatrième considérant de la décision N°022/CC du 18 Mars 2018.

<sup>55</sup> Guy Canivet, « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *Cités* 2017/1 (N°69), p. 41-58, p 47.

<sup>56</sup> Marie-Claire Ponthoreau, « Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24 (Dossier : « Le pouvoir normatif du juge constitutionnel »), juillet 2008 ; Pierre Brunet, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? Réflexions méthodologiques sur la justice constitutionnelle », <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00009748/document>.

<sup>57</sup> PERRIN (A.) – *L'injonction en droit public français*, Paris: Panthéon-Assas, 2009, p.51.

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> CHARITE (M.)- « Etrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », in : *AJDA* n°40 (30 nov. 2015), p.2253.

<sup>60</sup> TOGBE (E.P.) « l'injonction au service de la démocratie », p.58.

président de l'Assemblée nationale, le dixième des députés ou des sénateurs. Dans le cas d'espèce, elle a été saisie par le premier ministre. La Cour fait une application rigoureuse de ces prescriptions. Ainsi, à un syndicat autonome des personnels des affaires sociales demandant à la Cour d'interpréter les dispositions d'une loi, la Cour a rejeté la requête au motif qu' « *en dehors des autorités publiques limitativement énumérées, les personnes physiques ou morales, à l'instar du Syndicat autonome des personnels des affaires sociales, ne sont pas habilitées à saisir la Cour constitutionnelle en matière d'interprétation* ».

Lorsqu'elle est régulièrement saisie, la Cour procède à l'interprétation de la Constitution et des textes à valeur constitutionnelle en utilisant plusieurs techniques.

Ainsi, en matière d'interprétation ou de contrôle de constitutionnalité des textes de valeur constitutionnelle, la Cour peut soulever des moyens d'office, mettre en avant l'argument de la lettre et/ou de l'esprit, procéder à l'interprétation stricte et non pas large, utiliser les réserves d'interprétation, etc. ces techniques permettent au juge constitutionnel de produire la norme juridique, de créer ou de modifier les normes de la Constitution ou des textes de valeur constitutionnelle.

Dans le cas d'espèce, la Cour semble faire une synthèse entre la méthode exégétique qui implique la création de la règle de droit en cas de carence et la méthode sociologique qui invite le juge à adapter la règle de droit aux besoins du moment, en s'affranchissant de la volonté du constituant. Ainsi, dans ses considérants 7, 10 et 14, la Cour constate que les dispositions des articles 4, 34 et 36 comportent des lacunes et les complète (considérants 8, 10 et 14) par des solutions juridiques adaptées aux besoins immédiats du moment. Elle transforme ainsi la norme constitutionnelle en droit vivant.

Dans le cadre des attributions du juge constitutionnel évoquées dans cette première partie, l'examen de la fonction d'interprétation précédemment sera suivi de celui de la fonction de régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics.

### **I.B. La régulation du fonctionnement des institutions**

La jurisprudence relative à la fonction de régulation, permet de relever deux manières, pour la Cour constitutionnelle, de réguler le fonctionnement des institutions et l'activité des pouvoirs publics : la régulation « *lubrifiant institutionnel* »<sup>61</sup> et la régulation « *discipline des acteurs publics* » duquel on peut rapprocher une régulation mixte associant des éléments de régulation « *lubrifiant institutionnel* » et ceux de régulation « *discipline des acteurs politiques* ».

La régulation « *lubrifiant institutionnel* » consiste pour la Cour constitutionnelle, à intervenir, sur demande pour, par sa décision et les injonctions qu'elle comporte, faire échec à une situation de paralysie imminente ou réelle d'une ou de plusieurs institutions de la République.

Qu'il s'agisse de débloquer la paralysie du fonctionnement de certaines institutions ou d'éviter la paralysie du processus électoral – évitant ainsi un vide institutionnel, par défaut de pourvoir à un poste dont le mandat du titulaire en fonction est arrivé à son terme sans que des dispositions constitutionnelles n'aient expressément prévu le cas de figure – la Cour constitutionnelle béninoise a développé une jurisprudence qui a servi, dans le fonctionnement – en cours ou à venir – des institutions en question, de *lubrifiant institutionnel*.

Le juge constitutionnel béninois a une conception innovante de la fonction de régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. La jurisprudence qu'elle a su développer à cet égard peut être une véritable source d'inspiration pour une systématisation de la fonction de régulation dans tous les états en transition ou en consolidation démocratique.

Dans la présente décision, la Cour a procédé à la régulation « *lubrifiant institutionnel* »<sup>62</sup>. Elle consiste pour la Cour, à intervenir sur demande pour – par sa décision et les injonctions qu'elle comporte – faire échec à une situation de paralysie imminente ou réelle d'une institution de la République<sup>63</sup>. Ainsi, par le truchement de l'article 114 de la loi fondamentale béninoise (réf. 83 pour le Gabon), la Cour a usé de ses pouvoirs d'organe régulateur en *lubrifiant*<sup>64</sup> le processus électoral. De cette manière, la Cour a su faire ainsi échec à une situation de paralysie imminente du processus d'organisation des élections législatives et locales.

En dehors de la régulation, *lubrifiant institutionnel*, la Cour constitutionnelle béninoise a développé une méthode de régulation « *discipline des acteurs politiques* »<sup>65</sup>. Cette méthode consiste pour la Cour, sur demande, à sanctionner si elle l'estime nécessaire, par déclaration d'inconstitutionnalité, le comportement d'un acteur public considéré contraire aux prescriptions de la Constitution ou du bloc de constitutionnalité ; et à faire, en cas de besoin, des injonctions correctives qui lui paraissent conformes aux prescriptions constitutionnelles<sup>66</sup>.

« *L'horizon était désormais assez clair et les différents acteurs étaient dorénavant mis devant leurs responsabilités. Dialogue politique ou pas, les dates des élections étaient connues et tout le monde devait enfin se mettre aux pas pour respecter cette décision qui, comme on le sait, n'est susceptible d'aucun recours.* ».

Certes, toute la doctrine, les acteurs politiques et la société civile n'était pas entièrement d'accord avec cette décision de la Cour constitutionnelle. En effet, l'injonction, attachée à l'imperium du juge, attribut juridictionnel par excellence, serait étrangère

<sup>61</sup> L'expression est du professeur N. MEDE, in, « la fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », A.I.J.C., 2007, p.49. En ce qui nous concerne, nous nous approprions l'expression et nous nous efforçons de lui donner un contenu.

<sup>62</sup> Voir ATANGANA-AMOUGOU (J. L.) – « la Cour constitutionnelle du Bénin comme modèle de justice constitutionnelle en Afrique ? : la constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? », in : sous la dir. de Aïvo (F. J.), Paris : L'Harmattan, 2014, p.647-660 ; FALL (A. B.) – « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? : La constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? », in : sous la dir. de Aïvo (F. J.), Paris : L'Harmattan, 2014, p. 717-728.

<sup>63</sup> MEDE (N.), « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles africaines », op. cit., p.49.

<sup>64</sup> Cour constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 15-001 relative au retard dans la production de la Liste électorale permanente informatisée (Lépi), op. cit.

<sup>65</sup> MEDE (N.), « la fonction de régulation des juridictions constitutionnelles africaines », op. cit., p.49.

<sup>66</sup> BADET (G.), les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin, op. cit., p.272.

au pouvoir du juge constitutionnel<sup>67</sup>, limité à l'annulation de l'acte qui lui est déféré. Quand bien même juridictionnel, le contentieux de constitutionnalité ne serait, pour reprendre l'expression de Pierre SANDEVOIR à propos du recours pour excès de pouvoir, qu'un « contentieux de moindre juridiction<sup>68</sup> », pour lequel le juge constitutionnel se comporte en « législateur négatif<sup>69</sup> », guidé par le principe selon lequel « le juge constitutionnel ne peut faire acte de législateur<sup>70</sup> ». Mais il a eu le mérite d'avoir mis un terme à la situation de blocage et surtout de constater la caducité des dispositions transitoires.

L'hypothèse suivant laquelle le juge constitutionnel est un « troisième pouvoir constituant de l'interprète<sup>71</sup> », peut être vérifiée dans le droit constitutionnel jurisprudentiel<sup>72</sup> des Etats africains. En effet, le pouvoir constituant se définit comme un organe doté de la compétence constitutionnelle, c'est-à-dire susceptible d'abroger ou de modifier une Constitution en vigueur<sup>73</sup>. On distingue deux types de pouvoir constituant : le pouvoir constituant originaire et le pouvoir constituant dérivé. Le premier crée une nouvelle Constitution, tandis que le second se limite à réviser la Constitution suivant la procédure prévue par celle-ci<sup>74</sup>. Cette opération de révision fait appel au pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire aux organes de l'Etat qui sont constitutionnellement habilités à réviser la Constitution. Quant à la juridiction constitutionnelle, elle peut être entendue comme l'ensemble des institutions et techniques assurant, sans restriction, la suprématie de la Constitution<sup>75</sup>. Ainsi que l'affirme Hans KELSEN, la justice constitutionnelle est « la garantie juridictionnelle de la Constitution<sup>76</sup>. Il en est de même de C. EISENMANN qui estime que « la justice est cette sorte de justice ou mieux de juridiction qui porte sur les lois constitutionnelles<sup>77</sup> ». En dehors du juge constitutionnel, le respect de la Constitution peut être assuré non seulement par les organes du pouvoir juridictionnel<sup>78</sup>, mais aussi par toute autre composante du système constitutionnel. C'est le cas des pouvoirs exécutif et législatif. Ainsi, en adoptant la loi, le Parlement est tenu de prendre en considération la constitutionnalité du projet ou de la proposition de loi. Il en est de même du pouvoir exécutif, où le président de la République est « le garant de la Constitution<sup>79</sup> ». Dès lors, tous les organes publics sont tenus de veiller au respect de la Constitution<sup>80</sup>.

Au regard des théories classiques du droit constitutionnel, et si l'on se réfère par ailleurs aux trois raisons avancées par Michel TROPER, la participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant est une idée choquante<sup>81</sup>.

Dans les Etats africains et ailleurs<sup>82</sup>, nous observons deux dynamiques en matière de contrôle des lois constitutionnelles, qui permettent d'illustrer la participation du juge au pouvoir constituant. Il y a, d'une part, les juridictions qui disposent expressément du pouvoir de vérifier la conformité d'une loi constitutionnelle, tel qu'en Afrique du Sud, au Congo, au Burkina-Faso et au Sénégal<sup>83</sup> et, d'autre part, celles qui l'ont obtenu suite à l'élargissement de leurs propres pouvoirs. Tel est le cas du Mali, du Bénin, du Tchad, du Niger. Ainsi, il n'est pas inconcevable de confier à une juridiction constitutionnelle, un rôle dans le processus de révision constitutionnelle. Cependant, il est tout à fait exceptionnel, dans certains Etats africains, que le constituant confie à la juridiction constitutionnelle la compétence de contrôler la loi de révision constitutionnelle. Au Congo, dans la Constitution de 2002 abrogée, le constituant fait de la Cour constitutionnelle un acteur parmi tant d'autres dans la procédure de révision constitutionnelle<sup>84</sup> ; au Burkina-Faso, « le Conseil constitutionnel veille au respect de la procédure de révision<sup>85</sup> ». Cela fut le cas dans certaines premières constitutions des Etats américains qui avaient institué les conseils des censeurs<sup>86</sup>. Sieyès l'avait envisagé pour son *jury constitutionnaire*<sup>87</sup>. Toutefois, ces organes ne sont pas considérés comme des juridictions à cause de cette compétence (pouvoir constituant), parce que les juridictions sont généralement des autorités de pure application. Il en résulte une conclusion normative à savoir que les juridictions constitutionnelles ne doivent pas disposer du pouvoir constituant, et aucune Constitution moderne ne leur attribue expressément.

En effet, il est probable que les constituants ne leur aient pas attribué formellement ce pouvoir, mais qu'ils leur aient donné les moyens de l'exercer dans les faits<sup>88</sup> ; c'est le cas au Mali en 2001, au Niger en 2003, au Tchad en 2004, au Bénin en

<sup>67</sup> CHARITE (M.), « étrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », op. cit., p.2253.

<sup>68</sup> SANDEVOIR (P.) – études sur le recours de pleine juridiction, thèse de doctorat en droit, Paris : université de Lille, 1964, p.351.

<sup>69</sup> KELSEN (H.) – « la garantie juridictionnelle de la Constitution », in : RDP (1928), p.226.

<sup>70</sup> LAVEISSIERE (C.) – L'annulation partielle : réflexions sur les pouvoirs du juge administratif, mémoire de DEA en droit public, université de Bordeaux IV, 2000, p.6.

<sup>71</sup> M. Troper « Le juge constitutionnel comme pouvoir constituant », in Colloque Le pouvoir constituant aujourd'hui, Cinquièmes journées tuniso-françaises de droit constitutionnel, Tunis, 16-17 nov. 2006, inédite.

<sup>72</sup> L. Sindjoun, les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.579.

<sup>73</sup> O. Duhamel et Y. Meny, Dictionnaire constitutionnel, Paris, Puf, 1992, p.177.

<sup>74</sup> C. Klein, la théorie et pratique du pouvoir constituant, Paris Puf, 1996, pp.4-5, O. Beaud,

<sup>75</sup> O. Duhamel et Y. Meny, Dictionnaire constitutionnel, op. cit. p.777

<sup>76</sup> H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution », RDP, 1928, pp.197-28.

<sup>77</sup> C. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris, 1928.

<sup>78</sup> F. Hourquebie, le pouvoir juridictionnel en France, Paris, LGDJ, 2010.

<sup>79</sup>Cf. L'article 80 de la loi fondamentale Russe de 1993.

<sup>80</sup> Cf. K. Complak, « Le pouvoir constituant et la justice constitutionnelle », Cours photocopié de l'académie internationale de droit constitutionnel de Tunis 2013, p.8. V. aussi G. Tusseau, « Un oublié du constitutionnalisme contemporain : le contrôle politique de constitutionnalité », in Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, Espaces du service public, PUB, 2013, p.711.

<sup>81</sup> M. Troper, « le juge constitutionnel comme pouvoir constituant », op. cit.

<sup>82</sup> Comme en Inde, en Allemagne, en Autriche et en Italie, voir le dossier « contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles », les cahiers du conseil constitutionnel, n°27, 2010.

<sup>83</sup> Article 2-3 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel français.

<sup>84</sup> Cf. Art. 186 de la Constitution du 20 janvier 2002 (abrogée)

<sup>85</sup> Cf. Art. 154 de la Constitution du 27 janvier 1997.

<sup>86</sup> M. Troper, « Le juge constitutionnel comme pouvoir constituant », op. cit.

<sup>87</sup> E. Sieyès, qu'est-ce que le tiers-Etat ? Paris, Puf, éd. 1989, p.67.

<sup>88</sup> M. Troper, « Le juge constitutionnel... », Op. cit.

2006, au Burkina-Faso en 2012 et au Sénégal en 2016 ; comme ce fut le cas aux Etats-Unis en 1803<sup>89</sup> et au Gabon en 2018. Ces juridictions ont exercé le contrôle dans les matières auxquelles elles ne semblent pas avoir de compétences formelles.

En faisant une analyse logique, on peut soutenir que le juge constitutionnel a acquis le statut de co-législateur<sup>90</sup> par le contrôle de la constitutionnalité des lois<sup>91</sup>. Il devient co-constituant par le contrôle de lois de révision constitutionnelle<sup>92</sup> en exerçant ses attributions propres ou en fait. Ces deux contrôles permettent aux juges constitutionnels de réviser la Constitution, ce que certains qualifient de « révision jurisprudentielle<sup>93</sup> » de la Constitution. En France, par exemple, la Constitution est modifiée sans cesse dans son équilibre interne par le développement d'une jurisprudence multipliant les principes constitutionnels en matière de droits fondamentaux<sup>94</sup>. On peut relever certaines Constitutions d'Etats africains et d'ailleurs connaissent des « révisions constitutionnelles par l'interprétation<sup>95</sup> » du juge. Les juridictions font les normes constitutionnelles en exerçant le pouvoir d'interprétation via le contrôle des lois ou des lois de révision. C'est à l'issue de celui-ci qu'elles adoptent des décisions et avis inédits dont certaines tendent à la réécriture pure et simple de la Constitution<sup>96</sup>. Ainsi, ces juridictions ne sont pas exemptées des critiques, pour certains, elles en font trop<sup>97</sup> ; pour d'autres, elles abusent de leur pouvoir<sup>98</sup>. Au-delà des critiques, certains auteurs n'hésitent plus à invoquer le juge constitutionnel comme constituant<sup>99</sup>.

« Autorité des décisions » du Conseil constitutionnel, « autorité de chose jugée »<sup>100</sup>, « autorité de chose interprétée »<sup>101</sup>, « autorité de chose décidée »<sup>102</sup>, « autorité persuasive »<sup>103</sup>, « force persuasive »<sup>104</sup>, « autorité formelle /matérielle »<sup>105</sup>, « autorité morale »<sup>106</sup>, « autorité de chose légiférée »<sup>107</sup>... Même si ces différentes expressions ne recouvrent pas toujours le même objet, leur multiplicité témoigne de la richesse et de la diversité des analyses doctrinales pour tenter de qualifier l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel<sup>108</sup>. Elle révèle également l'absence d'acception doctrinale unanime de ce que recouvre l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel. Il ne faut pas s'en étonner tant déjà en droit privé la notion classique d'« autorité de chose jugée » est source d'ambiguïté<sup>109</sup>.

<sup>89</sup> Arrêt du 24 fév. 1803, *Marbury v. Madison*.

<sup>90</sup> M. Troper, « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges », le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Paris, Economica, p.63.

<sup>91</sup> E. Zoller, *Les grands arrêts de la Cour Suprême des Etats-Unis*, op. cit. p.1

<sup>92</sup> Cf. C. Klein, « Le contrôle des lois constitutionnelles », Cahier du Conseil constitutionnel, n°27 (Dossier : contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles) 2010, A. Soma, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », AJP/PJA5/2011. M. M. Aïdara, « Le juge constitutionnel africain et le contrôle des lois portant révision de la constitution : contribution à un débat », Afrilex, 2011. Afrilex. u-bordeaux4.fr.

<sup>93</sup> F. L. Aïvo, *Constitution de la République du Bénin. La Constitution de tous les records en Afrique*, 2010. P.66.

<sup>94</sup> M. M. Aïdara, « Le juge constitutionnel africain... », op. cit.

<sup>95</sup> S. Emiko, « La révision constitutionnelle par la pratique au Japon », in (dir) A. Viala, *La constitution et le temps*, V<sup>ème</sup> séminaire franco-japonais de droit public, du 4 au 10 sept. 2002, Lyon, L'Hernes, pp. 223-233.

<sup>96</sup> F. J. Aïvo, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », RDP, n°1-2012, p.162.

<sup>97</sup> D. Gnamou, « La cour constitutionnelle en fait-elle trop ? », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1992 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, Harmattan, 2014. Pp.687-715.

<sup>98</sup> M. M. Aïdara, « Le juge constitutionnel africain ... », op. cit.

<sup>99</sup> M. Troper, op. cit. , L. Sindjoun, op. cit. p.579, E. H. Mbodji, op. cit. , D. Gnamou, op. cit. etc.

<sup>100</sup> Voir en particulier : T.S. Renoux, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? », in *L'esprit des pouvoirs, l'équilibre des institutions, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Dalloz, 2003, pp. 835-859 ; H. Roussillon, P. Esplugas, *Le Conseil Constitutionnel*, Dalloz, Connaissance du droit, 7<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 53 et s. L'expression est en l'occurrence utilisée par le Conseil constitutionnel lui-même, voir la décision de principe : C.C., n° 87-1026, 23 octobre 1987, *AN Haute Garonne, Rec.*, p. 55 cons. 2.

<sup>101</sup> Voir en particulier : M. Disant, *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, t. 135, 2009, 868 p.

<sup>102</sup> Voir en particulier : O. Dord, « Le Conseil constitutionnel et son environnement juridictionnel », in *Le Conseil Constitutionnel*, sous la direction de M. Verpeaux et M. Bonnard, La documentation française, 2007, p. 136 ; M. Verpeaux, « Brèves considérations sur l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel », *Dossier : L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel, NCCC*, n° 30, 2011, p. 17.

<sup>103</sup> Voir sur cette question : O. Desaulnay, *L'application de la Constitution par la Cour de Cassation*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, 2009, pp. 707 et s.

<sup>104</sup> Voir : T. Di Manno, « Les divergences de jurisprudence entre le Conseil constitutionnel et les juridictions ordinaires suprêmes », in *Les divergences de jurisprudence*, sous la direction de P. Ancel et M.-C. Rivier, Publication de l'Université de Saint Etienne, 2003, p. 193.

<sup>105</sup> T. S. Renoux, « Autorité de chose jugée ou autorité de la Constitution ? », *précit*, pp. 850 et s.

<sup>106</sup> D. Le Prado, « Le Conseil constitutionnel et les juges. Table ronde », in *L'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel*, sous la dir. De B. Mathieu et M. Verpeaux, Dalloz, Thèmes et Commentaires, p. 143.

<sup>107</sup> Sur ces deux dernières expressions, voir : V. Bacquet-Bréhant, *L'article 62 de la Constitution du 4 octobre 1958. Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du Conseil Constitutionnel*, LGDJ, Bibliothèque Constitutionnelle et de Science politique, t. 120, 2005, respect. pp. 26 et s.

<sup>108</sup> Voir, défendant un relativisme certain dans les expressions utilisées : J. Meunier, « Le Conseil constitutionnel et l'autorité de ses décisions », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, pp. 693 et s.

<sup>109</sup> Voir en ce sens : G. Wiederkehr, « Sens, signification et signification de l'autorité de chose jugée », in *Justice et droits fondamentaux, Mélanges J. Normand*, Litec, 2003, p. 507.

Voir encore sur l'ambiguïté terminologique du code de procédure civile lui-même : R. Perrot, « Appel. Effet suspensif : son incidence sur la chose jugée », *RTD Civ.*, 1992, p. 187.

## I. LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL EN QUESTION

Nous pouvons observer sur le continent africain et même dans le reste du monde suivant l'exemple récent de la saisine de la Cour Constitutionnelle sur des questions de liberté liées aux mesures de lutte contre la Covid-19<sup>110</sup>, que le respect des principes démocratiques peut être revendiqué, nécessitant le recours à un contentieux : le contentieux constitutionnel.

Ce dernier s'entend de l'ensemble des procédés et méthodes par lesquels, le juge constitutionnel, chargé de la suprématie de la constitution exerce son office. Au Gabon, le contentieux constitutionnel constitue un mécanisme de garantie de la démocratie et de l'Etat de droit. Car, du fait de ses attributions, il devient la clé de voûte de l'architecture constitutionnelle, mais aussi un des instruments de l'Etat. Les principes démocratiques s'énumèrent souvent, entre autres, à la faculté des citoyens de choisir leurs représentants, une pluralité de partis politiques et la protection des libertés fondamentales et des libertés publiques. Il est également admis que dans une démocratie, la volonté du peuple est sacrée et doit se manifester dans l'organisation de l'Etat. Or, le contentieux constitutionnel, de par sa nature et son origine, peut heurter les aspirations de la volonté générale qui sont résiduelles dans sa Constitution.

D'où le rapport établi dans ce point, entre le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel dans son office et la démocratie qui vise à analyser la légitimité du juge constitutionnelle dans un régime démocratique.

Dès lors, quelle est la relation entretenue entre le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel et les principes démocratiques ?

Répondre à cette interrogation nous conduit à voir comment les principes démocratiques peuvent être défendus, notamment dans un contentieux constitutionnel, sous le prisme du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel participant à leur renforcement.

Selon Abraham Lincoln, président des États-Unis de 1860 à 1865, la démocratie est « le gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Cette fiction juridique est souvent manifestée lorsque les principes démocratiques peuvent être défendus à travers un contentieux constitutionnel.

Ce dernier s'entend de l'ensemble des procédés et méthodes par lesquels le juge chargé de la suprématie de la Constitution exerce son office. Les principes démocratiques, quant à eux, s'énumèrent entre autres à la faculté d'un citoyen de choisir ses représentants, une pluralité de partis politiques et la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques.

Aussi, relevons que toute démocratie contemporaine est dotée d'un organe constitutionnel, gage du renforcement de la démocratie (A) et de la garantie de l'Etat de droit (B).

### II.A. Une légitimité discutable du point de vue de la démocratie

Il est admis que la Cour constitutionnelle est la clef de voûte du fonctionnement régulier des institutions. Cette fonction lui confère une place de choix dans l'échiquier institutionnel. Elle est la « haute institution en matière de contrôle de constitutionnalité » conformément à l'article 83 issu de la révision constitutionnelle de 2011. En accord avec les principes démocratiques, il lui est dévolu dans cette même Constitution gabonaise du 26 mars 1991, à l'article 83 la compétence du contrôle de régularité des élections. Cette compétence est complétée par l'article 84 qui fait de la Cour constitutionnelle l'organe qui tranche les conflits nés entre les institutions. Aussi, devons-nous évoquer l'article 2 et 3 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle<sup>111</sup> qui vient confirmer non seulement sa compétence en matière d'élections, mais aussi de contrôle des lois organiques avant leur promulgation, des engagements internationaux négociés et ratifiés après l'adoption au parlement, les actes réglementaires et les lois référendaires. Il faut à juste titre noter que la Cour constitutionnelle n'est compétente que pour les élections présidentielles (article 85-5) et les élections dites nationales renvoyant à celles de l'Assemblée Nationale et du Sénat. S'agissant des élections locales, la Cour n'est compétente que sur l'éligibilité des candidats conformément à l'alinéa 3 de l'article 66 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle. On voit dès lors l'importance du contentieux électoral dans l'office du juge constitutionnel.

Le renforcement de la démocratie par l'office du juge constitutionnel ne peut que laisser des empreintes sur l'Etat de droit. Lequel Etat de droit représente un système juridique dans lequel les autorités sont soumises aux normes hiérarchisées qu'elles édictent et dont la violation est sanctionnée par le juge constitutionnel. Dans son sens matériel, il traduit la limitation juridique du pouvoir, matérialisée par la séparation des pouvoirs et de hiérarchie des normes juridiques garanti par la juridiction constitutionnelle dont les décisions s'imposent à tous. Nous avons pu observer comme le relève le Pr ONDO Téléphore<sup>112</sup> que durant la crise sanitaire liée à la COVID-19, ce principe fondamental de l'Etat de droit avait été mis en cause par le gouvernement au regard de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle récente. En effet, dans sa décision n°45/CC du 31 décembre 2021, la Cour constitutionnelle avait jugé que l'article 6 de l'arrêté n°685/PM du 24 décembre 2021 était inconstitutionnel au motif qu'il viole le principe constitutionnel de hiérarchie des textes. La situation était d'autant plus préoccupante que le gouvernement semblait également s'affranchir du principe intangible de l'autorité absolue de chose jugée des décisions de la Cour constitutionnelle consacré par l'article 92 de la Constitution gabonaise du 26 Mars 1991 qui stipule que : « Les décisions de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les personnes physiques et morales. ». Ainsi, dans la décision précitée, la Cour avait jugé inconstitutionnel l'article 10 de l'arrêté n°685/PM du 24 décembre 2021 pour non-respect de la décision n°43/CC du 24 décembre 2021 par laquelle elle annulait l'arrêté n°559/PM du 25 novembre 2021. Plus globalement, des procédures accélérées, usitées par le gouvernement durant la période de l'état d'urgence sanitaire pour prendre de nouveaux textes après les décisions de la Cour Constitutionnelle semblaient mettre en doute la légitimité du juge constitutionnel. En effet, l'arrêté n°685/PM du 24 décembre 2021 fixant les nouvelles mesures gouvernementales de prévention, de lutte et de riposte contre la propagation de la COVID-19 avait repris in extenso les

<sup>110</sup> Téléphore ONDO, <https://www.gabonmediatime.com/letat-de-droit-teste-positif-a-la-covid-19-au-gabon>, consulté le 20 mars 2022 à 9h.

<sup>111</sup> Téléphore ONDO, <https://www.gabonmediatime.com/letat-de-droit-teste-positif-a-la-covid-19-au-gabon>, consulté le 20 mars 2022 à 9h.

<sup>112</sup> Op. cit.

dispositions incriminées de l'ancien arrêté annulé par la décision n°045/CC du 31 décembre 2021 à l'issue de l'office du juge constitutionnel. Dans la même veine, le gouvernement n'avait pas infléchi sa stratégie puisque le 3 janvier 2021 en faisant, une fois de plus, adopter, en Conseil des ministres, le décret n°0002/PR/MS du 7 janvier 2022, au mépris de la décision n°45/CC de la Cour constitutionnelle. En adoptant ce décret n°0002/PR/MS du 7 janvier 2022 le gouvernement avait une fois de plus mis en doute l'autorité absolue de chose jugée attachée aux décisions de la Cour constitutionnelle. Ce qui, du point de vue de la démocratie, de la séparation des pouvoirs et de la hiérarchie des normes juridique entache la légitimité du juge constitutionnel.

Une légitimité qui, pour autant, ne ternit pas, eu égard à l'engagement indéfectible du juge constitutionnel en faveur de l'amélioration de la protection des droits fondamentaux des citoyens.

## **II.B. Une légitimité perfectible du point de vue de l'Etat de droit par l'amélioration de la protection des droits fondamentaux**

En France comme en Allemagne, cette notion d'Etat de droit est conçue au début du XXe siècle, comme un type particulier d'Etat, soumis à un « régime de droit ». Dans un tel Etat, le pouvoir ne peut user que des moyens autorisés par l'ordre juridique en vigueur, tandis que les individus disposent de voies de recours juridictionnelles contre les abus qu'il est susceptible de commettre.

Au centre de la théorie de l'Etat de droit, il y a le principe selon lequel les organes de l'Etat ne peuvent agir qu'en vertu d'une habilitation juridique. Ainsi, l'exercice de la puissance se transforme en une compétence instituée et encadrée par le droit. Dans la mesure où les organes de l'Etat sont tenus au respect des normes juridiques supérieures, l'Etat de droit tend à se présenter sous l'aspect formel de la hiérarchie des normes. La théorie de l'Etat de droit postule d'abord la soumission de l'administration au droit : l'administration doit obéir aux normes qui constituent à la fois le fondement, le cadre et les limites de par l'existence d'un contrôle juridictionnel exercé soit par le juge ordinaire (Justizstaat), soit par des tribunaux spéciaux (Sondergerichte). Mais, la théorie postule aussi la subordination de la loi à la Constitution : le Parlement doit exercer ses attributions dans le cadre fixé par la Constitution ; et là encore, l'intervention d'un juge constitutionnel apparaît indispensable pour faire respecter cette primauté.

L'Etat de droit contraste, dès lors fortement avec la « *Rule of law britannique* »<sup>113</sup>, fondée sur le souci de protection des droits et libertés individuelles. Ainsi, le respect de la hiérarchie des normes fait place à l'affirmation de l'autorité suprême et exclusive de la loi, la toute-puissance du Parlement étant cependant limitée par la souveraineté politique de la Nation, l'existence de « *conventions de la Constitution* » et le poids de l'« *opinion publique* » et les libertés individuelles sont placées sous la protection des tribunaux ordinaires avec pour corollaire l'égalité des sujets de droit devant les normes juridiques.

En outre, l'Etat de droit est un système d'organisation dans lequel le respect de la hiérarchie des normes est prégnant et la garantie des droits et libertés fondamentaux effective. Sur la hiérarchie des normes, il faut dire qu'elle renvoie à un système juridique rangé en forme de pyramide, suivant son fondateur Hans KELSEN. Il faut dès lors que la norme inférieure tire nécessairement sa légalité de la norme tout de suite supérieure, prenant en considération que la Constitution est la norme fondamentale. C'est dans ce cas que le rôle du juge constitutionnel est important. Il vérifie, en effet, la régularité des normes inférieures à la Constitution. Il peut le faire soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Le contrôle par voie d'action s'effectue a priori et constitue un contrôle objectif d'une loi. L'article 85 de la Constitution prévoit que son mécanisme soit enclenché par le Président de la République, le Premier Ministre, le Président de la Cour de Cassation, les présidents du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes et par un citoyen ou une personne morale intéressée par la loi querellée. Le contrôle se subdivise en deux contrôles : le contrôle obligatoire et le contrôle facultatif. Le premier ressort entre autre le contrôle effectué sur les lois organiques, les règlements des assemblées. Le second, quant à lui, évoque le contrôle qui peut être réalisé sur les lois ordinaires, les ordonnances, les actes réglementaires etc.

Aussi pouvons-nous, dans la même veine, évoquer le contrôle par voie d'exception qui est prévue à l'article 86 de la Constitution et qui intervient a posteriori de façon incidente lors d'un procès. Ici, c'est le justiciable qui soulève l'inconstitutionnalité d'une loi qui est applicable lors d'un litige où il est partie.

Rappelons que l'Etat de droit implique le respect des droits et libertés fondamentaux. Sur le plan formel, les droits fondamentaux désignent les droits et libertés dégagés de façon solennelle par les textes fondamentaux (la Constitution et les traités), qui s'imposent aux pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel et bénéficient d'une garantie spécifique par l'existence d'un juge que les titulaires peuvent saisir. Ces droits et libertés attachés à la personne humaine sont qualifiés de fondamentaux car ils sont : « inviolables et imprescriptibles (...) et lient obligatoirement les pouvoirs publics ». En d'autres termes, même en période de crise sanitaire, certains droits et libertés devaient toujours être préservés en faisant naturellement la balance entre jouissance de ces droits et urgence et sécurité sanitaires. Or, d'après le constat qui avait été fait au Gabon, ces libertés et droits avaient été, depuis la crise, soit suspendus, soit remis en cause au mépris du principe constitutionnel de proportionnalité. C'est d'ailleurs, pour avoir violé ce principe de proportionnalité des mesures exceptionnelles de prévention, de lutte et de riposte contre les catastrophes sanitaires aux circonstances de temps et de lieu que la Cour a censuré l'arrêté n°0685/PM. Mieux, avec la publication du décret n°0002/PR/MS du 7 janvier 2022 portant modification et suppression de certaines mesures de prévention, de lutte et de riposte contre la propagation de la COVID-19, le gouvernement mettait fin à la gratuité des tests de dépistage de la COVID-19 et introduisait insidieusement une obligation vaccinale dont les conséquences, en termes de jouissance des droits et libertés par les personnes non vaccinées n'était pas respectée.

Au regard de ce qui précède, l'Etat de droit, à travers ces multiples violations des droits et Libertés fondamentaux durant la période de crise sanitaire liée à la COVID-19 avait besoin d'un contrepouvoir ; et le juge constitutionnel gabonais en tant que contrepouvoirs avait contribué par à la garantie des droits fondamentaux des citoyens par ces décisions n°43/CC du 24 décembre 2021 et n°45/CC du 31 décembre 2021. Ce qui du point de vue de la légitimité du juge constitutionnel gabonais est un témoignage qui tend à démontrer la légitimité du juge constitutionnel du point de vue de la protection des droits fondamentaux des citoyens.

<sup>113</sup> Dicey, Introduction to the study of the law of the Constitution

## CONCLUSION

Encadrer l'usage du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel consiste à fixer des limites juridiques, procédurales et institutionnelles à ce pouvoir, afin de garantir qu'il respecte la séparation des pouvoirs, la sécurité juridique et le principe de légitimité démocratique. Les principaux moyens d'encadrement du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel à retenir sont, de ce fait :

### 1. Un fondement juridique clair :

Le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel doit être explicitement prévu par la Constitution ou la loi organique qui régit la juridiction constitutionnelle. Cela permet :

- De légitimer ce pouvoir.
- D'en définir les cas d'usage.
- D'éviter les interprétations extensives.

### 2. Un cadre procédural strict

L'injonction ne doit pouvoir être prononcée que :

- À l'issue d'un contrôle de constitutionnalité, lorsqu'une norme est jugée contraire à la Constitution.
- En précisant un délai raisonnable pour que le législateur ou l'administration s'exécute.
- En fixant les modalités précises de l'exécution, tout en laissant une marge d'appréciation au pouvoir politique.

### 3. Le respect de la séparation des pouvoirs

L'injonction doit se limiter à ordonner une action ou une abstention, sans que le juge ne se substitue au législateur. Le juge indique ce qu'il faut faire, mais pas comment le faire. Cela évite toute dérive vers un gouvernement des juges.

### 4. Le contrôle des effets juridiques

L'injonction peut être accompagnée de mesures transitoires, comme le report de l'abrogation d'une loi inconstitutionnelle, pour préserver la sécurité juridique et permettre une adaptation progressive.

### 5. La limitation dans le temps et l'objet de ce pouvoir

L'usage de l'injonction doit rester exceptionnel, réservé aux cas :

- D'atteinte grave aux droits fondamentaux.
- D'inaction persistante du pouvoir législatif.
- De vide juridique inacceptable.

### 6. Contrôle politique

Enfin, un dialogue institutionnel (via des rapports au Parlement, une procédure de suivi, etc.) peut garantir que le juge constitutionnel ne s'écarte pas de son rôle d'arbitre.

## BIBLIOGRAPHIE

### I. Doctrine

#### A. Ouvrages généraux et collectifs

- Guy ROSSATANGA RIGNAULT, les grandes dates du Gabon : abrégé chronologique illustré, édition RAPONDA Walker, Mai 2015, 280 pages.

#### B. Recueils de jurisprudence commentés

- E. Pierre TOGBE « l'injonction au service de la démocratie » commentaire de la décision DCC 15-001 du 09 janvier 2015 relative au retard dans la production de la LEPI, in Jurisprudence électorale commentée, 2017, p.55-72.

### I- Jurisprudence constitutionnelle

- Décisions de la Cour Constitutionnelle gabonaise  
Décision N°22/CC du 30 Avril 2018 relative à la requête présentée par le Premier ministre aux fins d'interprétation des articles 4, 28, 28a, 31, 34, 35 et 36 de la Constitution.  
Décision N°20/CC du 11 juillet 2017 relative à la non-organisation dans les délais impartis par la Constitution des élections des députés de l'Assemblée nationale.
- Décisions des cours constitutionnelles africaines  
Bénin et Sénégal

### II- Références textuelles

- Constitution gabonaise N°3/91 du 26 Mars 1991
- Constitution N°000001/2018 du 12 Janvier 2018
- Constitution française, loi constitutionnelle du 3 juin 1958
- Loi organique N°9/91 du 26 Septembre 1991, sur la Cour Constitutionnelle
- L'ordonnance N°00005/PR/2018 du 26 janvier 2018 modifiant et complétant la loi organique N°9/91
- La loi N°001/2018 du 12 janvier 2018 portant révision de la Constitution de la République gabonaise.

### III- Article scientifiques, essais et notes

- ONDO Telesphore, « La Cour Constitutionnelle gabonaise est-elle au-dessus de la Constitution ? » Essai d'analyse de la décision N°22/CC du 30 Avril 2018.
- Pambou TCHIVOUNDA, « L'office du juge interprète de la Constitution ».
- Yves Gaudemet, « Réflexion sur l'injonction dans le contentieux administratif » de R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS (le pouvoir), Paris : librairie générale de droit et de jurisprudence, 1977, p.807-824.
- Ibrahima Diallo, « la légitimité du juge constitutionnel africain », CERCCLE, Bordeaux, p. 149-175.
- Dieter Grimm, « L'interprétation constitutionnelle , l'exemple du développement des droits fondamentaux par la Cour Constitutionnelle fédérale », in jus Politicum, N°6, 2011, p.24.
- Tobias Van Reenen, « tendances actuelles dans l'interprétation de la constitution en Afrique du Sud », Presse universitaire de France, Revue française de droit constitutionnel, N°50, 2002, p. 355-375.

- Sebastiano Dondi, « L'interprétation créatrice de la loi selon l'expérience de la constitution italienne », Sant Anna, Legal Studies paper N°18, 2008.
- Severin ANDZOKA ATSIMOU, « la participation des juridictions constitutionnels au pouvoir constituant en Afrique », Presse Universitaire de France, « RFDC », N°110, 2017, p.279-316
- OTTO Pfenmann, « Contre le néo-réalisme juridique », pour un débat sur l'interprétation, PUF, « RFDC », 2 N°50, 2002, p.279-334
- P. Hugo Cyr, « l'interprétation constitutionnelle, un exemple de post-pluralisme », Mc Gill Law Journal, vol 43, 1998, p.555-610

**IV- Presse**

- Le Temps, P. 4-5, N°633 du jeudi 14 juin 2018
- Hebdo information N°664, 14-30 Avril 2018, p. 53-61.