

LES NORMES NON ECRITES DANS LA JURISPRUDENCE DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES NEGRO-AFRICAINES

Par

Eric M. NGANGO YOUMBI

Docteur en droit de l'Université de Paris I Panthéon -Sorbonne

Diplômé en droit de l'Union européenne de l'IEE de Bruxelles

Maitre –Assistant CAMES

Chercheur à l'Université de Maroua – Cameroun

Les Constitutions ne sont pas des tentes dressées pour le sommeil¹, encore moins des écrits gravés dans du marbre, en face desquels les juges constitutionnels doivent se comporter comme des dévots transis de peur devant une relique offerte à leur vénération². Elles sont regrettamment parfois semblables « à un lit asséché d'une rivière extenuée, qui se fait évanescence au point où leurs interprètes autorisés, ne puissent s'y mirer³ ».

Ces beaux apophtegmes qui légitiment la révision constitutionnelle, le pouvoir créateur du juge de la Constitution et les normes non écrites qui en résultent, seraient difficilement admis dans le contexte négro-africain, en permanence marqué par la vulnérabilité de la Constitution, conséquence de la boulimie révisionniste, au point où un grand connaisseur des droits

africains, posait en de termes provocateurs, la question de savoir « à quoi servent les Constitutions africaines⁴ ? ».

Il faut avant toute réflexion se mettre préalablement d'accord sur le sens que l'on donne aux mots. Pour cerner la locution nominale (normes non écrites) qui constitue l'élément central du libellé, il convient de la décomposer. La notion de « norme », d'origine allemande, popularisée par les travaux de H. KELSEN, qui la préfère à la notion de « règle⁵ » ou celle de « loi »⁶, connaît différentes acceptions ; la plus répandue est celle qui l'envisage comme une référence, un modèle, une description de ce qui doit être suivant un point de vue déterminé⁷. Elle est pour le juriste autrichien, « la signification d'un acte de volonté⁸ » ; « un acte par lequel quelqu'un veut que quelque chose doit avoir lieu⁹ »,

¹ ROYER-COLLARD cité par L. FAVOREU, Rapport introductif in P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, LGDJ, 2000, p.16.

² V° notre ouvrage, *Le justice constitutionnelle au Bénin, Logiques politique et sociale*, l'Harmattan 2016, p. 80.

³ PIERRE-CAPS (S), « L'esprit des Constitutions » in *L'esprit des institutions et l'équilibre des pouvoirs*, Mélanges P. Pactet, Paris, Dalloz, 2003, p.375.

⁴ GONIDEC (P.F), « A quoi servent les constitutions africaines », *RJPIC*, oct-déc. 1988, n°4, p.849.

⁵ DE BECHILLON (D), *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

⁶ MILLARD (E), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? » *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2006, p.59.

⁷ *Idem*.

⁸ AMSELEK (P), « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue juridique Thémis*, 33/2, 1999, pp.33-66.

⁹ KELSEN (H), *Théorie générale des normes*, Paris PUF 1996, p. 2-3.

c'est-à-dire une signification prescriptive d'un acte de volonté¹⁰.

Lorsque le vocable « *norme* » est suivi de l'épithète « *juridique* », il recouvre une connotation beaucoup plus précise. La « *norme juridique*¹¹ » se distingue des autres normes (sociales, morales, religieuses...) par l'aspect sanction au sens d'obligatorité. Elle est la signification d'un énoncé prescriptif ayant pour objet de rendre pour autrui obligatoire, interdit, permis ou habilité un certain comportement¹². L'expression d'une volonté humaine matérialisée par des actes reconnus par le droit. Pour faire simple, disons que la norme juridique est une manifestation de volonté à laquelle le droit attache des effets. Cette manifestation peut être explicite ou implicite, elle ne peut en tout cas être réductible au texte. Ce qui signifie qu'il n'y a aucune anomalie à parler de « *normes juridiques non écrites* ».

Il reste à dire ce que l'on entend par « *norme juridique non écrite* ». Nous proposerons la définition suivante : c'est une manifestation de volonté –qu'elle soit explicite ou implicite, assortie d'effets juridiques, mais non pourvue

d'*instrumentum*, c'est-à-dire qui ne comporte pas d'enveloppe formelle.

Les normes juridiques non écrites représentent une catégorie particulière au cœur des études théoriques sur les normes. Les théoriciens du droit ont en effet esquissé différentes catégorisations des normes¹³, dont celles entre les normes individuelles et les normes générales¹⁴; les normes prescriptives, permissives, d'habilitation et d'abrogation¹⁵; entre les normes impératives et les normes permissives¹⁶; les normes implicites et les normes explicites, les normes de compétence et les normes de comportement; les normes écrites et les normes non écrites.

C'est le dernier *distinguo* qui nous semble opératoire dans le cadre de la présente contribution. Le droit constitutionnel opère une sous-distinction entre les normes constitutionnelles non écrites d'origine coutumière et les normes constitutionnelles non écrites d'origine jurisprudentielle. Certains auteurs¹⁷ à la suite de P. AVRIL¹⁸ et Y. MENY¹⁹ distinguent une troisième catégorie, assez controversée, que l'on nommerait « *les conventions de la Constitution*²⁰ ». Cette

¹⁰ MILLARD (E), « Qu'est-ce qu'une norme juridique ? » *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2006, pp. 59 à 62.

¹¹ *Idem*.

¹² KELSEN (H), *Théorie générale des normes*, op.cit., p. 2-3.

¹³ V° par exemple CUMYM (M), « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexion sur la systématisme du droit », *Les Cahiers du droit*, vol°52, n°3-4, sept-déc. 2011, pp.351-378.

¹⁴ Certains auteurs estimaient qu'il n'y a de norme que générale. Herbert HART estime en revanche que la norme peut avoir une portée générale ou individuelle, in *Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint Louis, 2^e éd., 2005, p.276 et s.

¹⁵ KELSEN (H), *Théorie générale des normes*, op.cit., pp.125-150.

¹⁶ EISENMANN (C), *Cours de droit administratif*, t.2, LGDJ, 1983, p. 211.

¹⁷ V° par exemple MONEMBOU (C), « Les normes non écrites dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone », RADSP, vol. III, n°05, jan-juin 2015, pp. 99 sq.

¹⁸ AVRIL (P), *Les Conventions de la Constitution – Normes non –écrites du droit politique*, Paris, PUF, (Coll. Leviathan), 1997, p.2.

¹⁹ MENY (Y), « Les Conventions de la Constitution », *Pouvoirs* n° 50, sept. 1989, pp.53-68.

²⁰ AVRIL (P), *Les Conventions de la Constitution – Normes non –écrites du droit politique*, Paris, PUF (Coll. Leviathan), 1997; du même auteur, « Coutume constitutionnelle et conventions de la constitution », in M. Troper et D. Chagnollaud (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op.cit., pp.347-405; « *Les Conventions de la Constitution* », RFDC, 14, 1993, p.327 sq; v° aussi BIDEGARAY (C), « Pierre Avril à la recherche des conventions de la Constitution », RFSP, 1998, pp.664-672; DUMONT (H), « Coutumes constitutionnelles, conventions de la Constitution et

appellation découle en réalité d'une traduction de l'anglais « *law of the Constitution*²¹ ».

Ce sont les normes non écrites d'origine jurisprudentielle qui nous intéressent. Une distinction réaliste et contentualiste est possible entre les normes non écrites référentielles ou encore les normes de contrôle, et les normes non écrites subordonnées ou contrôlées²². Le juge constitutionnel dans certains contextes ne statuant pas simplement sur la constitutionnalité des textes, mais aussi des comportements dommageables du défendeur²³.

Nous excluons toutefois de notre étude, les normes non écrites contrôlées, pour nous focaliser uniquement sur les normes non écrites référentielles, pour la simple raison que très peu de juridictions constitutionnelles africaines ont formulé les

normes contrôlées non écrites²⁴. La matière reste encore mince pour faire l'objet d'une comparaison.

Plancher sur « *les normes non écrites dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles africaines* » présente au plan théorique un double intérêt en lien avec le juge constitutionnel et le droit constitutionnel non écrit.

D'une part, le thème met en perspective l'office des juridictions constitutionnelles. Les troisièmes vagues de démocratisation²⁵ ont en effet permis l'émergence dans presque tous les Etats d'Afrique noire francophone, d'un acteur politique nouveau, –le juge constitutionnel, dont les décisions sont censées parachever l'Etat de droit²⁶ (défini comme un Etat dans lequel toutes les autorités sans exception sont soumises à la règle de droit²⁷) et arbitrer les luttes politiques. Il est aujourd'hui difficile

para-légalité » in *Liber Amicorum Paul Martens. L'Humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?* Bruxelles, Larcier 2007, pp.257-287.

²¹ DICEY (A), *An introduction to the study of the Law of the Constitution*, 10^{ème} éd., Londres, Mac Millan, 1982 (ouvrage publié en 1885).

²² L. FAVOREU distingue entre les normes non écrites résultant de la pratique et celles dégagées par le juge, « Rapport introductif », in AVRIL (P) et VERPEAUX (M), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, LGDJ, 2000, p.13.

²³ V° FAVOREU (L) et PENA-GAIA (A), dir., *La justice constitutionnelle II –Belgique, Espagne, Italie, Allemagne*, Documents d'études n° 1/16, 1998, p.37. La Cour constitutionnelle du Bénin a dans sa jurisprudence étendu son contrôle non seulement aux actes oraux (DCC 01-005, 11 janv. 2001, *Hinnouho Akle Sylvain* ; DCC 05-059 du 07 juillet 2005, *Fambo Edgar* ; DCC 13-071 du 11 juillet 2013, *Serge PRINCE AGBODJAN* ; DCC 14-156 du 19 aout 2014, *Jean Claude DOSSA*), mais également aux silences dommageables des autorités publiques (DCC 15-002 du 13 janvier 2015, *Lucien CHEDE* ; DCC 16-174 du 03 novembre 2016, *Serge PRINCE AGBODJAN* ; DCC 17-262 du 12 décembre 2017, *Polycarpe Agboton et Sika OUASSANGARI* ; DCC 18-075 du 15 mars 2018, *Serge PRINCE AGBODJAN*).

²⁴ NGANGO YOUNBI (E), « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour

constitutionnelle du Bénin », *RDP*, n° 5, septembre 2018, p.1725 sq.

²⁵ V° CABANIS (A) et MARTIN (M-L), *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Bruylant-Academia, 2010.

²⁶ RIVERO (J), « Fin de l'absolutisme », *Pouvoirs* n°13, 1980, p.5.

²⁷ V° KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, Trad. EISENMANN (C), Paris, Dalloz 1962, p.411 ; CHEVALLIER (J), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien 1992, p.149 ; TROPER (M), « Le concept d'Etat de droit », *Droits*, n°15, 1992, p.58 ; HAMON (L), « L'Etat de droit et son essence », *RFDC*, 1990, p.709 ; HERRERA (C-M), « Quelques remarques à propos de la notion d'Etat de droit », *L'homme et la Société*, 1994, p. 98 ; MILACIC (S), « L'Etat de droit, pour quoi faire ? L'Etat de droit comme logistique d'une bonne gouvernance démocratique », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Economica, 2006, p. 375 ; DONFACK SOKENG (L), « L'Etat de droit en Afrique », *Afrique juridique et politique* (CERDIP), vol.1, n°2, juil-déc. 2002, p.87 ; NGANGO YOUNBI (E), « Libres propos sur l'Etat de droit constitutionnel en Afrique noire francophone » in *Les transformations de l'Etat, Mélanges en l'honneur de Professeur Babacar Gueye* (sous la direction des Prs Mamadou BADJI, Saidou Nourou TALL) (à paraître).

d'affirmer comme le faisait un auteur en 1974 que la situation du droit constitutionnel est la même qu'il y ait ou qu'il n'y ait pas de juge constitutionnel²⁸. Son institution porte en elle-même la folle espérance de la constitutionnalisation du droit²⁹ et de la construction démocratique.

L'évolution de la perception que la doctrine, la classe politique et le citoyen, ont du juge constitutionnel confirme toutefois le constat de G. CONAC selon lequel « *les africains aiment la ferveur et les cultes*³⁰ ». Ainsi, après avoir inspiré la confiance, cristallisé tous les espoirs, et été acclamé sous les traits messianiques du « *gardien des promesses du constituant*³¹ », le juge constitutionnel africain suscite de plus en plus de la méfiance, du fait des libertés qu'il prend avec les textes qu'il est chargé d'interpréter ou d'appliquer, et des arbitrages (incompris et chahutés par les uns, exaltés et encouragés par d'autres) dans

des domaines aussi politiquement sensibles que les élections.

D'autre part, le thème nous plonge dans les jurisprudences des juridictions constitutionnelles africaines, qui ont le mérite de reconfigurer l'horizon théorique du droit constitutionnel. Les deux dernières décennies révèlent en effet l'irrésistible floraison dans ce contexte, de ce que R. CAPITANT appelait « *le droit constitutionnel non écrit*³² » et L. FAVOREU « *le droit constitutionnel jurisprudentiel*³³ ». La théorie des sources du droit constitutionnel³⁴ s'enrichit ainsi des normes non écrites. Il se situe par ailleurs au cœur de la théorie de l'interprétation en droit constitutionnel, qui dans le contexte français a opposé O. PFERSMANN qui estime que l'interprétation est un acte de connaissance³⁵ et M. TROPER qui, suivant *la réalisme à la française*³⁶, soutient que les

²⁸ TROPER (M), « Justice constitutionnelle et démocratie », *RFDC*, 1990, n°1, pp.31-48 ; v° aussi « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnel » in Mélanges Einseman, *op.cit.*, pp.133-151.

²⁹ ATANGANA AMOUGOU (J.L), « La constitutionnalisation du droit en Afrique : l'exemple de la création du Conseil constitutionnel camerounais », *AJIC*, XIX, 2003, pp.45-63.

³⁰ Cité par KAMTO (M), « Dynamique constitutionnelle du Cameroun indépendant », *RJA*, n°1 et 2, 1995, p.7.

³¹ KOKOROKO (D), « Les techniques de protection des droits de l'homme par le juge constitutionnel », [http://: www.constitutionnelle.ml](http://www.constitutionnelle.ml), consulté le 11 décembre 2018.

³² CAPITANT (R), « Le droit constitutionnel non-écrit », *Recueil d'études sur les sources du droit*, en l'honneur de F. Geny, Paris Dalloz 1934, p.304 sq.

³³ AÏVO (F-J), *La Constitution de la République du Bénin –la Constitution de tous les records*, Cotonou, éd. CACI, 2010.

³⁴ CHAMPEIL-DESPLATZ (V), « Théorie générale des sources du droit constitutionnel », in Troper M. et Chagnollaud (D), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz 2012, p.247 sq.

³⁵ Pour une critique de la théorie réaliste de l'interprétation et de la théorie des contraintes

juridiques, v° PFERSMANN (O), « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie – En réponse à Michel Troper » *PUF/RFDC* 2002/4-n°52, pp.759-788, republié in *Analisi e Diritto* 2004 (2005), pp.153-182 ; du même auteur « Critique de la théorie des contraintes juridiques », in M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorzczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Paris, LGDJ 2005, pp.123-142 ; « Le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître, in F. Melin-Soucramanien (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Dalloz, « *Thèmes et commentaires* », 2005, pp. 33-61 ; « Le concept de « *gouvernement des juges* » (en réponse à Michel Troper) in S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuchling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Publication de la Sorbonne, Paris 2001, pp. 37-52.

³⁶ Michel TROPER a formulé sa théorie dans une série de travaux. Dans l'Article intitulé « Réplique à Otto PFERSMANN » paru aux *PUF/RFDC* 2002/2-n°50, il rappelle quelques points de sa pensée, et présente *la Théorie des contraintes juridiques* comme le prolongement de *la Théorie réaliste de l'interprétation* ; v° TROPER (M), CHAMPEIL-DESPLATS (C) et GRZEGORCZYK (C), *Théorie des contraintes juridiques*, LGDJ, 2005.

énoncés n'ayant pas de contenu, l'interprétation est un acte de volonté (du juge). Pour le premier, l'interprétation est la connaissance de la signification des énoncés et pour le second, elle est l'attribution d'une signification à des énoncés. Les énoncés n'ont pas selon ce courant un caractère « *descriptif ou cognitif* », mais « *ascriptif* »³⁷, c'est-à-dire dépourvus de valeur de vérité.

La question des normes non écrites d'origine jurisprudentielle est dans le contexte africain le lieu géométrique où s'affrontent et se confrontent la doctrine. Chacune des thèses en présence qui comporte une part de vérité, a ses prêtres et ses disciples.

Il y'a d'un côté, les partisans de *l'interprétation -découverte*, c'est-à-dire d'une interprétation stricte et littérale du texte constitutionnel –et partant, d'une compréhension limitée des fonctions du juge constitutionnel qui ne serait qu'une simple sentinelle tenant le fragile lumignon indiquant aux pouvoirs publics – particulièrement au pouvoir législatif, la voie constitutionnelle à suivre, selon la théorie du « *lit de justice* »³⁸. Selon ce courant, parler de normes constitutionnelles non écrites serait propager un évangile

juridique apocryphe et encourager le « *coup d'Etat du droit* »³⁹ et le « *gouvernement des juges* » décrié dans le contexte américain (critique reprise quasi unanimement par la doctrine française⁴⁰ et africaniste) ou encore « *l'activisme judiciaire* », au point où certains auteurs en viennent à se demander si le juge constitutionnel en fait trop⁴¹.

Il y'a de l'autre, les partisans de *l'interprétation -création* qui défendent une conception large, dynamique et réaliste de la Constitution qui serait composée d'un corps, et d'un esprit subsumé dans l'histoire constitutionnelle, les travaux préparatoires ; qui irradierait à travers les dispositions et le Préambule et se concrétiserait dans la conjoncture du moment. La Constitution, toute la Constitution ne serait pas dans la Constitution⁴². Elle résiderait également dans son esprit, qui est –, dirions-nous, cette force vitale qui habite les os desséchés du droit⁴³. Selon cet autre courant, le juge constitutionnel serait un véritable co-législateur positif⁴⁴, doté d'une mission large d'interpréter la Constitution à la lumière d'un imaginaire, en recourant à un éventail de techniques. Les normes non écrites seraient dans ce contexte un truisme irréfragable. Le juge constitutionnel doit

³⁷ MILLARD (E), « Le réalisme juridique redéfini », *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, 2013/19, pp.113-129.

³⁸ VEDEL (G), « Schengen et Maastricht (à propos de la décision n°97-294 DC du CC du 25 juillet 1991), *RFDA* 1992, p.179.

³⁹KOKOROKO (D), « Controverses doctrinales à propos de la décision DCC 11-067... », *ABJC, Dossier spécial. 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012)*, *PUB*, I-2013, p.717

⁴⁰ LAMBERT (E) (1921), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Girard, Réed. Paris, Dalloz, 2005.

⁴¹ BLACHER (Ph.), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs* n°105, 2003/2, pp.17-28 ;

DANDI GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? » in F.J. AÏVO (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990* (Mélanges en l'honneur de Maurice Ahahanzo-Glélé), l'Harmattan Paris 2014, pp.687-717.

⁴² AÏVO (F), « La crise de la normativité de la Constitution en Afrique », *RDP* n°1, déc /jan. 2012, p.179. L'expression est en réalité empruntée au Doyen G. VEDEL.

⁴³ Il s'agit d'une reprise adaptée de la belle expression du juriste anglais Sir Ivor JENNINGS.

⁴⁴ BEHRENDT (C), *Le juge constitutionnel, un législateur -cadre positif*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2006 ; MATHIEU (B), « Le Conseil constitutionnel « législateur positif »... », *RIDC*, 2010, pp.507-531.

selon cette école, éviter de se comporter en « *obsédé textuel*⁴⁵ » et « (...) *exercer sa liberté d'interprétation des textes en harmonie avec les finalités et évolutions de l'ordre social, voire de l'idée de droit dominante dans l'Etat*⁴⁶ (...) ».

Dans un camp comme dans l'autre, la plupart des auteurs adoptent une approche monographique, fondée sur l'analyse d'une décision ou des décisions et Avis d'une juridiction constitutionnelle d'un pays donné, au détriment d'une analyse synoptique, qui nous paraît enrichissante, en ce qu'elle permet de faire le rapprochement et de tirer des enseignements profitables à plusieurs Etats africains et même au-delà.

Par ailleurs les normes non écrites ne sont autrement abordées par la doctrine dans le contexte africain, que sous l'angle de la légitimité du juge. A-t'on jamais planché sur les questions de quand, comment et pourquoi le juge africain les formule. Ces questions qui nous semblent avoir été laissées de côté, du moins insuffisamment explorées, ont le mérite de nous sortir des sentiers battus.

L'examen des cas jurisprudentiels laisse apparaître clairement que les normes non écrites sont dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles africaines, l'objet d'une application contingente et fluctuante, qui traduit leur instrumentalisation à des fins politiques (I). Il est dès lors intéressant de tenter une systématisation des règles et principes devant présider à la création par le juge constitutionnel africain des normes non

écrites (II). Cette bipartition (qui part du constat de l'emprise du politique sur le droit et propose une « *rejuridicisation* » du politique) répond à l'un des objectifs du droit constitutionnel qui est de saisir et encadrer la politique.

I. UNE INSTRUMENTALISATION DES NORMES NON ECRITES PRETORIENNES

La création d'une norme non écrite par le juge a en principe une fonction contentieuse, en ce qu'elle permet de combler les interstices de la Constitution. Les décisions et Avis judicieusement choisis, permettent de rendre compte de l'instrumentalisation politique des normes non écrites qui est faite par le juge constitutionnel africain.

Il n'est pas encore question de discuter des fondements ou de la validité de ces normes. À ce niveau de l'analyse, c'est leur portée pour l'ordre constitutionnel et les valeurs fondamentales de la République qui nous intéressent.

Cela étant, par la formulation des normes non écrites, le juge constitutionnel africain, apparaît sous les traits du dieu *Janus* du panthéon romain, qui réunit en lui la figure du passé et du futur. Le passé étant dans notre cas, le mal dont a souffert le constitutionnalisme africain, et le futur le bien induit par la rupture opérée à la faveur du renouveau démocratique.

Dans certaines hypothèses, la création ou la formulation des normes non écrites lui a permis de consolider⁴⁷ les valeurs de la

⁴⁵ V° KPODAR (A), « Observations sous DCC 01-111 du 19 décembre 2001, *Désiré MISSINHOUN* » in *ABJC, op.cit.*, p. 191. L'expression est empruntée à Dominique TURPIN, in *Droit constitutionnel*, QUADRIGE/PUF, 2^{ème} éd., 2007, p.1.

⁴⁶ HOLO (Th.) « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs* n°129, 2009, p. 10.

⁴⁷ Il s'agit d'une distinction inspirée de celle proposée par Ibrahima Madior FALL au sujet des révisions constitutionnelles, in *Les révisions constitutionnelles au Sénégal. Révisions consolidantes et révisions déconsolidantes de la démocratie sénégalaise*, CREDILA, Dakar, 2011.

démocratie libérale ; dans d'autres, c'est à une logique contraire qu'il a abouti, en faisant une utilisation déconstructive ou vicieuse des normes non écrites.

Ceci nous permet de proposer une distinction entre les normes non écrites constructives (A) et les normes non écrites déconstructives (B).

A. LES NORMES NON ECRITES CONSTRUCTIVES

Il ressort de l'examen des jurisprudences des hautes juridictions constitutionnelles africaines qu'elles ont dans certaines décisions, usé des normes non écrites dans l'objectif de protéger les valeurs fondamentales de l'Etat et la démocratie.

Certaines de ces valeurs se rattachent à l'aspect institutionnel du constitutionnalisme libéral ; d'autres à l'aspect relationnel⁴⁸. Le recours ou la mobilisation des normes non écrites, a ainsi permis au juge constitutionnel africain de renforcer l'Etat de droit (1) et les droits fondamentaux de la personne humaine (2).

1. Le renforcement de l'Etat de droit et la démocratie

Des exemples éclatant viennent des Etats qui se distinguent particulièrement sur le continent par ce que d'aucuns appellent « *l'activisme judiciaire*⁴⁹ » et d'autres « *le pouvoir d'imagination* » ou de création : la première illustration pourrait être empruntée à Haute Cour Constitutionnelle Malgache qui a formulé le principe non écrit de *non régression sur les valeurs constitutionnelles et de non retour sur l'acquis juridique de l'Etat* (a) ; les deux autres sont tirés de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin⁵⁰, qui a dégagé le principe non écrit de *la représentativité proportionnelle majorité/minorité* (b) et le principe controversé du *consensus national* (c).

Dans un cas comme dans l'autre, le juge constitutionnel africain entend préserver l'Etat de droit au sens moderne du terme (conjonction des approches formelle et matérielle).

⁴⁸La notion de « droit constitutionnel relationnel » est attribuable au Doyen L. FAVOREU, qui sur le critère de l'objet distingue entre le « *droit constitutionnel institutionnel* », « *le droit constitutionnel normatif* » et « *le droit constitutionnel relationnel* », in « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », *RFDC*, n°1, 1990, pp.71-89.

⁴⁹Beaucoup d'auteurs fustigent cette propension du juge constitutionnel, v° GNAMOU (D), « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? » in J. AÏVO, *La Constitution du Bénin du 11 décembre 1990*, *op.cit.*, p.729 ; KOKOROKO (D), « Controverses doctrinales... », *op.cit.*, p.725 ; DJOGBENOU (J), « Le contrôle de

constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », *Afrilex*, avril 2014, pp.1-27.

⁵⁰ Il faut noter qu'il y'a d'autres principes à valeur constitutionnelle, tel « le principe de transparence », v° DCC 345-94 du 23 décembre 1994, *Président de la République* ; DCC 00-78 du 07 décembre 2000, *Bigou Bio Bani Léon et autres* ; DCC 01-011 du 12 janvier 2011, *Bigou Bio Bani Léon et autres* ; DCC 02-028 du 10 avril 2002, *Cossahinto Christiane*. La particularité des principes à valeur constitutionnelle par rapport aux principes généraux de droit qui ont également été dégagés par la Cour, est qu'ils sont de véritables principes de droit constitutionnel, qui entraînent la rétroactivité de la Constitution lorsqu'ils sont en cause.

a) *Le principe de non régression sur les valeurs constitutionnelles et de non retour sur l'acquis juridique de l'Etat : le cas malgache*

Le principe de non régression connu en droit de l'environnement⁵¹, appelé « *effet stand still* » dans le domaine de la protection des droits sociaux et économiques, ou « *effet cliquet* » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français⁵², a trouvé ses lettres de noblesse dans la jurisprudence de la HCC malgache, où il participe au renforcement de l'Etat de droit.

La Constitution malgache de la IV^{ème} République du 11 décembre 2010 comporte un nombre important de principes constitutionnels. La jurisprudence de la HCC a ajouté des principes non écrits à cette liste, en vue de renforcer l'Etat de droit. Il s'agit entre autres du *principe de l'intelligibilité de la loi*⁵³, qui fait obligation au législateur de respecter l'exigence de clarté dans les expressions qu'il utilise⁵⁴ ; du *principe de non régression des valeurs constitutionnelles et de non retour sur l'acquis juridique de l'Etat démocratique*. Ce dernier principe mérite des développements particuliers. Il est rappelé avec force dans *l'Avis n°02-HCC de 2015 sur l'application simultanée des articles 103* (motion de censure à l'endroit du

Gouvernement) et 131 (déchéance du Président de la République) de la Constitution⁵⁵.

La Constitution malgache n'a pas prévu la possibilité ou non d'utiliser en même temps les dispositions relatives au vote d'une motion de censure contre le Gouvernement et celles sur la responsabilité pénale du Président de la République. Puisque ces possibilités sont séparément prévues par la Constitution, une lecture littérale conduirait à admettre l'exercice simultané de ces deux moyens d'action.

La Cour constatant toutefois que la défection simultanée du Président et du Gouvernement laisserait l'Assemblée nationale seule en fonction, faisant place à un régime d'Assemblée ou le Gouvernement émanerait du Parlement, situation tout à fait contraire à l'esprit de la Constitution, souligne qu'en tant que gardienne de « *la légalité constitutionnelle* », elle a, et entend assumer l'obligation minimale de veiller au respect du *principe de non régression des valeurs constitutionnelles* et à celui du *non-retour sur l'acquis juridique* ; qu'à ce titre, elle ne tolérerait point que puisse intervenir une confusion des pouvoirs, laquelle outre son caractère manifestement inconstitutionnel, constitue une régression dans la

⁵¹ V° loi française n° 2016-1087 du 08 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité.

⁵² DC français, *Décision 83-165 du 20 janvier 1984, Libertés universitaires* ; DC 84-181 des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de Presse* ; DC 86-210 du 29 juillet 1986, *Régime de la Presse* ; DC 86-217 du 18 septembre 1986, *Liberté de communication*, v° KOKOROKO (D), « *Les techniques de protection des droits de l'homme par les juges constitutionnels* », *op.cit.*

⁵³ La jurisprudence africaine s'est inspirée du Conseil constitutionnel français, qui considère cette exigence comme un *Objectif à Valeur*

Constitutionnelle, Décision n°2005-514 du 28 avril 2005, Considérant n°14.

⁵⁴ V° HCC Malgache, *Décision n°31-HCC/D3 du 16 octobre 2015*. Le droit constitutionnel jurisprudentiel malgache connaît également, comme en France, les *Objectifs à Valeur Constitutionnelle* (OVC). A titre d'exemple, *l'OVC d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi*, qui oblige le législateur à édicter des normes cohérentes, suffisamment précises afin de prémunir les sujets de droit contre les applications contraires à la Constitution.

⁵⁵ V° HCC Malgache, *Avis n°02-HCC du 13 juin 2015 sur l'application simultanée des articles 103 et 131 de la Constitution*.

consolidation et l'accomplissement de l'Etat de droit⁵⁶.

La HCC malgache a récemment rappelé ce principe dans sa décision n°18-HCC/D3 rendue en 2018⁵⁷, où elle reprend la formule soulignée en 2015, selon laquelle, « *quelle que soit la situation politique, elle a et entend assumer l'obligation minimale de veiller au respect du principe de non régression des valeurs constitutionnelles et à celui du non-retour sur l'acquis juridique* ».

C'est également en vue de renforcer les valeurs du constitutionnalisme libérale, et notamment la démocratie, que la Cour constitutionnelle du Bénin a dégagé le principe de la représentativité proportionnelle majorité/minorité.

b) Le principe de représentativité proportionnelle majorité/minorité : le cas béninois

Le principe de la représentativité proportionnelle, dégagé par la Cour en marge des dispositions écrites lui permet d'encadrer les excès de la démocratie majoritaire et d'aménager ainsi au profit de la minorité, un statut constitutionnel que bien de constitutionnalistes estimèrent naguère improbables⁵⁸. Il s'agit d'éviter le « *majoritarisme* ». Il n'est plus question, pour reprendre la belle déclaration d'A. LAIGNEL à J. FOYER, à l'Assemblée Nationale française le 13 octobre 1981, que

l'Opposition ait juridiquement tort, parce qu'elle est politiquement minoritaire.

Il est rappelé avec force dans une décision de la Cour constitutionnelle du Bénin *DCC 03-168*⁵⁹. Elle souligne que s'il est vrai que ni la Constitution, ni la loi organique sur la Haute Cour de Justice, ni le Règlement Intérieur de l'Assemblée Nationale n'ont expressément prévu une procédure simplifiée pour la désignation des membres de l'Assemblée devant siéger à la Haute Cour de Justice, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de ces prescriptions doit se faire conformément aux exigences de la démocratie pluraliste, sur base de *la représentation proportionnelle majorité/minorité*, principe à valeur constitutionnelle⁶⁰.

Cette décision sera confirmée par les décisions *DCC09-002*⁶¹, *DCC09-015*⁶². Par la décision *DCC 09-016*⁶³, la Cour rappelle que « *le choix des députés appelés à représenter l'Assemblée Nationale en tant que Corps, à animer ses organes de gestion ou à siéger au sein des institutions de l'Etat, doit se faire selon le principe à valeur constitutionnelle de la représentation proportionnelle majorité/minorité* ».

Ce principe a été récemment rappelé par une décision rendue en 2017 (*DCC 17-254*⁶⁴), qui a par ailleurs le mérite de préciser le champ d'application du principe de représentation proportionnelle.

Le principe de la représentation proportionnelle a été créé *ex-nihilo* de

⁵⁶*Idem*.

⁵⁷*HCC Malgache, décision n°18-HCC/D3 du 2018 relative à la requête en déchéance du Président de la République.*

⁵⁸V° AVRIL (P), « L'improbable statut de l'opposition », *LPA* 2006, n°138, p.7 ; du même auteur, « Le statut de l'opposition : un feuillet inachevé », *LPA* 2008, n°254, p.9 ; v° aussi VIDAL-NAQUET (A), « L'institutionnalisation de l'opposition. Quel statut pour quelle opposition ? », *RDFC* 2009/1, n°77, pp.153-173.

⁵⁹*DCC du Bénin 03-168 du 26 novembre 2003, ISSA Salifou.*

⁶⁰*Idem*.

⁶¹*DCC du Bénin 09-002 du 08 janvier 2009, Come Gb. OKE.*

⁶²*DCC du Bénin 09-015 du 19 février 2009, Président de l'Assemblée Nationale.*

⁶³*DCC du Bénin 09-016 du 19 février 2009, Assouan Comlan DEGLA.*

⁶⁴*DCC du Bénin 17-254 du 05 décembre 2017, Sylvestre Kinyidé BIAOU.*

même que le principe du *consensus*, plus problématique que le premier.

c) *Le principe du consensus national : le cas béninois*

Le principe du consensus national souligné par la Cour constitutionnelle dans sa décision *DCC 06-074*⁶⁵, a jeté un véritable pavé dans la marre au Bénin, et charrié d'importantes controverses doctrinales et des acteurs politiques⁶⁶.

Les députés béninois arrivés en fin de mandat et contre l'avis du Gouvernement décidèrent de faire passer leur mandat de 4 à 5 ans. La Cour déclara contraire à la Constitution les articles 1 et 2 de la loi de révision constitutionnelle *n°2006-13* (modifiant l'article 80 de la Constitution). Elle souligna que la loi bien conforme aux modalités de la révision expressément prévues par la Constitution, rentrait en opposition frontale avec les idéaux ayant présidé à l'adoption de la Constitution du 11

décembre 1990 et notamment le principe à valeur constitutionnelle du *consensus*.

Le contenu du *principe de consensus* très discuté en droit constitutionnel béninois, a été fixé clairement par la Cour constitutionnelle dans une décision rendue en 2010⁶⁷. Elle précise que « *le consensus loin de signifier l'unanimité est d'abord un processus de choix ou de décision [qui] permet sur une question donnée de dégager par une voie appropriée, la solution satisfaisant le plus grand nombre* ». La Cour a par ailleurs déclaré que l'absence d'unanimité sur une question donnée n'est pas un motif suffisant pour invoquer une violation du principe du *consensus*⁶⁸.

La décision *DCC 06-074* de la Cour constitutionnelle du Bénin, qui se rapproche de la solution malienne⁶⁹ en matière de contrôle des lois constitutionnelles, est aux antipodes de la solution du Conseil constitutionnel sénégalais qui par la décision *n°3/C/2005*⁷⁰ a fait prévaloir le raisonnement contraire en référence au droit français⁷¹.

⁶⁵*DCC 06-074 du 08 juillet 2006, Président de la République, v° aussi DCC 10-050 du 14 avril 2010, Pierre AGOSSEVI.*

⁶⁶ V° NGANGO YOUNBI (E), *La justice constitutionnelle au Bénin –Logiques politique et sociale*, l'Harmattan 2016, pp.75-85 ; v° aussi SOMA (A), « Observations sur la décision *DCC 06-074 du 08 juillet 2006, loi constitutionnelle de prorogation du mandat des députés* » in J. AIVO, *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, op.cit.*, pp.124-125 ; COULIBALY (B), « La neutralisation du parlement constituant. A propos de la décision *DCC 06-74 du 08 juillet 1974* », *RDP* n°5, pp.1493-1515 ; SALAMI (I), « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de Sciences Juridiques*, 2011, n°00, pp.45-46.

⁶⁷ V° par exemple *DCC 10-117 du 08 septembre 2010, Président de la République.*

⁶⁸*DCC 10-049 du 05 avril 2010, Président de la République, Obs.*, Arsène Joël ADELOUI, *AJCB, op.cit.*, p. 343.

⁶⁹*CC Malienne, Arrêt n°01-128 DU 12 décembre 200, MM Boubou KOITA et autres.* La Cour sanctionne la loi du 21 juillet 2000 (parue au *Journal*

officiel le 18 octobre 2001) portant révision de la Constitution du 25 février 1992 contraire à la Constitution, en ce que le texte publié au *Journal Officiel* était différent de celui voté par l'Assemblée Nationale.

⁷⁰*Décision CC Sénégalais n°3/C/2005 du 18 janvier 2006, Ousmane Tanor DIENG et autres.*

⁷¹Saisi d'un recours en inconstitutionnalité contre la *loi constitutionnelle n°29/2005* votée par l'Assemblée nationale et prorogant de 8 mois le mandat des députés élus à l'issue des élections du 29 avril 2001, le juge sénégalais fut invité à requalifier la loi en cause de « *loi ordinaire* » (le requérant estimant qu'il s'agissait d'une « *fausse loi constitutionnelle* »), et d'y opérer son contrôle.

Sur la question de la requalification, la haute juridiction sénégalaise jugera, certainement en référence à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, que « *le pouvoir constituant est souverain et que sous réserve de certaines limitations constitutionnelles, « (...) il peut abroger, modifier ou compléter les dispositions de valeur constitutionnelles dans la forme qu'il estime appropriée [:] et introduire explicitement ou implicitement dans le texte de la Constitution des*

Les normes non écrites sont dans certains contextes –, quoique de façon moins perceptible que pour l'impératif de l'Etat de droit démocratique, mobilisées par le juge constitutionnel africain pour renforcer les droits fondamentaux.

2. Le renforcement des droits fondamentaux

Les Constitutions africaines du renouveau démocratique ont unanimement consacré les droits fondamentaux à travers trois formules⁷²: la technique déclarative⁷³, la technique énumérative⁷⁴ et la technique référentielle⁷⁵. Dans le contexte français, c'est la technique référentielle qui a été retenue. Les droits fondamentaux ont été formulés de façon prétorienne à partir des

dispositions nouvelles qui, dans le cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes à valeur constitutionnelle, que cette dérogation soit transitoire ou définitive ». Le Conseil souligne par ailleurs qu'il n'a pas de compétence pour statuer sur une révision de la Constitution. De manière constante le juge constitutionnel français s'estime incompétent à connaître des lois constitutionnelles (Décisions n° du 09 octobre 1998 ; n° 2003-469 DC du 26 mars 2003 ; Décision du 18 janvier 2006).

⁷² V° NGANGO YOUNBI (E), « Libres propos sur l'Etat de droit constitutionnel dans les Etats d'Afrique noire francophone », in BADJI (M) et TALL (S) (dir.), *Les transformations contemporaines de l'Etat*, Mélanges Babacar Gueye, *op.cit.*, p. 17 sq.

⁷³ Le modèle de référence sur le continent est l'Afrique du sud, dont la Constitution comporte une Déclaration des droits, v° aussi KAMTO (M), « *La Bill of Rights* dans le constitutionnalisme : sa genèse américaine et son destin africain », *Revue juridique africaine*, vol. 1992-1993.

⁷⁴ Le modèle de référence dans cette rubrique est la Belgique, dont la Constitution bicentenaire (1830) comporte au titre II intitulé « *Des belges et de leurs droits* », une liste des droits au profit du citoyen.

⁷⁵ Le modèle de référence est le système français où les droits fondamentaux ont été consacrés par référence à des textes et par interprétation du juge constitutionnel.

⁷⁶ Deux décisions sont intéressantes à ce propos : *Liberté d'association* (1971) ; Nouvelle Calédonie

textes épars, à la valeur juridique douteuse⁷⁶.

La consécration des droits fondamentaux ne suffit pas. Comme le fait opportunément remarquer R. GUASTINI, rien ne sert de s'activer à égrener un chapelet de droits et libertés si on en organise pas efficacement leur protection⁷⁷. Il est rare qu'une Constitution affirme de manière explicite le statut reconnu aux droits fondamentaux, pourtant leur protection efficace est grandement tributaire de celui-ci. C'est dans le sens précisément du renforcement de leur statut, que le juge constitutionnel africain a formulé des principes non écrits.

Deux principes méritent d'être soulignés : *le principe de la supraconstitutionnalité*⁷⁸ des droits fondamentaux, qui trouve illustration

(1985). Il faut mentionner le rôle joué par Louis FAVOREU qui constatera une nécessaire transformation du droit constitutionnel, intégrant les droits fondamentaux, en prenant appui sur un Article de Michel FROMONT, « Droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la RFA » in *Mélanges Eisenmann*, *op. cit.* p. 49 sq ; v° aussi « République Fédérale d'Allemagne, l'Etat de droit », *RDP* 1984, p.1205 sq. Le niveau de protection du Conseil est toutefois vivement critiqué par la doctrine française, depuis la décision de 1971, v° LOCHAK (D), « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Pouvoirs* 1986, n°13, p. 41 ; CHAMPEIL-DESPLATS (V), « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ou cerbère de la production législative ? », in *Frontières du droit, critique des droits*, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak, LGDJ, 2007, pp. 251-254 ; WACHSMANN (P), « Des chameaux et des moustiques. Réflexions critiques sur le Conseil constitutionnel », in *Frontières du droit, critiques des droits, op.cit.*, pp. 279-284.

⁷⁷ GUASTINI (G), « Réflexions sur les garanties des droits constitutionnels et la théorie de l'interprétation », *RDP*, 4^{ème} trimestre, 1991, p.1079 sq.

⁷⁸ V° TROPER (M), « La notion de principes supraconstitutionnels » in *La théorie du droit, l'Etat*, Paris, PUF, 2001, p.154.

parfaite dans la jurisprudence constitutionnelle sud-africaine et pourrait être rapproché à ce que le Doyen G. VEDEL quoiqu'opposé à l'idée de *supraconstitutionnalité*, appelle « *la transcendance des droits fondamentaux*⁷⁹ » (a) ; et le *principe de non régression des droits fondamentaux* qui peut être illustré à partir d'un cas emprunté à la jurisprudence togolaise (b).

a) Le principe de la supraconstitutionnalité des droits fondamentaux : le cas sud-africain

La Constitution sud-africaine est l'une des plus complètes au monde⁸⁰. Le Chapitre 3 de la Constitution intérimaire a introduit pour la première fois la protection des droits fondamentaux en Afrique du Sud, lesquels trouvent leur siège aujourd'hui dans le Chapitre 2, article 7 à 39 de la Constitution définitive de 1996. Aux termes de l'article 1 (c), les droits fondamentaux sont l'une des valeurs fondamentales de la République sud-africaine⁸¹.

La Cour constitutionnelle a toutefois au fil de sa jurisprudence renforcée les droits fondamentaux en prenant l'option de leur donner un statut qui va bien au-delà de ce que le constituant avait pensé. Dans l'ordre juridique sud-africain, les droits fondamentaux sont au dessus de tout, et en tout.

⁷⁹ VEDEL (G), « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs* n° 13 (*Le Conseil constitutionnel*), avril 1990 (juillet 1991), pp.209-219.

⁸⁰ PHILIPPE (X), « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs* 2009/2, n°129, pp.157 à 168 ; v° aussi HOURQUEBIE (F), « La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du sud : une analyse de à travers la décision de la Cour constitutionnelles du 06 juin 1995 portant

Les droits fondamentaux sont au-dessus de tout. Ceci signifie tout simplement qu'ils ont une valeur *supraconstitutionnelle*, toute révision constitutionnelle doit les observer, c'est ce qu'il a été décidé dans la décision sur la certification rendue en 1996⁸².

Les droits fondamentaux sont en tout, signifie tout simplement qu'ils innervent l'ensemble de l'ordre juridique. La Cour a souligné que ces droits sont le référentiel interprétatif pour tous les textes juridiques en vigueur en Afrique du sud, quelle que soit leur nature.

Il est revenu au juge togolais de souligner le *principe de non régression des droits fondamentaux*.

b) Le principe de non régression des droits fondamentaux : le cas togolais

Quoiqu'elle ne soit par la référence africaine en matière de protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle togolaise, a rendu une décision intéressante en 2009⁸³, qui a le mérite de conforter le statut des droits fondamentaux.

Elle a été saisie par le principal Parti d'Opposition (UFC) au sujet de la constitutionnalité d'un article d'une loi modificatrice du Code électorale.

La Cour saisit l'occasion pour poser le principe en vertu duquel le « *le législateur n'a pas le pouvoir de supprimer un droit fondamental précédemment reconnu aux*

inconstitutionnalité de la peine de mort », *Politeia* n°7, juin 2005, p.583 sq.

⁸¹ L'article 7 §2 du Chapitre 2 de la *Bill of Rights* intitulé « *Rights* », souligne que l'Etat doit respecter, protéger, promouvoir et réaliser les droits proclamés dans la *Bill of Rights*.

⁸² V° SINDJOUN (L), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine...*, Bruylant 2009, pp.185-223.

⁸³ *CC Togolaise, Décision du 09 juillet 2009*.

*citoyens*⁸⁴ ». En l'espèce, il s'agissait du droit reconnu par la loi électorale aux citoyens, de saisir le président de la Commission Électorale Locale Indépendante (CELI). En vertu du parallélisme des formes, on aurait pu penser que ladite garantie ayant été instituée par le législateur, il serait fondé à librement la supprimer. Que non ! La haute juridiction togolaise estime que cette suppression prive les citoyens du droit de participer librement à la direction des affaires du pays, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant librement choisi.

Plus fortement, elle affirme qu'« *il est de principe constitutionnel et pour la consolidation de l'Etat de droit qu'une disposition nouvelle ne peut minorer les droits établis et reconnus* ». S. BOLLE de conclure qu'elle consacre en quelque sorte « *l'intangibilité des droits démocratiquement acquis*⁸⁵ ». Nous préférons parler du *principe de non régression des droits fondamentaux*. Parler d'« *intangibilité* », laisserait penser qu'on ne pourrait pas les modifier, or la Cour précise simplement qu'ils ne peuvent être « *minorés* », c'est-à-dire revue à la baisse,

on pourrait donc parfaitement les modifier à la condition de les améliorer.

Les exemples ci-dessus illustrent clairement l'effet consolidant des normes non écrites ; les cas qui seront examinés ci-dessous traduisent en revanche, une nouvelle forme de résistance⁸⁶ dans le constitutionnalisme africain, qui prend le relai des révisions opportunistes de la Constitution, dans le but de maintenir irrégulièrement un Président de la République au pouvoir. Elles ont dès lors un effet destructeur pour l'Etat de droit et la démocratie (B).

B. LES NORMES NON ECRITES DESTRUCTIVES

Les Etats africains ont comme il a été souligné plus haut, avec la « *grande saison constitutionnelle*⁸⁷ », rejeté formellement les régimes politiques fondés sur la confiscation du pouvoir, à travers des dispositions qui prévoient l'organisation à des intervalles réguliers des élections disputées et transparentes⁸⁸, la limitation des mandats⁸⁹ et des hypothèses de mise en route de la vacance au poste présidentiel.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ BOLLE (S), « Le Code électorale saisi par la Cour constitutionnelle [togolaise] », *Blog la Constitution en Afrique*, consulté le 11 décembre 2018.

⁸⁶ GUEYE (B), « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs* n° 129, 2009, p. 5 ; v° aussi CONAC (G), « Succès et échecs des transitions démocratiques en Afrique subsaharienne », in *Gouverner, administrer, juger*, Mélanges Jean Waline, Paris, Dalloz, 2002, pp.29-47. Du même auteur, « Quelques réflexions sur les transitions démocratiques en Afrique », in *Actes de la deuxième réunion préparatoire au Symposium de Bamako : les institutions de la démocratie et de l'Etat de droit*, Ndjamena, 29 mars 2000.

⁸⁷ KOKOROKO (D), « L'idée de constitution en Afrique », *Afrique contemporaine*, 2012/2, n°242, p.117 sq.

⁸⁸ KOKOROKO (D), « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs* n°129, *op.cit.*, p.115-125.

⁸⁹ AHADZI-NOUNOU (K), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et Politique*, Juillet/décembre 2002, p.35 sq. ; LOADA (A), « La limitation du nombre des mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex* n° 3, 2003, pp.139-173 ; ATANGANA AMOUGOU (J.L), « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politéïa* 2007, p. 2 sq. ; MELEDJE DJEDJRO (F), « La révision des constitutions des Etats africains francophone : esquisse de bilan », *RDP*, fév/mars 1999, n°1, pp. 111-134 ; KAMTO (M), « Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelles constitution », *Lex Lata*, n°023-024, fév/mars 1996, pp.17-20.

L'examen des jurisprudences constitutionnelles des juridictions africaines montrent que le juge a dans certains cas trahi les promesses du constituant et les espérances placées en lui, faisant ainsi *nolens volens*, souffrir le droit pour servir le pouvoir⁹⁰.

Instrumentalisé ou pressurisé par le pouvoir dans des situations précises, il profitera du flou ou du silence des textes, pour mobiliser des principes généraux de droit, en écartant d'autres principes pouvant aboutir à la solution contraire.

La portée de cette triste ingénierie constitutionnelle⁹¹, étant de détourner ces principes de leur vertu première et paralyser ainsi la Constitution pour maintenir au pouvoir le Président de la République en exercice.

Deux types de principes mis à contribution méritent d'être distingués sur base de leurs effets : les principes neutralisant la limitation des mandats présidentiels (1), et ceux portant un coup sévère à la mise en route de la vacance présidentielle (2).

1. La neutralisation de la limitation des mandats

Dans le sillage des conférences nationales⁹², les constituants africains traduisant un compromis politique destiné à conjurer le mal dont souffre le constitutionnalisme africain (monarchisation du pouvoir exécutif⁹³), ont veillé entre autres à institué des dispositions faisant passer la durée du mandat au fauteuil présidentiel de 7 à 5 ans⁹⁴ et limitant le nombre de mandats à deux. Certains constituants (béninois par exemple) ont ajouté de façon surabondante « *qu'en aucun cas, une personne ne peut faire plus de deux mandats* ».

Le fait est que ces dispositions ont été adoptées dans certains contextes où le poste présidentiel était occupé par un dirigeant ayant déjà assuré un ou plusieurs mandats. Il s'est dès lors posé le problème de l'application de la loi dans le temps. Fallait-il mettre pour ces dirigeants le compteur à zéro ou comptabiliser le mandat en cours au moment de l'adoption de la limitation ?

Dans les deux cas que nous examinerons, en privilégiant *le principe de l'effet différé* sur *le principe de l'effet immédiat*, le juge constitutionnel africain opte pour une interprétation ouvrant la voie

⁹⁰ Expression empruntée à Pierre MARCILHACY, v° Le Figaro du 12 février 1960.

⁹¹ La notion attribuable au Doyen G. VEDEL a été sublimée par une brillante thèse, v° ANDZOKA ATSIMOU (S), *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique*, l'Harmattan, 2016.

⁹² KAMTO (M), « Les conférences nationales souveraines ou la création révolutionnaire des Constitutions » in D. Darbon et J. De Gaudusson, *La création du droit en Afrique*, Paris, Karthala, 1997, p.177 sq.

⁹³ DANDI (G), « La Monarchisation des exécutifs en Afrique francophone » in K. AHADZI, D. KOKOROKO, A. KPODAR et F. AIVO (dir.), *Démocratie en questions* (Mélanges en l'honneur de

Théodore Holo), éd. Presses de l'Université de Toulouse Capitole 1, 2017, pp. 69-95

⁹⁴ KAMTO (M), « Révision constitutionnelle ou écriture d'une nouvelles constitution », *Lex Lata*, n°023-024, fév-mars 1996, pp.17-20 ; MELEDJE DJEDJRO (F), « La révision des constitutions des Etats africains francophone : esquisse de bilan », *RDP*, fév-mars 1999, n°1, pp. 111-134 ; AHADZI-NOUNOU (K), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p.35 sq. ; LOADA (A), « La limitation du nombre des mandats présidentiels en Afrique francophone », *op.cit.*, pp.139-173 ; ATANGANA AMOUGOU (J.L), « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *op.cit.*

au Président de la République à un troisième mandat ou plus.

Au Sénégal cette interprétation donna la possibilité au Président A. WADE de briguer un troisième mandat (a) ; au Burkina Faso, elle aurait permis à B. COMPAORE de rempiler pour un nouveau mandat (b).

a) Le principe de l'entrée en vigueur différée de la Constitution : le cas burkinabé

Il faut de prime abord, rappeler le contexte de l'affaire : B. COMPAORE arrive au pouvoir suite à un coup d'Etat le 15 octobre 1987. Après l'ouverture démocratique, il est élu en 1991 sous l'empire de la Constitution de la même année, au cours d'une élection boycottée par l'Opposition, pour un mandat de 7 ans, il sera réélu en 1998 pour un mandat illimité (la révision constitutionnelle de 1997 ayant fait passé la durée du mandat présidentiel de 7 ans telle que prévue par la Constitution de 1991 à un mandat illimité) ; en 2001, on passera par une nouvelle révision, du mandat illimité au mandat de 5 ans renouvelable une seule fois. Une nouvelle élection présidentielle a eu lieu en 2005 qui interrompt le cours du mandat illimité.

La question de la candidature du Président en exercice à l'élection de 2005 a été portée à la Cour constitutionnelle par les candidats de l'opposition, demandant à l'auguste institution de la déclarer nulle pour violation de l'esprit et la lettre de l'article 37 de la Constitution du 02 juin 1991 telle que révisée en 2000, limitant le nombre de mandat à un seul, renouvelable

une fois, c'est-à-dire à deux mandats au maximum.

La Cour constitutionnelle du Burkina, adopte un raisonnement emprunté au droit pénal et au droit civil, elle rappelle *le principe de non rétroactivité de la loi*⁹⁵ et ses exceptions et *le principe de l'effet immédiat*. Elle considère que si la nouvelle loi (2000) ne vaut que pour l'avenir, ses conditions ne commenceront à s'appliquer qu'à l'expiration du mandat qui a pris naissance sous l'empire de l'ancienne loi (1997), soit en 2005 (*principe de l'effet différé*). Ce qui ouvre au Président en exercice la possibilité de briguer un nouveau mandat.

Le juge sénégalais adoptera en 2012, une solution proche de son homologue burkinabé et ira plus loin en 2016, en consacrant ce qu'il appelle « *le principe de l'interdiction de l'application des révisions constitutionnelles aux mandats en cours* ».

a) Le principe de l'interdiction de l'application des révisions constitutionnelles aux mandats en cours : le cas sénégalais

Le juge constitutionnel sénégalais a rendu en 2012 une décision controversée qui eut pour effet si elle avait été appliquée, d'autoriser le Président A.WADE à briguer un troisième mandat en se fondant sur *le principe de l'entrée en vigueur différée* de la Constitution qu'il fait dériver de l'article 104 de la Constitution, et qui serait selon lui, une exception au *principe de l'effet immédiat* contenu à l'article 108 de celle-ci.

Il faut rappeler le contexte de ladite décision. Le Président WADE arrive au

⁹⁵ Le principe fondamental de *la non rétroactivité de la loi* a également été rappelé par la Cour constitutionnelle du Togo, CC, *Décision du 09 avril 2009*. En droit étranger (français), il a récemment été

admis que la Constitution peut être rétroactive, STAHL (J-H), « Ainsi donc, la Constitution est rétroactive », *Repère (Droit administratif)* n°1, janvier 2019, pp.1-2.

pouvoir en 2000 sous l'empire de la Constitution sénégalaise de 1963 qui limite à (2) deux le nombre de mandats. De 2000 à 2007, il accomplit un premier mandat qui à l'origine fut de 7 ans, puis de 2007 à 2012 (la durée du mandat étant passée de 7 à 5 ans).

Les requérants estimèrent que la candidature du Président WADE déposé en 2012 viole l'esprit et la lettre des articles 27 et 104 de la Constitution, autant que l'article 108 alinéa 1^{er} qui dispose que « *la Constitution adoptée entre en vigueur à compter de sa promulgation par le président de la République. Cette promulgation doit intervenir dans les huit jours suivant la proclamation du résultat du referendum par le Conseil constitutionnel* ». Cette disposition consacre clairement *le principe de l'effet immédiat de la Constitution de 2001*.

Le Conseil constitutionnel tout en reconnaissant le principe de l'article 108 alinéa 1^{er} (*effet immédiat*) souligne que le Constituant peut en décider autrement et que cette volonté souveraine d'apporter une inflexion à ce principe général, résulterait de l'article 104 alinéa 1 et 2 de la même Constitution, qui dispose que « *le président de la République en fonction poursuit son mandat jusqu'à son terme (...) toutes les*

*autres dispositions de la Constitution lui sont applicables*⁹⁶ ».

Le juge sénégalais estime donc que le constituant de 2001 par l'article 104 a placé hors du champ du décompte le mandat effectué par le Président sous l'empire de la Constitution de 1963, et ce mandat ne peut dès lors servir de référentiel. Les dispositions de la Constitution de 2001 qui concernent le nombre des mandats commenceraient dès lors à s'appliquer au terme du mandat en cours qu'il a commencé en 2000, c'est-à-dire en 2007 et non en 2001 (*principe de l'effet différé de l'entrée en vigueur*). Ce raisonnement conduit à constater que le président WADE a sous la Constitution de 2001, effectué un premier mandat allant de 2007 à 2012, ce qui lui ouvrirait le droit à un second mandat (troisième en réalité) allant de 2012 à 2017.

Il est clair que le juge sénégalais en décidant comme il l'a fait, applique, non pas *le principe de non-rétroactivité de la Constitution*⁹⁷, mais le principe de *l'entrée en vigueur différé* qu'il dégage à partir d'un membre de phrase (« *Le président de la République en fonction poursuit son mandat jusqu'à son terme* »). Sa décision fit courir au pays un risque de crise politique, la rue arbitra et le troisième mandat du Président WADE ne fut pas possible malgré le blanc seing du juge constitutionnel⁹⁸.

⁹⁶ Le Professeur Babacar GUEYE, l'un des principaux rédacteurs de la Constitution de 2001 en donne une interprétation qui montre clairement que le juge s'est fourvoyé, ou s'est détourné intentionnellement de la bonne interprétation. Cette disposition concernerait non pas le nombre de mandats, mais la durée. Elle signifierait donc que le Président WADE qui a été élu sous la Constitution de 1963 pour 7 ans doit bénéficier de cette durée et la révision de 2001 qui réduit le mandat à 5 ans, ne lui est pas sur ce point applicable. En dehors de cette disposition, toutes les autres dispositions comme le prévoit la Constitution, notamment la limitation à un mandat renouvelable une fois, lui sont applicables. Cette interprétation est fondée sur l'intention

première du constituant, v°<http://blogs.mediapart.fr>, consulté le 28 décembre 2018.

⁹⁷L'application des dispositions de la Constitution de 2001 au Président élu en 2000 n'est pas une violation du *principe de la non-rétroactivité*, d'une part parce que la Constitution a prévu l'application immédiate de la disposition limitative de mandat ; d'autre part, la rétroactivité qui consiste pour un texte à rétroagir pour détruire ce qui a été légalement créé, ou conférer ce qui n'existait pas, signifierait que l'élection du Président WADE serait remis en cause par le nouveau texte, ce qui n'est pas le cas.

⁹⁸ Son interprétation est d'autant plus critiquable que la révision constitutionnelle de 2001 a été adoptée

Une nouvelle occasion a été donnée en 2016⁹⁹ (sous le mandat du Président M. SALL) au juge constitutionnel sénégalais qui lui permet de persister dans sa position. Il ne pose plus le problème en termes des règles d'application de la loi dans le temps, mais formule *expressis verbi*, le principe constitutionnel de « *l'interdiction de l'application aux mandats en cours des révisions constitutionnelles portant sur les mandats présidentiels*¹⁰⁰ ». Il justifie ce principe par la sauvegarde de la sécurité juridique et la stabilité des institutions.

Si l'on applique ce curieux principe, le problème resterait tout entier au Sénégal. Le Président M. SALL a effectué de 2012 à 2019 un mandat de 7 ans. La révision constitutionnelle intervenue en 2016 fait passer la durée de mandat de 7 à 5 ans et réaffirme la limitation des mandats à deux¹⁰¹. Toute la question est des lors de savoir si l'on devait considérer que la révision de 2016 s'applique au mandat en cours où alors ne commencerait à s'appliquer qu'à son terme en 2019, de telle sorte qu'à cette date, le Président en exercice pourrait encore, plutôt qu'un, briguer deux mandats de 5 ans, c'est-à-dire dans l'abstraction, exercer le pouvoir jusqu'en 2029.

La question a divisé les constitutionnalistes sénégalais. Et certains de grande autorité soutiennent qu'en l'absence de dispositions transitoires, c'est cette interprétation favorable à un troisième mandat et conforme au *principe de l'entrée en vigueur différée* qui doit être retenue¹⁰². La jurisprudence du Conseil constitutionnel sénégalais (*Avis du 12 février 2016*) milite d'ailleurs pour cette interprétation. Tirant sans doute les leçons des événements de 2012, le Président SALL a heureusement par deux fois annoncé qu'il ne briguera pas un nouveau mandat en 2024¹⁰³.

S'il a été dans certaines situations amené à formuler des normes non écrites pour maintenir ou proroger le Président de la République en exercice au-delà du terme constitutionnel, dans d'autres, ça été pour refuser d'activer les dispositions relatives à la vacance présidentielle.

2. La neutralisation de la vacance présidentielle

La patrimonialisation du fauteuil présidentiel rend problématiques les dispositions relatives à la vacance dans les Etats africains. Il s'agit des dispositions rarement activées, malgré l'ouverture démocratique, il y'a toujours une

suite à la victoire du Président WADE du 19 mars 2000.

⁹⁹CC Sénégalais, *Avis du 12 février 2016*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ V° *Loi constitutionnelle n°2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution*. L'un des apports de cette révision est qu'elle permet désormais au Président de l'Assemblée Nationale de désigner 2 des 7 juges du Conseil constitutionnel.

¹⁰² Déclaration du Professeur Babacar GUEYE, à l'Emission « *Grand Jury* » du 09 octobre 2017. Elle prend le contre-pied de ce que le Professeur défendit en 2012 à propos de la discussion sur l'éventualité d'un troisième mandat du Président WADE (v° *référence n°90*). Il faut plus y voir un souci pédagogique visant à attirer les acteurs politiques sur

les interstices de la Constitution (qui n'a pas prévu des dispositions transitoires sur le mandat en cours), plutôt qu'une invite au Président M. SALL à briguer un troisième mandat.

¹⁰³ Que vaut la parole en politique ? Les promesses politiques, disait Charles PASQUA n'engagent que ceux qui y croient. Le Président ivoirien Alassane OUATTARA, après en 2018 appelé à une « *transition du leadership vers une nouvelle génération* », est récemment revenu sur sa promesse, en déclarant sur la chaîne française RFI en 2019 : « *C'est très clair, je peux me représenter si je le souhaite (...). C'est une toute nouvelle Constitution (...). Tous les avis juridiques que j'ai consultés l'ont confirmés, si je veux être candidat en 2020, je peux l'être* ».

survivance du phénomène de « *présidence impériale* »¹⁰⁴.

On distingue en droit constitutionnel africain, deux types de vacances : la vacance entre la fin du mandat présidentiel et l'investiture du Président élu, nous l'appellerons *la vacance de fin de mandat* ou *la petite vacance* ; et *la vacance incidente ou la grande vacance*, c'est-à-dire celle résultant d'une cause autre que l'élection, et survenant en cours de mandat (décès¹⁰⁵, destitution, démission, empêchement définitif). Certains pays ne connaissent que cette dernière forme de vacance, et considèrent que le Président en fin de mandat reste en fonction jusqu'à l'organisation de l'élection et l'investiture du nouveau Président ; d'autres régimes constitutionnels (Madagascar par exemple¹⁰⁶) reconnaissent les deux types de vacances¹⁰⁷.

Dans les deux espèces examinées ci-dessous, le juge constitutionnel africain en s'appuyant sur *le principe de la continuité de l'Etat et des services publics*, refuse visiblement de mettre en route la vacance présidentielle, et préserve ainsi le fauteuil présidentiel à son titulaire empêché ou parvenu en fin de mandat. La première décision rendue par la Cour

constitutionnelle du Gabon en novembre 2018 illustre la première situation (a), et celle rendue par la haute juridiction de la RDC la seconde (b).

a) *Le principe de l'indisponibilité provisoire du Président de la République : le cas gabonais*

La décision controversée de la Cour constitutionnelle gabonaise n°219/CC du 14 novembre 2018¹⁰⁸ a pour origine une requête du Premier Ministre tendant à l'interprétation des dispositions des articles 13 et 16 de la Constitution¹⁰⁹. Ces deux dispositions concernent respectivement les modalités de mise en route de la vacance à la présidence de la République pour quelque cause que ce soit, ou pour empêchement définitif du Président de la République et les conditions de sa *suppléance* en matière de convocation et de présidence du Conseil des Ministres.

La décision n°219/CC intervient dans un contexte particulier. Le Président A. BONGO en Arabie Saoudite en marge d'un forum économique, ne donne plus de nouvelle dès le 24 octobre 2018. Pendant plus de (2) deux semaines, et en l'absence de communication officielle, un épais nuage

¹⁰⁴ L'expression est d'Arthur SCHLESINGER, v° aussi LACORNE (D) et VAISSE (J), *La Présidence impériale. De Franklin D. Roosevelt à George W. Bush*, O. Jacob, 2007.

¹⁰⁵ *Décision n°31/CC du 09 juin 2009 déclarant l'ouverture officielle de la vacance au Gabon (après le décès du Président en exercice El Hadj Omar BONGO)*, *op.cit.*

¹⁰⁶ V° par exemple la *Décision n°30-HCC/D3 du 07 septembre 2018 portant constatation de la vacance de la Présidence de la République et désignant le Président du Sénat en tant que Président de la République par intérim*.

¹⁰⁷ Certains pays (RDC par ex.) ne connaissent que cette dernière forme de vacance, v° *Décision R. Const.*, 262 du 24 juin 2016. A Haïti, une disposition constitutionnelle consacre formellement la « *petite*

vacance », c'est l'article 134 ; aux termes de l'article 134 alinéa 1, « *La durée du mandat présidentiel est de cinq (5) ans. Cette période commence et se termine le 07 février suivant la date des élections* », et l'article 134 alinéa 3 dispose que le Président de la République ne peut bénéficier de prolongation de mandat. Il ne peut assurer un nouveau mandat qu'après un intervalle de cinq (5) ans. En aucun cas il ne peut briguer un troisième mandat.

¹⁰⁸ *Décision n°219/CC du 14 novembre 2018 relative à la requête du Premier Ministre tendant à l'interprétation des dispositions des articles 13 et 16 de la Constitution*.

¹⁰⁹ *Requête du 13 novembre 2018, enregistrée aux Greffes de la Cour constitutionnelle sous le numéro 317/CCC*.

de mystères planera sur l'état de santé du locataire du « *Palais du bord de mer* », autorisant tous les scénarii.

C'est dans ce contexte qu'intervint la décision de la Cour le 14 novembre. Le dispositif de la décision comporte deux articles, consacrés respectivement à l'interprétation de l'article 13 et l'article 16 de la Constitution.

La Cour formule deux normes non écrites (le principe de *l'indisponibilité provisoire* contenu dans l'alinéa 2 qu'elle a ajouté à l'article 13 de la Constitution et le principe de *continuité de l'Etat*). Elle n'avait pourtant pas besoin d'une telle gymnaste intellectuelle.

L'alinéa 2 de l'article 16 prévoyant la suppléance en cas d'indisponibilité du Président, pour ce qui concerne la convocation et la présidence du Conseil des Ministres¹¹⁰.

Reprenons article 16 : « (1) *Le Président de la République convoque et préside le Conseil des ministres et en arrête l'ordre du jour.* (2) *Le Vice-président de la République en est membre de droit. Il supplée, le cas échéant le Président de la République sur une habilitation expresse et un ordre de jour déterminé*¹¹¹ ».

Dans l'histoire constitutionnelle française, cette disposition a connu (6) six cas d'application, dont au moins deux (2) ressemblent à s'y méprendre à la situation gabonaise.

Elle a suffi à résoudre la question de « *l'indisponibilité provisoire* » du Président de la République pour des raisons médicales graves. Ainsi et pour ne citer que la plus récente, le 02 décembre 2005, le Président français, Jacques CHIRAC est victime d'un accident vasculaire cérébral. Par le mécanisme de l'article 21 alinéa 4, le Premier Ministre (Dominique de VILLEPIN) fut habilité le 07 décembre 2005 à le suppléer au Conseil des ministres.

La décision n°219/CC de la Cour constitutionnelle du Gabon pourrait être rapprochée du point de vue de sa portée, d'une décision rendue par le juge constitutionnelle de RDC en 2016.

b) Le principe de la continuité de l'Etat : le cas congolais

La Cour constitutionnelle de la RDC a récemment rendu une décision qui eut pour effet de maintenir le président Kabila sur le fauteuil présidentiel au-delà du terme du mandat en se fondant sur le principe de la *continuité de l'Etat*¹¹², là où ses homologues auraient pu déclarer une « *petite vacance* », ou faire injonction aux organes habilités à organiser l'élection à le faire dans un délai indiqué.

Le contexte de la saisine de la Cour mérite d'être rappelé. J. KABILA arrive au pouvoir en 2001 après l'assassinat de L-D. KABILA, l'accord de Sun city en avril 2002

¹¹⁰ V° NGANGO YOUNBI (E), « La décision de la Cour constitutionnelle gabonaise n°219/CC du 14 novembre 2018 : stupeur ou splendeur », *POLITEIA* (Revue semestrielle de droit constitutionnel comparé) n° 34, 2019 (à paraître).

¹¹¹ Ce second alinéa de l'article 16 a été ajouté par la révision constitutionnelle L.1/97 du 22 avril 1997. Il y'aurait donc deux types de « *suppléance* » en droit constitutionnel gabonais (comme d'ailleurs en théorie constitutionnelle) : la « *suppléance délégative* » prévue à l'article 14d et conférée par le Président de la République au Vice-président, et la

« *suppléance habilitative* », hypothèse de l'article 16 alinéa 2, conférée par la Cour constitutionnelle. L'article 16 alinéa 2 de la Constitution gabonaise ressemble à l'article 21 alinéa 4 de la Constitution française du 04 octobre 1958 qui dispose : « [*Le Premier Ministre*] peut à titre exceptionnel (...) suppléer [*Président de la République*] pour la présidence d'un Conseil des ministres en vertu d'une délégation expresse et pour un ordre du jour déterminé ».

¹¹² CC RDC, *Décision R. Const.*, 262 du 24 juin 2016, op.cit.

principalement entre Gouvernement et Rebelles lui permit de rester Président pendant une période de transition de 2 ans, avec une possibilité d'extension d'1 an, avec J-P BEMBA comme Premier Ministre. Le 26 octobre 2006, il est élu au suffrage universel face à J-P. BEMBA suite aux premières élections disputées depuis les indépendances, qui seront toutefois suivies d'échauffourées. Le 28 novembre 2011, il est réélu. En janvier 2015, un projet de révision de la loi électorale entraînant le report de l'élection présidentielle, suscite des manifestations à Kinshasa et des violences. Ces manifestations reprendront en septembre 2016, avec en toile de fond la réclamation du départ du Président KABILA dont le mandat devait expirer le 20 décembre 2016¹¹³.

A la requête de plusieurs députés nationaux de la majorité (représentant au moins les 1/10^{ème} de l'Assemblée nationale), la Cour a été invitée à interpréter l'article 70 de la Constitution du 18 février 2006 en lien avec d'autres dispositions pertinentes de celle-ci, notamment l'article 75 qui prévoit la vacance pour cause de décès, de démission et l'empêchement définitif (grande vacance) ; et l'article 76 qui donne compétence à la Cour constitutionnelle le pouvoir de déclarer la vacance à la présidence à la demande du Gouvernement. Ladite disposition (article 70) prévoit que le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de 5 ans renouvelable une fois. La durée du mandat est dès lors

constitutionnellement déterminée. Le Président de la République reste en fonction jusqu'à l'installation effective du nouveau Président élu.

La Cour constitutionnelle de RDC rappelle le principe d'interprétation en vertu duquel « *là où le texte est clair, il ne faut pas interpréter* », elle note que cette disposition ne peut être comprise qu'à la lecture de la synthèse générale des débats sur l'avant-projet de la Constitution. Qu'elle a été instituée pour éviter le vide constitutionnel, et n'est en réalité que l'expression du principe de la « *continuité de l'Etat*¹¹⁴ ». Elle définit par ailleurs la vacance de façon stricte et estime que les dispositions y relatives (articles 75 et 76) n'ont rien à voir avec l'article 70 de la Constitution.

La solution de la haute juridiction congolaise, quoique frileuse nous semble en tous points conforme au droit, elle n'aboutit pas moins à maintenir le Président KABILA au pouvoir. Là où la Cour est en revanche critiquable, c'est qu'elle n'apporte aucune précision sur la nécessité de tenir l'élection à bonne date ; ne fixe aucun délai à cet effet, et ne fait aucune injonction aux pouvoirs publics en ce sens. Le juge constitutionnel de RDC a péché par « *ponce-pilatisme* » préférant le principe de la *continuité de l'Etat* au principe de *l'alternance démocratique au pouvoir*.

Les violences et le dialogue politique conduiront finalement au départ de KABILA et à l'élection présidentielle qui a eu lieu finalement le 30 décembre 2018 (soit

¹¹³ Le 31 décembre 2016, le Pouvoir et l'Opposition sous l'arbitrage de l'épiscopat, signent un accord autorisant le Président en exercice à rester au pouvoir jusque fin 2017, ayant comme contrepartie la création d'un Conseil national de suivi de l'Accord et de la nomination du Premier Ministre issu de l'Opposition (accord dit de la Saint -sylvestre).

¹¹⁴ La HCC Malgache a formulé le principe de *continuité* dans une décision du 27 mars 2014 qui souligne en son article 4 qu'« *En vertu du principe constitutionnel de continuité de l'Etat, les organes de l'Assemblée Nationale élus les 18 et 19 février 2014, restent en place, jusqu'à l'élection des nouveaux organes organisée en application des dispositions du règlement intérieur définitif* ».

avec 2 ans de retard), et permit à la RDC d'avoir un nouveau Président¹¹⁵.

Le premier mouvement de l'étude, nous a permis de rendre compte de l'instrumentalisation politique des normes non écrites par le juge constitutionnel africain et de proposer une classification bipartite en contexte jurisprudentiel africain, entre *les normes non écrites constructives* et *les normes non écrites destructives*. Cette première partie révèle la formulation aléatoire et opportuniste des normes non écrites.

Pour que notre analyse soit complète et opératoire, il faut nécessairement réfléchir à un encadrement de ces normes, en essayant sur base des cas examinés et de la théorie constitutionnelle, de dégager des critères qui vont comme l'affirme le théoricien américain Ronald DORKWIN permettre à l'interprète de faire apparaître la Constitution dans son meilleur jour ; de subordonner son activité à la raison juridique. L'interprète doit non pas « être promu dictateur¹¹⁶ », mais être le « *Ministre du sens*¹¹⁷ ».

¹¹⁵ Ces différentes créations déconstructives ont dans certains contextes légitimé et entraîné le coup d'Etat militaire ou le coup d'Etat civil. C'est ainsi qu'il faut comprendre la tentative avortée de coup d'Etat au Gabon le 07 janvier 2019. Sur cette question, v° GUEYE (B), « Les coups d'Etats en Afrique, entre légalité et légitimité », *Droit sénégalais*, n°9, novembre 2010, pp.259-277.

¹¹⁶ DE BECHILLON (D), « Réflexions critiques », *RRJ*, 1994/1, p.255.

¹¹⁷ RIGAUX (F), « Le juge, ministre de sens », in Justice et argumentation, Mélanges Perelman, éditions de l'ULB, 1986, p.79 sq.

¹¹⁸ ROSATANGA –RIGNAULT, « Quand le juge constitutionnel fait la loi. A propos du pouvoir

II. UN NECESSAIRE ENCADREMENT DES NORMES NON ECRITES PRETORIENNES

D'où vient-il que parmi les pouvoirs établis par la Constitution, « *un seul celui du juge [constitutionnel], soit par définition bienfaisant au point qu'aucun moyen de contrôle ne soit prévu contre ses éventuelles dérives*¹¹⁸ [?] ». D. DE BECHILLON se demandait précisément comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel¹¹⁹.

Avant de réfléchir à cet encadrement, il faut au préalable que l'on se mette d'accord sur les spécificités de l'interprétation constitutionnelle, qui doit clairement être distinguée de l'interprétation civiliste ou législative¹²⁰. Ces spécificités qui détermineront le degré et la nature de l'encadrement des pouvoirs du juge, reposent à la lumière de la théorie de l'interprétation constitutionnelle, sur une trilogie d'éléments :

– *La particularité de la Constitution comme acte juridique*, il faut reconnaître qu'à la différence de la loi, la Constitution comporte des notions larges et abstraites qui autorisent de dépasser un certain littéralisme et admettent en revanche une interprétation généreuse, à travers la mobilisation de diverses techniques¹²¹

normatif du juge constitutionnel gabonais ». *Palabres actuelles* n°6-2013, p.186.

¹¹⁹ DE BECHILLON (D), « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2008, n°24, p.79.

¹²⁰ V° BERGEL (J.L), *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, Droit privé, p. 231 sq. L'auteur analyse en profondeur les méthodes d'interprétation de la loi.

¹²¹ La typologie des techniques d'interprétation proposée dans le cadre de cette étude, s'inspire largement de celle établie par un Article de Michel TROPER, « La signature des Ordonnances – fonctions d'une controverse », *Pouvoirs* n°41, 1987, pp.77 à 80.

(littérale¹²², conforme¹²³, génétique¹²⁴, analogique¹²⁵, téléologique¹²⁶, systémique¹²⁷, vivante¹²⁸, etc.) trouvant de lumineuses illustrations dans le constitutionnalisme canadien.

–*La particularité de la fonction du juge constitutionnel* en Afrique. C’est sur ses épaules en effet que reposent souvent les équilibres les plus complexes de la Nation et de la société. Cela justifie des pouvoirs d’interprétation étendus.

–*L’autorité des décisions du juge constitutionnel*. Dans presque tous les Etats africains, il est expressément mentionné avec quelques nuances, que les décisions de la juridiction constitutionnelle ne sont susceptibles d’aucun recours¹²⁹, elles s’imposent aux pouvoirs publics et aux juridictions.

Entre *le réalisme américain* ou *le réalisme à la française* qui postulent une liberté absolue de l’organe authentique, et le littéralisme qui estime que la constituant ne peut parler pour ne rien dire, et que le juge constitutionnel devrait logiquement se limiter à délivrer l’intention de celui-ci à partir de la lettre de la Constitution, la thèse qui nous semble être la plus cohérente est celle d’une liberté d’interprétation surveillée et encadrée.

Il faut dès lors admettre que s’il n’y a théoriquement aucune anomalie à ce que le juge constitutionnel par l’opération d’interprétation, crée une norme non écrite, il doit à notre avis, respecter deux garde-fous pour que sa décision soit acceptée par le corps social et la doctrine : la validité (A) et l’opportunité des normes créées (B).

¹²² On l’appelle également « *interprétation sémiotique ou grammaticale* ». Elle s’attache à découvrir l’intention du constituant dans la lettre même de la Constitution, car le législateur ne peut pas parler pour ne rien dire, v° par exemple affaire *Bank of Toronto c/Lambe, 1877, 12 AC.575*.

¹²³ On l’appelle en France « réserve d’interprétation », en Italie « *sentenza manipulative* », en Espagne « *arrêt interprétatif* », en Belgique « *interprétation conciliante* » et « *interprétation conforme* » en Allemagne, v° DUFFY-MEUNIER (A), « Pédagogie et interprétation du juge constitutionnel », in RAIMBAULT (Ph.) et HECQUARD-THERON (dir.), *La pédagogie au service du droit*, LGDJ, 2018, p.p.185-211.

¹²⁴ On l’appelle également « *interprétation historique* ». Elle consiste à rechercher l’intention première du constituant, en utilisant notamment les travaux préparatoires des *founding fathers* ou des auteurs du texte, v° affaire *Citizen’s insurance c/Parsons, 1881, 7 AC.96*, v° aussi affaire *Procureur général du Québec c/Blaikie, 1979, 2 RC. 1016*.

¹²⁵ Elle permet au juge d’étendre l’application d’un texte à une situation non prévue mais analogue à celle pour laquelle l’application du texte est prévue, v° affaire *Minister of Home affairs c/ Fisher, 1979, 3All E.R.21*, le Conseil privé décida par analogie qu’un texte dont l’application était prévu pour les enfants légitimes pouvait être étendu aux enfants illégitimes.

¹²⁶ On l’appelle également « *technique de l’effet utile* ». Elle consiste à rechercher l’objectif

poursuivi par le Constitution lorsqu’il a aménagé une disposition, V° affaire *Oakes, 1986 1 RCS.103* et affaire *Big M. Drug Mart, 1985,1RCS.295*.

¹²⁷ Elle consiste à interpréter une disposition en prenant en compte d’autres et en la confrontant sur les lignes directrices du système ou de l’ordre juridique. Elle considère que les Constitution est un tout cohérent et que ses disposition s’éclairent les unes par les autres, v° TROPER (M), « La signature des Ordonnances –fonctions d’une controverse », *op.cit.*, p.79 ; v° aussi BERGEL (J.L), *Méthodologie juridique, op.cit.*, p.257.

¹²⁸ On l’appelle encore « *la théorie de l’arbre vivant* » ou « *l’interprétation évolutive* » (v° BERGEL (J.L), *Méthodologie juridique, op.cit.*, pp. 258 et 259. Elle consiste à adapter la Constitution aux évolutions de la société, v° affaire *Edwards c/Canada (Procureur général)*, également appelée « *affaire personnes* » (1927), dans laquelle Lord SANKEY affirma que « L’Acte de l’Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre capable de grandir et de grossir dans les limites naturelles », v° aussi STRAUSS (D), *The Living Constitution*, Oxford University Press, 2010, p.38.

¹²⁹ A ce propos, la Cour suprême des Etats –Unis dans l’affaire *Brown vs Allen* en 1953 a consacré la fameuse formule : « *We are not final because we are infallible, but we are infallible because we are final* », qui se traduit « nous, les juges, ne détenons le pouvoir de statuer en dernier ressort parce que nous sommes infallibles, mais nous sommes infallibles car nous statuons en dernier ressort ».

A. LA VALIDITE DES NORMES NON ECRITES¹³⁰

Il faut préalablement dire ce que l'on entend par « *validité* ». La notion a opposé le réaliste A. ROSS¹³¹ au normativiste H. KELSEN¹³². En dépit des critiques qui lui sont faites, il convient de retenir la définition du juriste autrichien qui conçoit la « *validité* » comme ce qui est obligatoire. Ce caractère obligatoire d'une norme découlerait de sa conformité à une autre prescription supérieure. De cette définition, l'on peut considérer une opération ou une norme non écrite comme valide, lorsqu'elle dérive de la Constitution, c'est-à-dire lorsque celle-ci a autorisé la création de celle-là et que celle-ci soit conforme à celle-là.

Si l'on part du postulat que le juge constitutionnel est le juge de la

Constitution, la question de la validité des normes non écrites se résume à la constitutionnalité¹³³ (qui est pour la validité ce que l'espèce est au genre) non seulement de l'opération d'interprétation-création¹³⁴, ce qui revient à vérifier si la Constitution ou les textes organisant son office lui ont conféré le pouvoir de créer des normes non écrites (1) ; mais aussi que la norme qu'il entend dégager s'insère harmonieusement dans l'ordre juridique ; qu'elle ne rentre pas en opposition frontale avec les dispositions constitutionnelles, à tout le moins intangibles, ou l'esprit de la Constitution (2).

1. La constitutionnalité du pouvoir de création

L'interprétation est à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose¹³⁵ ou un énoncé, et le produit de cette opération. Elle est une activité

¹³⁰ La question de la validité des normes non écrites formulées par le juge constitutionnel africain, ne peut que se poser dans l'abstraction, car ses décisions sont non susceptibles de recours et il n'existe pas de contrôle visant à les sanctionner (sauf à préciser que des juridictions régionales africaines ont dans quelques décisions essayé une percée en ce sens). Il s'agit dès lors d'une question purement théorique, qui se pose à la doctrine.

¹³¹ V° ROSS (A), « Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law », *Revista Juridica de Buenos Aires*, IV, 1961 (trad. française par E. Millard et E. Matzner) in Alf ROSS, *Introduction à l'empirisme juridique*, Paris, LGDJ, 2004. ROSS estime que KELSEN en définissant la « *validité* » comme le caractère de ce qui est obligatoire, ne se borne pas à décrire le droit positif, mais prescrit de lui obéir, il ne serait dès lors pas un positiviste, mais un quasi-positiviste, v° TROPER (M), « ROSS, KELSEN et la validité », *Droit et Société*, 2002/1, n°50, p.44.

¹³² *Idem*.

¹³³ D'un point de vue théorique, Kelsen a soutenu que le « *fondement de la validité d'une norme ne peut être qu'une norme* ». Si les dispositions constitutionnelles sur le fondement desquelles les normes créées par le juge constitutionnel doivent être appréciées sont inexistantes, sur quelle base la

doctrine doit-elle apprécier la constitutionnalité des normes créées ? Ne faut-il pas dans la perspective hiérarchiques kelsenienne, considérer la norme créée par le juge constitutionnel africain, pour combler un vide constitutionnel comme une norme non pas posée, mais supposée à l'image de la norme hypothétique fondamentale ? Auquel cas la question de sa constitutionnalité serait sans objet.

A supposer que les dispositions constitutionnelles référentielles existent, l'appréciation de la constitutionnalité suppose une confrontation entre une norme supérieure et une norme inférieure, or l'on ne peut légitimement soutenir que les normes non écrites dégagées par le juge constitutionnel sous la forme des principes ont une valeur inférieure à la Constitution ; elles ont une valeur constitutionnelle et forment selon l'heureuse expression du Doyen Louis FAVOREU, « le bloc de constitutionnalité », un contrôle de conformité ne serait pas possible entre des normes de même valeur ou de même rang dans la hiérarchie.

¹³⁴ L'interprétation ne sort jamais du néant, v° VIALA (A), « L'interprétations du juge dans la hiérarchie des normes et des organes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°06,1999, p.136.

¹³⁵ TROPER (M) in D. ALLAND et S. RIALS (dir), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p.843.

rationnelle qui donne un sens à tout acte juridique¹³⁶. Il est évident que la validité d'une interprétation serait moins discutée si les textes ont expressément donné au juge constitutionnel le pouvoir de combler les interstices de la Constitution, ou de faire prévaloir l'esprit des valeurs républicaines sur la lettre du texte censé guider son interprétation (a) ; beaucoup d'auteurs en revanche verraient mal que ce pouvoir soit déduit implicitement des compétences expressément attribuées au juge constitutionnel (b).

a) Le fondement explicite du pouvoir de création

Deux exemples d'Etats où un fondement au pouvoir d'interprétation créative des normes non écrites a été explicitement aménagé, méritent d'être soulignés : le Gabon et l'Afrique du Sud.

S'agissant tout d'abord du Gabon, la Cour constitutionnelle tire sa fonction interprétative de l'article 88 de la Constitution, introduite dans sa version actuelle par la loi constitutionnelle *L.1/97 du 22 avril 1997*. Les dispositions de la loi organique sur la Cour sont beaucoup plus précises que celles de la Constitution sur la fonction interprétative. L'article 60 de cette loi, tel qu'il résulte de la modification

introduite par *la loi n°003 du 02 juin 2003* prévoit que « Conformément aux dispositions de l'article 88 de la Constitution, la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir d'interpréter la Constitution et les autres textes à valeur constitutionnelle, en cas de **doute** ou de **lacune** ». On peut donc considérer qu'il existe en droit constitutionnel gabonais deux types d'interprétation constitutionnelle : « l'interprétation éclaircissante » qui concerne une disposition ou un texte constitutionnel **douteux** et qui a pour objet de l'éclaircir, faciliter sa compréhension ; et « l'interprétation-crédation », qui vise une disposition ou un texte **lacunaire**, pour en combler le vide juridique qu'il comporte.

Ce second type d'interprétation permet expressément à la Cour de créer des normes non écrites. Elle a usé de ce pouvoir créateur des normes dans plusieurs décisions ; en 1999¹³⁷, 2006¹³⁸, 2009¹³⁹, 2018¹⁴⁰.

S'agissant ensuite de l'Afrique du Sud, les textes ont expressément consacré le pouvoir d'*interprétation-crédation* de la Cour constitutionnelle, il s'agit toutefois d'une fonction qui est utilisée avec parcimonie, la Constitution sud-africaine définitive de 1996 est en effet un texte complet et progressiste¹⁴¹.

¹³⁶ BARAK (A), « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *RFDC*, 2006, n°66, p.255.

¹³⁷*DCC Gabon n°6 du 12 novembre 1999* par laquelle la Cour avait créé la notion de « Constitution financière de substitution ».

¹³⁸*DCC Gabon n°13 du 13 avril 2006*.

¹³⁹*DCC Gabon n°32/CC du 12 juin 2009*.

¹⁴⁰*DCC Gabon n° 22/CC du 30 avril 2018 ; DCC Gabon n°210/CC du 14 novembre 2018*. En pratique toutefois, elle a été chahutée ; d'une part, parce qu'elle estime très généralement que l'on est dans l'hypothèse d'une « *interprétation créatrice* », alors qu'elle doit en principe exercer une « *interprétation*

éclaircissante » ; d'autre part parce que la seconde condition de validité des normes non écrites que nous examinerons ci-dessous, notamment celle tenant à la nécessité n'est pas remplie.

¹⁴¹V° PHILIPPE (X), « La démocratie sud-africaine : un modèle », *Pouvoirs* 2009/2, n° 129, pp.157 à 168 ; HOURQUEBIE (F), « La diffusion du constitutionnalisme en Afrique du sud : une analyse à travers la décision de la Cour constitutionnelle du 06 juin 1995 portant inconstitutionnalité de la peine de mort », *www.droitconstitutionnel.org*, consulté le 27 décembre 2018 ; du même auteur, « La Cour constitutionnelle, un acteur clé du renouveau sud-africain » *Afrique contemporaine* 2012/2, n°242,

La Cour doit faire prévaloir en toutes circonstances les droits fondamentaux sur lesquels s'appuie la démocratie¹⁴². L'article 39 (2) de la Constitution fait obligation aux juridictions sud-africaines dans l'interprétation des lois et réglementations à promouvoir, l'esprit, les objectifs et le texte de la *Bill of Rights*¹⁴³.

Un fondement implicite au pouvoir de création du juge constitutionnel pourrait par ailleurs être déduit de ses compétences.

b) Le fondement implicite du pouvoir de création

Le fondement implicite des normes non écrites peut être recherché dans la « *théorie des pouvoirs implicites*¹⁴⁴ » qui conduirait à dégager le pouvoir de création de la fonction même du juge. On peut donc considérer que ce fondement résulterait de ses compétences.

Parmi celle-ci, c'est dans deux domaines essentiellement que le juge constitutionnel se montre particulièrement créateur : la fonction consultative où il est invité à donner des Avis et la fonction de régulation

des institutions et de l'activité des pouvoirs publics¹⁴⁵.

Il serait problématique que le juge constitutionnel fonde ce pouvoir sur sa compétence en matière de contrôle de constitutionnalité, car dans l'exercice de cette compétence, il doit en principe se limiter à contrôler la conformité d'une norme inférieure à une norme supérieure existante. Si le juge constitutionnel pouvait en ces circonstances étendre librement le bloc de normes de référence, cela porterait atteinte à la sécurité juridique. C'est sans doute ce qui justifie le fait que les créations du juge constitutionnel béninois aient été très discutées¹⁴⁶.

En plus de justifier de la constitutionnalité de son pouvoir de création, les normes résultantes de l'opération de création doivent tout autant être conformes à la Constitution.

2. La constitutionnalité des normes résultantes

La constitutionnalité des normes résultantes signifie que les normes dégagées

pp.118-11 ; DREYFUS (F), « La Constitution intérimaire d'Afrique du Sud », *RFDC* n° 19,

¹⁴² LENOIR (N), « Le nouvel ordre constitutionnel d'Afrique du Sud », *Cahiers de droit constitutionnel* n°1, p.1.

¹⁴³ L'article 39 alinéa 2 dispose : « *When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.* » V° Decision CC sud -africaine, *Bato Star Fishing (Pty) Ltd v Minister of Environmental Affairs and Others*, 2004.

¹⁴⁴ Elle peut se définir comme des pouvoirs déduits par le juge et faisant appel à une argumentation distincte de celle fondée sur le seul sens d'une disposition expresse. La meilleure illustration de cette théorie est l'affaire de la Cour suprême des Etats-Unis *Marbury vs Madison* (1803), dans laquelle John MARSHALL a dégagé la *judicial review* de la fonction de juger.

¹⁴⁵ C'est particulièrement à l'occasion de l'exercice de sa fonction consultative que le juge

constitutionnel sénégalais a créé des normes non écrites. Quoique la loi organique a expressément prévu son pouvoir de création, c'est à l'occasion de l'exercice de ces deux fonctions que le juge constitutionnel gabonais a dégagé le principe de « *l'indisponibilité provisoire* », *DCC Gabon n°210/CC du 14 novembre 2018* ; v° aussi *HCC Malgache, décision n°18-HCC/D3, op.cit.*

¹⁴⁶ Dans la décision *DCC 06-074* de la Cour constitutionnelle du Bénin, c'est à l'occasion du contrôle de constitutionnalité que le juge a dégagé le principe (non écrit à valeur constitutionnelle) du consensus. Il en va de même de la décision *DCC 03-168* où elle a dégagé le principe de répartition proportionnelle, en jugeant une procédure de désignation des représentants de l'Assemblée contraire à la Constitution, plus exactement au Règlement intérieur de l'Assemblée qui fait partir du bloc de constitutionnalité pour ceux de ses dispositions qui résultent directement de la Constitution.

par le juge constitutionnel doivent respecter la lettre, notamment les dispositions constitutionnelles intangibles (a), et l'esprit de la Constitution (b).

a) La conformité à la lettre de la Constitution

Si le pouvoir de révision doit en principe respecter les dispositions intangibles de la Constitution, l'on ne voit pas pourquoi cette limite ne s'imposerait pas au juge constitutionnel.

Pour ce qui concerne les autres dispositions, il est *a priori* illogique d'exiger leur respect, il doit simplement s'assurer qu'il n'existe pas de disposition régissant la situation ou le problème de droit qui lui est posé ou encore que les dispositions existantes ne soient pas suffisantes à le résoudre.

S'il prend ces précautions, la conformité des normes non écrites à la Constitution ne concerne en réalité que les normes intangibles. Ce qui signifie que les principes dégagés par le juge constitutionnel sont au même pied d'égalité que les dispositions constitutionnelles tangibles.

En pratique toutefois, le juge constitutionnel peut dégager différents types de normes non écrites avec des propriétés différentes. Ainsi le juge français distingue entre *les Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, les principes à valeur constitutionnelle* et *les Objectifs à valeur constitutionnelle* ; le juge

béninois entre *les principes à valeur constitutionnelle et les principes généraux de droit*¹⁴⁷ ; le juge malgache entre *les principes généraux de droit, les principes constitutionnels et les objectifs à valeur constitutionnelle*¹⁴⁸.

La norme non écrite doit en outre être compatible avec l'esprit de la Constitution.

b) La compatibilité à l'esprit de la Constitution

L'esprit des Constitutions africaines de la troisième vague doit être recherché dans les travaux préparatoires¹⁴⁹, Comptes rendus et Rapports des Conférences nationales souveraines et autres assises similaires, les Préambules des textes interprétés et autres déclarations.

De la lecture combinée de ces différents instruments, cet esprit peut être saisi sous deux aspects : une certaine volonté de « *deprésidentialisation* » du régime politique et la recherche de la libération et l'épanouissement de la personne humaine dans toutes ses dimensions¹⁵⁰, à travers la garantie d'un patrimoine des droits subjectifs.

En face d'une insuffisance ou d'une situation interstitielle, il faut dès lors considérer que la création des normes doit avoir pour objet d'assurer une certaine « *décompression autoritaire* »¹⁵¹ ou un renforcement du statut constitutionnel du citoyen.

¹⁴⁷ V° NGANGO YOUMBI (E), « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *RDP*, n°6, novembre 2018, pp.1717-1725.

¹⁴⁸ V° par exemple *Avis n°02-HCC du 31 juillet 2009 sur l'interprétation de l'article 53 de la Constitution*.

¹⁴⁹ SEURIN (S), « Les travaux préparatoires dans la jurisprudence constitutionnelle : une méthode d'interprétation au service de la légitimité du juge constitutionnel », Communication au IX Congrès de

l'AFDC, Lyon 26-28 juin 2014 ; v° aussi CAPITANT (H), *Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois*, Dalloz-Sirey, 1977, pp.204-216.

¹⁵⁰ V° par exemple Préambule de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

¹⁵¹ L'expression est de J.F BAYART, in « L'analyse des situations autoritaires : étude bibliographique », *RFSP*, 1976, p.483 sq.

Ceci signifie concrètement que si le juge constitutionnel est en présence de deux normes ou principes potentiellement applicables à une situation, il doit privilégier celui des principes qui s'accordent au mieux à ces objectifs ; s'il est en face d'un vide constitutionnel, le principe créé *ex nihilo* doit avoir pour objet d'atteindre ou de poursuivre ces objectifs.

Une polémique demeure toutefois au sujet d'une question : peut-on considérer comme valide, la création *ex nihilo* d'un principe qui a pour objet d'écarter des dispositions écrites et suffisantes, au nom de la sauvegarde de l'esprit de la Constitution ? La décision de la Cour constitutionnelle du Bénin sur *le consensus* en 2006 est sur ce point assez illustrative. En face des normes écrites et suffisantes (dispositions relatives à la procédure législative), le juge constitutionnel béninois a choisi de créer un principe non écrit (*le consensus*), qui quoique concourant à l'objectif d'éviter la confiscation du pouvoir, n'ajoute pas moins à la lettre de la Constitution¹⁵².

Sur le premier point, les décisions ci-dessus examinés (Sénégal et Burkina) sont jugés contraires à l'esprit de la Constitution parce qu'entre deux principes contraires (*le principe de l'effet immédiat et le principe de l'effet différé*), le juge constitutionnel africain choisit celui des principes (*effet différé*) qui a pour objet de porter atteinte à l'alternance au pouvoir et de perpétuer l'exercice du pouvoir.

Sur le second point, la Cour constitutionnelle du Bénin dans sa décision

DCC 11-067 relative à la loi sur les conditions de recours au referendum¹⁵³, a ajouté en plus des normes intangibles de l'article 156 de la Constitution, les « *options fondamentales de la Conférence des Forces Vives de la Nation*¹⁵⁴ » dont devra obligatoirement tenir compte toute révision constitutionnelle. Elle a du point de vue de l'alternance eu une vertu, celle d'empêcher au président M. KERÉKOU de briguer un troisième mandat, mais elle n'est pas moins contraire à la lettre de la Constitution.

Entre la lettre et l'esprit de la Constitution, que faut-il faire prévaloir ? La question reste ouverte, il faut à notre avis considérer la Constitution comme une unité, à l'image de l'Homme qui au plan métaphysique, est constitué de plusieurs instances. Il s'agit de « *pénétrer par d'autres voies la volonté qui a inspiré [le constituant] ; de dégager l'esprit de la loi pour contrôler, rectifier, compléter, restreindre ou étendre sa lettre*¹⁵⁵ ».

Qu'une norme créée soit le produit de l'exercice d'un pouvoir explicitement ou implicitement reconnu au juge ; qu'elle soit formulée en conformité avec d'autres dispositions constitutionnelles ou l'esprit de la Constitution, ne suffit pas à notre avis pour lui conférer le sceau de la validité, il faut en outre que la création de la norme non écrite soit opportune.

B. L'OPPORTUNITE DES NORMES NON ECRITES

Le critère de l'opportunité des normes créées signifie qu'elles doivent être

¹⁵² *DCC Bénin 06-074, op.cit.*

¹⁵³ *DCC Bénin 11-067 du 20 octobre 2011, Président de la République.*

¹⁵⁴ Ces options sont selon la Cour : la forme républicaine et la laïcité de l'Etat ; l'atteinte à l'intégrité du territoire nationale ; le mandat présidentiel de cinq ans renouvelable une seule fois ;

la limite d'âge de 40 ans au moins et 70 ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielles ; le type présidentiel du régime politique au Bénin.

¹⁵⁵ GENY (F), *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif, essai de critique*, LGDJ, 1919, Cujas, p.27.

nécessaires, autrement dit, la création doit être une activité exceptionnelle, le juge constitutionnel devant épuiser et explorer tous les moyens constitutionnels écrits mis à sa disposition.

L'on ne peut en fait affirmer comme le fait M. TROPER, que les énoncés constitutionnels n'ont pas de signification avant celle que leur confère l'organe authentique, ou encore que ce soit l'interprétation qui confère une signification objective des normes¹⁵⁶. Il faut vigoureusement rejeter l'idée selon laquelle le juge constitutionnel aurait une liberté absolue d'interpréter, et partant de créer les normes non écrites¹⁵⁷.

Si la nécessité de la création est établie, encore faudrait-il que le juge le fasse dans des proportions raisonnables, c'est-à-dire en veillant à s'assurer que la norme créée a pour objet de résoudre *in concreto* la situation qui lui est soumise, sans se substituer aux pouvoirs constitués (2).

1. La nécessité des normes non écrites

La formulation de la norme non écrite doit être nécessaire¹⁵⁸. Cette nécessité sera plus acceptable si elle est absolue (c'est l'hypothèse du vide constitutionnel). Dans ce cas, le juge constitutionnel est fondé en fonction de l'urgence et de la nature de la situation, à créer *ex nihilo* des normes non écrites ; elle est plus discutée lorsqu'elle est

relative, c'est-à-dire lorsqu'il existe une norme écrite insuffisante à fournir une solution cohérente et acceptable au litige, parce qu'elle rentrerait, par exemple en opposition frontale avec une norme de même nature et de même valeur, ou plusieurs normes éparses.

L'exigence de « *nécessité de la norme non écrite* » a été précisée avec force par la HCC Malgache dans une décision rendue en 2014, par laquelle elle souligne que « *lorsque les dispositions constitutionnelles sont claires, il n'y a pas lieu à les interpréter*¹⁵⁹ ». Ce principe a également été, comme mentionné ci-avant souligné dans une décision de la Cour constitutionnelle de RDC rendue en 2016.

Il résulte de ce qui précède que la nécessité peut s'apprécier aussi bien au regard de l'inexistence d'une ou de plusieurs normes écrites permettant de régler une situation de fait posée au juge constitutionnel, ou de l'insuffisance d'une norme écrite qui résulterait par exemple de son imprécision ou de son caractère douteux.

a) *L'inexistence des normes écrites adéquates*

Le Constituant ne peut pas tout prévoir. L'idée selon laquelle le texte constitutionnel serait « *bref, clair, précis, général, pratique et concret*¹⁶⁰ » semble être un vœu pieux.

¹⁵⁶ TROPER (M), « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », Mélanges Ch. EISENMANN, Cujas, 1975, p.143, v° aussi « Une théorie réaliste de l'interprétation », in La théorie du droit –le droit, l'Etat, PUF, Leviathan2001, p.74.

¹⁵⁷ TROPER (M), « La liberté d'interprétation du juge constitutionnel », in P. Amselck (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant, 1995, p.241.

¹⁵⁸ Il s'agit d'une proposition qui prend le contre pied de la théorie réaliste qui reconnaît une liberté

d'action à l'interprète authentique, v° TROPER (M), « L'interprétation constitutionnelle », in *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p.156.

¹⁵⁹V° HCC, *Avis n°01 du 17 février 2014 portant interprétation des dispositions de l'article 54 de la Constitution*.

¹⁶⁰ DELPERE (F), « L'interprétation de la Constitution », in *La Constitution aujourd'hui*, *op.cit.*, p. 13.

Cette proposition à deux implications :

Tout comme le juge judiciaire, le juge constitutionnel ne peut sous peine de déni de justice, refuser de rendre justice pour cause de silence ou de l'obscurité des textes qu'il est chargé d'appliquer ou d'interpréter. Il y'a dès lors nécessité de créer une norme constitutionnelle non écrite sous forme de principe de droit dans l'hypothèse d'un vide constitutionnel qui rend impossible la solution du litige. Il est des cas où le juge constitutionnel ne pourrait pas attendre que les pouvoirs constitués exercent leurs compétences de création des normes.

Inversement, il n'y a pas nécessité de créer lorsque la situation portée devant le juge constitutionnel a sa solution dans une norme référentielle écrite ou lorsque l'urgence et la situation ne s'opposent pas à l'exercice par l'organe constitutionnellement habilité, de sa compétence. En pareille hypothèse, le juge doit se contenter d'une réserve d'interprétation¹⁶¹ ou d'une injonction¹⁶² pour resserrer la contrainte sur les organes constitutionnels¹⁶³.

La situation la plus controversée se présente lorsque le juge constitutionnel est en face non pas d'un vide total, mais de l'insuffisance des moyens constitutionnels

lui permettant de résoudre le litige, car se pose la question du critère d'appréciation de cette insuffisance.

b) L'insuffisance des normes écrites adéquates

La Constitution n'est pas un décret ou une loi, elle contient des dispositions incantatrices et programmatiques (Préambule) auxquelles la plupart des régimes accordent une valeur juridique ; des concepts de philosophie politique énigmatiques (souveraineté, nation, démocratie, unité nationale) ; des formulations abstraites¹⁶⁴ et indéterminées¹⁶⁵ ; un bric-à-brac de dispositions et principes alambiqués et parfois contradictoires¹⁶⁶.

Le juge constitutionnel doit dès lors démêler l'écheveau et découvrir des principes assurant l'unité entre tous ces principes et règles qui contiennent une demi-vérité. Cela passe par la formulation des principes généraux.

Le critère à prendre en compte pour apprécier la nécessité de son action dans cette hypothèse est *la réalité* de la complexité et du flou ; ils ne doivent pas être inférés par le juge lui-même, qui irait par exemple chercher dans la Constitution

¹⁶¹ V°FAVOREU (L), « La décision de constitutionnalité », RIDC, 1986, n°2, p.622 ; MODERNE (F), « La déclaration de conformité sous réserve » in L. FAVOREU (dir.) *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Economica, PUAM, Paris, 1988, p.94 ; VIALA (A), *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, LGDJ, 1999, p.92 ; SAMUEL (X), « Les réserves d'interprétations émises par le Conseil constitutionnel », site du Conseil constitutionnel, p.15.

¹⁶² Dans quelques pays (Bénin, Madagascar, Gabon), le juge constitutionnel africain s'est reconnu un véritable pouvoir d'injonction. L'exemple le plus récent est fourni par la juridiction malgache à travers sa Décision HCC/DC du 25 mai 2018 *relative à la*

requête en déchéance di Président Hery Rajaonarimampianina.

¹⁶³ VIALA (A), « Les réserves d'interprétation : un outil de resserrments de la contrainte de constitutionnalité », *RDP*, 1997, p.1062.

¹⁶⁴ BÖCKENFÖRDE (M) et al. *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest –Analyse comparée*, éd. IDEA International, Stockholm et Fondation Hanns Seidel, Munich, 2016, p.22.

¹⁶⁵ SOMMERMANN (K.P), « Normativité », *AIJC*, XVII, Marseille, PUAM, 2002, p. 371.

¹⁶⁶ DUMONT (H), « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXe siècle », *Itinéraires d'un constitutionnaliste, op.cit.*, 477-500.

des principes non visées dans la requête et sans rapport avec le litige pour faire échec à ceux invoqués ou ceux normalement applicables.

Les décisions sénégalaise et burkinabé ci-dessus citées illustrent parfaitement cet état de fait. Dans le cas burkinabé, alors que le constituant a clairement posé *le principe de l'effet immédiat* de la disposition relative à la limitation du mandat, le juge déduira d'une disposition applicable non pas au nombre, mais à la durée du mandat, *le principe de l'effet différé*, qui serait selon lui une exception voulue par le constituant. Ce qui eut pour effet d'autoriser un troisième mandat au Président A. WADE. Il y'avait pourtant une norme constitutionnelle adéquate et suffisante.

Si la nécessité de créer est établie, encore faut-il que la norme créée soit proportionnelle à la question soulevée.

2. La proportionnalité des normes non écrites

La proportionnalité de la norme non écrite signifie qu'elle ne doit pas s'appliquer au-delà de la situation actuelle que le juge constitutionnel a à résoudre. Il doit toujours laisser le soin aux pouvoirs constituants ou constitués d'exercer leurs compétences¹⁶⁷.

Ces deux sous-critères signifient tout simplement que le juge constitutionnel ne doit pas statuer *extra petita (a)*, ni *ultra petita (b)*.

a) *Le juge constitutionnel ne doit pas statuer extra petita*

Il doit avoir une certaine adéquation entre la norme créée et la situation de fait. Le juge constitutionnel doit toujours répondre prioritairement à la question de droit qui lui est posée ; il ne doit pas saisir la perche qui lui est tendue pour se perdre en conjectures.

Il est évident surtout lorsqu'il est saisi d'une question d'interprétation de la Constitution, que la demande peut avoir des incidences politiques, allant bien au-delà du problème juridique qu'elle pose. Toutefois, la théorie « *textualiste* » dégagée aux Etats-Unis postule que le juge doit se cantonner au texte qui lui est soumis pour rester le plus proche de la volonté de son auteur¹⁶⁸.

L'exemple le plus patent où le juge constitutionnel africain a statué *extra petita est la* décision du 14 novembre 2018 susmentionnée. Saisi par le Premier Ministre entre autres sur l'interprétation de l'article 13 de la Constitution qui traite de la vacance et de l'empêchement définitif à la présidence de la République, le juge gabonais statuera en marge de la question qui lui est posée, pour tenter plutôt d'apporter une réponse au problème politique sous-jacent, en ajoutant un alinéa à l'article 13, destiné à résoudre l'hypothèse de « *l'indisponibilité provisoire* ».

L'examen de l'article 13 laisse apparaître que le constituant gabonais opère en réalité une confusion empruntée au droit

¹⁶⁷ Décision n°10-HCC/D3 du 27 janvier 2017 concernant la loi n°2016-037 relative à la Réconciliation nationale. La Haute juridiction malgache souligne que la Constitution ne lui confère pas « *un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement* » ; qu'il ne lui appartient pas dans l'exercice de son

contrôle de substituer sa propre appréciation à celle du législateur.

¹⁶⁸ Pour une opinion contraire, v° BREYER (S), *Pour une démocratie active*, Odile Jacob, 2007, p.12. Ce juge de la Cour suprême des Etats-Unis propose un assouplissement du « *textualisme* » au profit des objectifs démocratiques fondamentaux.

constitutionnel français¹⁶⁹. Le juge devait dès lors dire s'il y'a une différence et quelle est-elle, entre la vacance et l'empêchement ; il devait ensuite préciser le sens du membre de phrase « *quelque cause que ce soit* » en énumérant au besoin les différentes causes pouvant donner lieu à la vacance ; préciser également la notion « *d'empêchement définitif*¹⁷⁰ ». C'est ce qu'a fait le juge constitutionnel de RDC dans sa décision de 2016, où il énumère sans exhaustivité les situations pouvant donner lieu à vacance (maladie, captivité, destitution par la Cour constitutionnelle à la suite d'une condamnation pénale..., mettant le Président de la République dans l'impossibilité absolue et définitive d'exercer ses fonctions¹⁷¹). Le juge gabonais a plutôt formulé une norme, sous forme d'un alinéa ajouté à la disposition qu'il estime incomplète, statuant ainsi *extra petita*.

La norme non écrite ne serait non plus proportionnelle si elle va au-delà du problème du droit posé au juge.

b) *Le juge constitutionnel ne doit pas statuer ultra petita*

Dire que le juge ne doit pas statuer *ultra petita* signifie que la norme créée doit se limiter à résoudre la situation de fait, il ne doit pas statuer par voie de disposition générale, ceci n'exclut pas la règle du précédent.

Contrairement à une certaine opinion qui tend à faire du juge constitutionnel un « *pouvoir constituant de type judiciaire*¹⁷² », ou un « *pouvoir constituant*¹⁷³ » tout simplement, il doit, bien qu'il participe d'une manière ou d'une autre au pouvoir constituant (suivant la théorie du « *législateur négatif*¹⁷⁴ », de « *l'aiguilleur*¹⁷⁵ » ou de « *l'interférence* »¹⁷⁶, se limiter au rôle de « *contre pouvoir judiciaire*¹⁷⁷ ».

¹⁶⁹ V° article 7 alinéa 5 de la Constitution française du 04 octobre 1958 qui dispose : « *En cas de vacance ou lorsque l'empêchement est déclaré définitif par le Conseil constitutionnel...* ». F. LUCHAIRE a apporté quelques éclairages définitoires, qui confirment du reste la méprise du constituant gabonais à la suite de son homologue français : « *La vacance* », précise t'il est situation d'une fonction privée de titulaire, elle concerne dès lors le poste et non l'individu ; « *l'empêchement définitif* » est la situation du titulaire d'une fonction qui est en incapacité permanente (physique, intellectuelle, morale ou juridique) d'exercer ladite fonction. Il concerne dès lors l'individu et non le poste. Sur ce point, le constituant camerounais se montre par exemple plus rigoureux lorsqu'il affirme (article 6 alinéa 4) : « *En cas de vacance du Président de la République pour cause de décès, de démission ou d'empêchement définitif constaté par le Conseil constitutionnel (...)* ». V° articles 75 de la Constitution de la RDC et 52 de la Constitution malgache adopte la même formule emprunte de clarté.

¹⁷⁰ En RDC, cette notion est clairement définie par l'article 84 alinéa 3 de la loi organique n°13/026 du

15 octobre 2013 portant organisation et fonctionnement de la Cour constitutionnelle.

¹⁷¹ CC de RDC, *Décision R. Const.*, 262 du 24 juin 2016.

¹⁷² SINDJOUN (L), *Les grandes décisions de la juridiction constitutionnelle africaines*, op.cit., p.297.

¹⁷³ TROPER (M), « Le juge constitutionnel comme pouvoir constituant » in Colloque ; le pouvoir constituant aujourd'hui, Cinquièmes journées Tuniso-françaises, 16-17 novembre 2006.

¹⁷⁴ KELSEN (H), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, pp198-257.

¹⁷⁵ FAVOREU (L)

¹⁷⁶ BEHRENDT (C), *Le juge constitutionnel, un législateur cadre –positif*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, p.7. L'interférence peut être définie comme « *l'incidence du contrôle juridictionnel sur des normes qui n'ont pas encore été produites* » ; v° aussi JOUANJAN (O), « Commentaire de l'ouvrage « Le juge constitutionnel, un législateur cadre –positif » », *RIDC*, 2007, vol 59, pp.433-437.

¹⁷⁷ HOURQUEBIE (F), « Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.269.

Pour être accepté, particulièrement dans le contexte africain, le juge constitutionnel doit respecter autant la compétence du pouvoir constituant, que celles des pouvoirs constitués.

La création d'une norme constitutionnelle non écrite ne serait conforme à cette exigence que si elle intervient de façon subsidiaire. Il en irait ainsi par exemple s'il est question de fixer le contenu d'une notion floue ou indéterminée (la notion de haute trahison par exemple) ; d'un principe imprécis (le principe d'impartialité par exemple dans le contexte béninois) ; lorsque les organes de décisions sont empêchés, et que rien n'a été prévu pour combler le vide ; ou encore lorsque les organes habilités ont dédaigné d'exercer leurs compétences malgré le rappel du juge constitutionnel.

La création des normes référentielles non écrites doit se faire avec précaution, en respectant les critères ci-dessus exposés. Le juge constitutionnel africain doit agir en évitant de se substituer hâtivement aux différents organes institués. Il doit donc prioritairement user de son pouvoir d'injonction ou de réserves d'interprétation, pour inciter les pouvoirs constitutionnellement habilités à « constituer¹⁷⁸ », « légiférer¹⁷⁹ », « réglementer¹⁸⁰ », ou encore à se corriger¹⁸¹. Cette attitude prudentielle semble d'ailleurs conforme à la tendance générale des juridictions constitutionnelles occidentales¹⁸². Aux Etats-Unis on parle de « l'impératif de prudence¹⁸³ ». C'est le prix à payer pour que la légitimité du juge constitutionnel africain soit assurée¹⁸⁴, et les normes non écrites qu'il formule, acceptées.

¹⁷⁸ V° DCC Mali, n°2017-04/CMM, par laquelle la CC du Mali demande au pouvoir constituant dérivé d'apporter des corrections à un projet de révision constitutionnelle.

¹⁷⁹ V° DCC Bénin 15-002 du 13 janvier 2015, CHEDE Lucien, par laquelle la Cour constitutionnelle du Bénin demande au Président de la République et à l'Assemblée Nationale ayant la compétence d'initiative et d'adoption en matière de Liste civile du Président de la République, de légiférer en ce sens.

¹⁸⁰ V° HCC/DC Malgache du 25 mai 2018 (articles 2 et 3), *op.cit.*, par laquelle la Haute juridiction constitutionnelle malgache demande au Président de la République de prendre un Décret constatant la désignation des représentants des différents pouvoirs constitutionnels au sein de la Haute Cour de Justice.

¹⁸¹ Il existe dans certains régimes une disposition qui oblige le Législatif ou l'Exécutif à refaire un texte

invalidé par le juge constitutionnel, v° par exemple 34 et 42 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle du Gabon.

¹⁸² Elles font de plus en plus preuve de déférence et de prudence à l'égard des organes politiques, v° DIEZ-PICAZO (L.M), « Commentaire de l'arrêt n°111/1993, 25 mars 1993, Affaire de la condamnation pénale pour exercice illégal d'une profession, BOE, n°100 du 27 avril 1993 » in P.BON et D. MAUS (dir.), *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Dalloz, Paris, 2008, p.766.

¹⁸³ ZOLLER (E), *Les Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Dalloz, Paris 2010, p.245.

¹⁸⁴ FAVOREU (L), « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1992, n°2, p.179 ; BOBBIO (N), « Sur le principe de légitimité », *Droits*, 2002, n°32, p.149.