

LE POUVOIR D'INJONCTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Gérard AÏVO

Maître-Assistant en droit public

Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Abomey-Calavi

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I- UN POUVOIR TRADITIONNELLEMENT EXTÉRIEUR A L'OFFICE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

A- Les fondements de l'extériorité

- 1) *L'absence de compétence explicite*
- 2) *La lecture orthodoxe du principe de la séparation des pouvoirs*

B- Les manifestations de l'extériorité

- 1) *Une incompétence affirmée par le juge à l'égard du pouvoir législatif*
- 2) *Une incompétence affirmée par le juge à l'égard du pouvoir exécutif*

II- UN POUVOIR PROGRESSIVEMENT INTÉGRÉ A L'OFFICE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

A- L'affirmation de l'injonction prétorienne

- 1) *Des injonctions en vue de l'encadrement de l'activité du législatif*
- 2) *Des injonctions en vue d'éviter l'abus de pouvoir de l'exécutif*

B- Les effets de l'injonction prétorienne

- 1) *La facilitation du fonctionnement régulier des institutions de l'Etat*
- 2) *La contribution à la vitalité de la démocratie dans l'Etat*

CONCLUSION

INTRODUCTION

« *Le juge de la constitutionnalité des lois n'intervient-il que pour se prononcer sur la conformité ou l'absence de conformité des textes votés par le parlement ou impose-t-il par ailleurs au législateur des normes qui lui disent comment s'y prendre en vue de concrétiser correctement les exigences de la Constitution ?* »¹. Cette interrogation d'Otto Pfersmann, pose d'emblée la problématique de la place et du rôle du juge constitutionnel dans l'Etat, ainsi que des limites éventuelles qui bornent ses compétences. Si certains auteurs sont contre l'institution de juridiction constitutionnelle sous prétexte qu'elle finit par s'identifier aux juridictions ordinaires², d'autres affirment la nécessité et l'importance d'une telle juridiction³. Dans cette dernière catégorie, on distingue deux groupes d'auteurs. D'une part, ceux qui pensent que le juge constitutionnel n'a qu'une compétence d'attribution⁴ et doit donc se contenter d'appliquer la constitution *stricto sensu* à travers, entre autres, l'annulation des lois jugées inconstitutionnelles, apparaissant ainsi comme un « *législateur négatif* »⁵. D'autre part, ceux qui estiment que le juge peut, en outre, interpréter la constitution⁶ *lato sensu* et donner des directives et des injonctions⁷ au législateur en vue de la réécriture la loi, de sa modification,⁸ ou affirmer sa validité constitutionnelle sous réserve⁹ et opérer la modulation de ses effets dans le temps¹⁰, le qualifiant ainsi de « *législateur positif* »¹¹.

Le débat est ainsi ouvert et le juge constitutionnel se retrouve à l'épicentre des secousses doctrinales. Ses compétences et les modalités de leur exercice interrogent. Le juge

¹ PFERSMANN O., « Préface » in BEHRENDT Ch., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, p. xxvii.

² De VALLÈS A., « Contre les cours constitutionnelles », *Revue internationale des sciences administratives*, 1952, p. 809.

³ KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la constitution », *RDP*, 1928, t. 45e, pp. 197-257 ; FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel » *RIDC*, 2-1994, pp. 557-581 ; HOLO Th., « L'émergence de la justice constitutionnelle au Bénin », in *La démocratie en Afrique, Pouvoirs* n°129, 2009, pp. 101-113 ; AHADZI K., « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, n°2, juillet-décembre 2002, pp. 57-59.

⁴ BURDEAU G., *Une survivance : la notion de constitution*, Paris, Sirey, 1956, p. 53.

⁵ KELSEN H., « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p. 226.

⁶ SURIN S., « La légitimité interprétative du juge dans le procès constitutionnel », *HAL*, 2017, disponible sur : <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01663454/document>, consulté le 22 décembre 2020.

⁷ PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, Paris, Ed. Panthéon Assas, 2009, 918 p.

⁸ ESSONO EVONO A., *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, Thèse de doctorat en droit, Université des sciences sociales de Toulouse, 2000, 459 p.

⁹ DIAGNE M., « Le juge constitutionnel africain et les techniques des réserves d'interprétation », *Revue Juridique et Politique*, n°3, 2008, pp. 386-390 ; MODERNE F., « La déclaration de conformité sous réserve », in *Le Conseil constitutionnel et les partis politiques*, Actes de la Journée d'études du 13 mars 1987, Paris, Economica, p.93-118.

¹⁰ VIALA A., *Les réserves d'interprétation dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Montpellier I, 1998, Paris, LGDJ, 1999, pp. 80-84.

¹¹ BEHRENDT Ch., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2006, 537 p.

se trouve tiraillé entre l'approche minimaliste et l'approche maximaliste de son office. Dans l'une ou l'autre approche, le juge reste la cible de tirs croisés des constitutionnalistes qui pensent, pour certains, que le juge constitutionnel n'en fait pas assez¹² en raison de son autolimitation¹³ et, pour d'autres, qu'il en fait trop¹⁴ en raison de son auto-habilitation¹⁵ par l'affirmation de compétences implicites, de principes non-écrits, et de l'usage excessif du pouvoir d'injonction.

En somme, le juge constitutionnel peut-il aller au-delà de ses compétences explicites ? La réponse affirmative à cette question a été donnée très tôt par la Cour suprême américaine dans l'affaire *Marbury v. Madison* le 24 février 1803. Cependant, malgré le pouvoir d'appréciation et d'habilitation que confère cette décision au juge constitutionnel dans la détermination de ses compétences implicites, elle ne renseigne pas sur l'étendue et les limites d'un tel pouvoir. Bien que non-explicitement prévu dans la constitution, le juge constitutionnel, pour être efficace, peut-il s'auto-habiller et donner des injonctions aux pouvoirs législatif et exécutif sans compromettre le principe de la séparation des pouvoirs ?

Il faut dire que l'efficacité de la justice constitutionnelle¹⁶ dépend non seulement de l'indépendance du juge constitutionnel¹⁷, mais surtout du rôle qu'il joue pour le respect de la séparation des pouvoirs. En effet, la primauté du droit, l'égalité devant la loi et la garantie des droits fondamentaux¹⁸, qui constituent l'épine dorsale de l'Etat de droit¹⁹, ne peuvent être effectives sans un cadre institutionnel approprié, gouverné par le principe de la séparation des

¹² AÍVO F. J., « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n°1, 2012, pp. 164-166 ; ATANGANA-AMOUGOU J.-L., « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Politeia*, n°7, Printemps 2005, pp. 583-622.

¹³ AMELLER M., « Principe d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge », Exposé présenté à l'occasion d'une rencontre organisée à Istanbul en mai 1998 par l'OCD, disponible sur le site de Conseil constitutionnel : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/node/2102/pdf>, consulté le 20 décembre 2020.

¹⁴ BLACHER P., « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? *Pouvoirs*, 2003, n°105, pp. 17-28 ; GNAMOU D., « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-il trop ? », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, *op. cit.*, pp. 687-716.

¹⁵ WERNER A., « Le Conseil constitutionnel et l'appropriation du pouvoir constituant », *Pouvoirs*, 1994, pp. 117-136.

¹⁶ HOLO Th., « L'émergence de la justice constitutionnelle », *op. cit.*, p. 101 ; FAVOREU L., *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1996, p. 6.

¹⁷ FALL A. B., « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in *Les défis des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 309-346.

¹⁸ KOKOROKO D., « L'apport de la jurisprudence constitutionnelle africaine à la consolidation des acquis démocratiques. Les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *RBSJA*, n° 18, 2007, pp. 85-128 ; MBORANTSUO M.-M., *La contribution des cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 365 p.

¹⁹ Raymond CARRÉ DE MALBERG définit l'Etat de droit comme « un Etat qui, dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit (...) ». CARRÉ DE MALBERG R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Dalloz Paris, 2004, pp. 488-489.

pouvoirs²⁰. Ce principe est défini par Slobodan Milacic comme « *un principe juridique d'organisation du pouvoir modéré dans l'Etat grâce à la concurrence équilibrée non faussée entre le législatif, l'exécutif, voire le juridictionnel devenus statutairement autonomes sur la base de leur fonction spécialisée* »²¹. Pour de nombreux auteurs, dont Michel Troper²², Oumarou Narey²³, Fabrice Hourquebie²⁴ et Abdoulaye Soma²⁵ qui s'inscrivent dans l'idée maîtresse de Montesquieu, le principe de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le juridictionnel implique nécessairement la notion de contre-pouvoir, afin d'éviter l'arbitraire et l'instauration d'un pouvoir autoritaire concentrant l'essentiel des pouvoirs de l'Etat. Comme le disait justement Montesquieu, toute personne qui a le pouvoir a tendance à en abuser et « *pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* »²⁶. C'est justement la recherche de l'équilibre des pouvoirs²⁷ qui justifie l'office du juge constitutionnel et l'importance de ses compétences à l'égard du parlement et du gouvernement qui sont souvent tentés d'abuser de leurs prérogatives²⁸.

L'une des techniques utilisées par le juge constitutionnel pour assurer l'équilibre des pouvoirs et la régulation du fonctionnement des institutions est « l'injonction ». Selon Michel de Villiers et Armel Le Divellec, le mot « *injonction* » vient du verbe latin « *Injungere* » qui veut dire enjoindre et signifie un « *ordre ou commandement* »²⁹. Cependant, l'injonction n'est pas une simple manifestation de *l'impérium*, car l'assimilation de l'injonction à un commandement ne permet pas de saisir son originalité³⁰. Dans une remarquable étude consacrée à la notion en droit public français, Alix Perrin en révèle les subtilités et les nuances. Pour elle, « *La spécificité de l'injonction réside moins dans la contrainte qu'elle exprime que dans la finalité qu'elle poursuit. (...) Le verbe injungere signifie imposer quelque*

²⁰ SOMA A., « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme africain », *Revue Afrilex*, janvier 2018, pp. 1-26.

²¹ MILACIC S., « De la séparation des pouvoirs à l'idée de contre-pouvoirs : Montesquieu revigoré par le néolibéralisme », in PARIENTE A. (dir.), *La séparation des pouvoirs. Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2006, p. 34.

²² TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014, 250 p.

²³ Cf. NAREY O. (dir.), *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs - Actes des 1ères journées scientifiques de droit constitutionnel - Palais des Congrès de Niamey, du 10 au 13 octobre 2017*, Paris, L'Harmattan, 518 p.

²⁴ HOURQUEBIE F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vè République*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 678 p.

²⁵ SOMA A., « Le peuple comme contre-pouvoir en Afrique », *RDP*, n°130, vol. 4, 2014, pp. 1019-1049.

²⁶ MONTESQUIEU Ch., *De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre IV, GF Flammarion, 1994, p. 293.

²⁷ TOPANOU V., « L'équilibre des Pouvoirs dans la Constitution béninoise », *Revue Droit Béninois*, N°1, 2012, pp. 37-81.

²⁸ VEDEL G., « L'excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, pp. 57-63 ; RIVERO J., *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 194-221.

²⁹ DE VILLIERS (M.) LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p. 191.

³⁰ PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, op. cit., p. 15.

chose à quelqu'un (...). L'injonction (...) est plus qu'un commandement qui n'a pas pour finalité spécifique de relier plusieurs éléments, d'assurer le passage de l'un à l'autre. L'injonction (...) permet de faire la jonction du droit et du fait. Elle impose une charge à quelqu'un en vue d'assurer la transcription du droit dans les faits »³¹. L'auteure ajoute que « l'injonction vise à corriger un comportement illégal »³². Comme on peut le voir, la signification de l'injonction est plus complexe qu'il n'y paraît. Il ne s'agit pas d'un simple commandement de faire ou de ne pas faire une action quelconque, mais d'un commandement dont la finalité est de transcrire le droit en fait, c'est-à-dire exécuter une prescription normative dans le but de corriger un comportement illégal. L'injonction n'est donc pas une sanction statique³³. Elle s'inscrit dans un processus³⁴, dans un mouvement qui a commencé avant elle et qui doit se poursuivre après elle mais en tenant compte de ses prescriptions. Elle s'apparente alors à une mise en demeure.

Contrairement à une idée répandue, le pouvoir d'injonction n'est pas exclusivement lié à l'office du juge. Selon la doctrine, il existe deux grandes catégories d'injonction en fonction de son auteur. Il y a l'injonction juridictionnelle (le juge) et l'injonction administrative (l'autorité administrative)³⁵. Ce constat est corroboré par le droit positif au Bénin³⁶ comme en France³⁷, où la loi permet aussi bien à l'Administration de donner des injonctions aux administrés qu'aux juges administratif et judiciaire de donner des injonctions aux justiciables. Même le juge international dispose du pouvoir d'injonction³⁸.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibid*, p. 51.

³³ Il ne s'agit pas d'une simple annulation d'un acte administratif par le juge administratif, ni du constat de l'inconstitutionnalité d'une loi par le juge constitutionnel. Il s'agit d'un commandement qui implique une action de rectification ou d'exécution.

³⁴ BRAHIC-LAMBREY C., *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, PUAM, 2003, p. 26.

³⁵ DEVOLVE P., « La justice hors du juge », *Les Cahiers du droit de l'entreprise*, 1984, pp. 16-23 ; COLLIARD C-A, « La sanction administrative », *Annale de la faculté de droit d'Aix*, 1943, pp. 3-74.

³⁶ Cf. Les articles 584 (exécution forcée) 594, 595, 595-1 à 595-3 (astreinte), 597 (exécution provisoire) de la loi n°2020-08 du 23 avril 2020 portant modernisation de la justice ; articles 132 à 143 (les mandats et leur exécution) et 144 (contrôle judiciaire) de la loi 2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin ; article 569 (exécution forcée) de la loi 208-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, modifiée et complétée par la loi 2016-16 du 28 juillet 2016 ; articles 13 à 20 (réquisition des travailleurs par les autorités administratives pour assurer le service minimum en cas de grève) de loi 2001-09 du 21 juin 2002 portant exercice du droit de grève en République du Bénin, modifiée et complétée par la loi 2018-34 du 05 octobre 2018, etc.

³⁷ Cf. La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et la procédure civile, pénale et administrative ; le Code rural (art. R 161-21 etc.), le Code de la Santé publique (art. L. 182, L. 161, L. 193-5-III, L. 1331-24 etc.), le Code de la Sécurité Sociale (art. 422-4 etc.), le Code de l'environnement (art. L. 226-8, L. 435-9, 514-1 etc.), le Code du commerce (art. L. 430-5, L. 430-6, L. 462-5, etc.), le Code des collectivités territoriales (art. L. 2421-6), etc... Pour plus de détails, cf., BRAHIC-LAMBREY C., *L'injonction. Etude de la dynamique d'un processus*, op. cit., 800 p. ; PERRIN A., *L'injonction en droit publique français*, op. cit., p. 18.

³⁸ Par une ordonnance du 17 avril 2020, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples a enjoint aux autorités béninoises, la suspension de l'élection des conseillers municipaux et communaux prévue pour le 17 mai 2020 dans l'attente de l'arrêt définitif rendu le 4 décembre 2020. Dans cet arrêt, la Cour enjoint à nouveau à

Si l'injonction juridictionnelle a un certain succès en doctrine contrairement à l'injonction administrative, il faut préciser que c'est plus le pouvoir d'injonction du juge administratif qui est largement étudié par la doctrine³⁹ et formalisé en droit. En revanche, le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel est nouveau, balbutiant et rencontre encore des résistances. Il en est ainsi en raison de la particularité des destinataires de l'injonction du juge constitutionnel : il s'agit du gouvernement, du parlement et du pouvoir judiciaire⁴⁰. Pourtant, cette question du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel, très peu traitée en doctrine, mérite une attention particulière car non seulement elle est d'une brûlante actualité au regard de la jurisprudence de plus en plus abondante du juge constitutionnel en la matière, mais elle présente aussi un intérêt à la fois théorique et pratique.

Sur le plan théorique, l'injonction apparaît comme un puissant instrument qui permet au juge constitutionnel d'imposer des obligations de faire et des correctifs aux pouvoirs exécutif et législatif. Cela semble *a priori* antinomique au principe de la séparation des pouvoirs et à la souveraineté parlementaire. De là découle le débat relativement à la question de savoir si le juge constitutionnel peut donner des injonctions aux pouvoirs exécutif et législatif sans courir le risque de s'ingérer dans leur compétence et fausser le jeu de l'équilibre des pouvoirs.

Sur le plan pratique, le pouvoir d'injonction peut s'avérer nécessaire et utile à l'office du juge constitutionnel dans son rôle de régulateur des institutions de la République afin de contrer les abus de pouvoir de l'exécutif et les tentatives d'instrumentalisation de la loi par le parlement. Toutefois, cet objectif ne peut être atteint sans un savant dosage de prudence et de « sagesse » de la part du juge pour garantir un fonctionnement harmonieux des institutions de l'Etat sans basculer, au sens d'Edouard Lambert, dans le gouvernement des juges⁴¹.

l'Etat béninois de garantir l'indépendance de la justice, de rétablir le droit de grève et d'abroger la loi de révision constitutionnelle du 7 novembre 2019 ainsi que de toutes les lois incriminées dans un délai de 3 mois avant toute élection, au motif qu'elles violent le « principe de consensus national » garanti par l'article 10 (2) de la Charte africaine sur la démocratie, les élections et la gouvernance du 30 janvier 2007.

³⁹ OSORIO GIAMMARIA M. J., *L'introduction d'un pouvoir d'injonction dans les juridictions administratives françaises et colombiennes*, Thèse, Université Montpellier 1, 2012 ; GRAVEL M., *L'injonction contre l'Etat en droit administratif*, Thèse, Université Laval, 2003 ; LE STRAT G., *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, Thèse, Université de Rennes 1, 2001, 543 p. ; FROMONT M., « Les pouvoirs d'injonction du juge administratif en Allemagne, Italie, Espagne, France. Convergences », *RFDA*, 2002, pp. 551-560.

⁴⁰ Le juge constitutionnel donne rarement des injonctions au pouvoir judiciaire. C'est pourquoi, dans le cadre de la présente étude, cet aspect ne sera pas traité. Il a déjà fait l'objet d'études approfondies par DJOGBENOU J., « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », *Revue Afrilex*, avril 2014, pp. 1-27 ; AKEREKORO H., « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », *Revue Afrilex*, décembre 2019, pp. 1-22.

⁴¹ LAMBERT E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p.

Ce sont ces éléments subtiles et complexes qui justifient le choix de consacrer la présente étude au « *pouvoir d'injonction du juge constitutionnel* ». Le but est de comparer le droit et la pratique jurisprudentielle des Etats en Afrique et en Europe en matière d'injonction du juge constitutionnel. Cette approche comparative permettra de confronter l'expérience du Bénin à celle, notamment mais non exclusivement, des Etats comme le Sénégal, Madagascar, le Gabon, la France, l'Allemagne et la Belgique.

La question fondamentale qui se pose est de savoir si le pouvoir d'injonction fait partie de l'office du juge constitutionnel. Autrement dit, le juge constitutionnel peut-il donner des injonctions aux pouvoirs exécutif et législatif sans remettre en cause le principe de la séparation des pouvoirs ? Plus précisément, sur quel fondement juridique et dans quelle mesure le juge constitutionnel peut-il se le permettre ? Quelles peuvent être les conséquences sur l'Etat de droit et le fonctionnement démocratique des institutions ?

Pour répondre à cette problématique, il conviendra de constater que le pouvoir d'injonction est traditionnellement extérieur à l'office du juge constitutionnel (I), même si, progressivement, le juge constitutionnel s'est approprié cette prérogative aussi bien à l'égard du pouvoir législatif que du pouvoir exécutif (II).

I- UN POUVOIR TRADITIONNELLEMENT EXTÉRIEUR A L'OFFICE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Si l'interrogation formulée en 1990 par Franck Moderne, de savoir pourquoi l'injonction serait-elle étrangère au pouvoir du juge administratif⁴², était pertinente à l'époque⁴³, elle a aujourd'hui perdu de son actualité, car l'injonction a, depuis lors, irrigué l'office du juge administratif et en fait aujourd'hui partie intégrante. Cependant, cette question peut être transposée au contentieux constitutionnel en raison des similitudes qu'il y a entre l'office du juge administratif et celui du juge constitutionnel⁴⁴ : le premier étant juge de l'excès de pouvoir administratif tandis que le second est juge de l'excès de pouvoir législatif au sens de Vedel⁴⁵. En droit constitutionnel, la question de savoir si le pouvoir d'injonction fait partie de l'office du juge constitutionnel est d'une brûlante actualité, car malgré les

⁴² MODERNE F., « Etrangère au pouvoir du juge administratif, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *RFDA*, 1990, p. 798

⁴³ Sur les difficultés et la réticence du juge administratif à exercer le pouvoir d'injonction avant le vote par le législateur des lois des 16 juillet 1980, 8 février 1995 et 30 juin 2000 qui l'ont expressément habilité, voir LE STRAT G., *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, Thèse de doctorat, Université de Rennes 1, 2001.

⁴⁴ CHARITE M., « Etrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *op. cit.*, p. 2253.

⁴⁵ VEDEL G., « L'excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *op. cit.*, pp. 57-63.

similitudes avec le juge administratif, l'office et le domaine de compétence du juge constitutionnel comportent d'importantes spécificités. L'analyse de ces dernières amènent à constater que le pouvoir d'injonction est traditionnellement extérieur ou étranger à l'office du juge constitutionnel dans ses rapports tant avec le parlement qu'avec le gouvernement. Il importe d'étudier ici les fondements (A) et les manifestations (B) de cette extériorité.

A- Les fondements de l'extériorité

L'importance du pouvoir judiciaire et sa contribution majeure à l'équilibre des pouvoirs et à l'édification de l'Etat de droit en Afrique⁴⁶ et ailleurs⁴⁷ n'est plus à démontrer. L'une des techniques utilisées par le pouvoir judiciaire est l'injonction. Si l'injonction fait aujourd'hui partie de l'office du juge administratif, elle est en revanche traditionnellement extérieure à l'office du juge constitutionnel qui, en principe, ne peut donner des injonctions ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif pour deux séries de raisons essentielles : d'une part, en raison de l'absence d'un pouvoir d'injonction constitutionnellement consacré et des attributs juridictionnels limités du juge constitutionnel (1) et, d'autre part, en raison du principe de séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire (2).

1) L'absence de compétence explicite

Parmi les raisons qui justifient le caractère étranger du pouvoir d'injonction à l'office du juge constitutionnel, il y a d'une part, l'absence de base juridique constitutionnelle et d'autre part, les limites relatives aux attributions juridictionnelles du juge constitutionnel.

Concernant la première raison, il faut dire que, contrairement à « l'injonction légale » formalisée par la loi, « l'injonction constitutionnelle » n'est pas formellement consacrée par la constitution des Etats, aussi bien en Afrique qu'en Europe. L'injonction légale est le pouvoir expressément donné par la loi aux juges administratif et judiciaire de faire des prescriptions injonctives. Comme il a été relevé précédemment, le pouvoir d'injonction des juges administratif et judiciaire, de même que celui des autorités administratives, sont généralement formalisés par la loi, faisant ainsi du pouvoir d'injonction, un outil essentiel de leur office. En revanche, en contentieux constitutionnel, le pouvoir d'injonction est traditionnellement

⁴⁶ SOMA A., « Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n° 78, 2009, pp. 437-466.

⁴⁷ BOUHON F. et PIRONNET Q., « Le pouvoir judiciaire et l'équilibre des pouvoirs : réflexion à propos des récentes réformes », *Revue Pyramide*, vol. 29, 2017, pp. 93-118 ; CÔTE-HARPER G., « L'état de droit et l'indépendance judiciaire », *Revue québécoise de droit international*, vol. 11-2, 1998, pp. 51-55.

étranger à l'office du juge constitutionnel. Cela se traduit par l'absence d'un fondement constitutionnel formel qui légitimerait une injonction constitutionnelle.

Au Bénin, dans la Constitution, le pouvoir d'injonction n'apparaît pas dans les compétences du juge constitutionnel. En effet, l'article 114 de la Constitution dispose que : « *la Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* ». Cette disposition attribue donc trois compétences au juge constitutionnel, à savoir le contrôle de la constitutionnalité des lois, la protection des droits fondamentaux et la régulation du fonctionnement des institutions. L'article 117 ajoute à ces compétences, celle de statuer sur le contentieux des élections présidentielles et législatives ainsi que sur la régularité du référendum. En outre, les articles 121 et 122 précisent respectivement sa compétence de contrôle de constitutionnalité *a priori* et *a posteriori* des lois. L'article 122 précise que : « *tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ». Cette dernière disposition offre aux citoyens le recours par voie d'action et par voie d'exception d'inconstitutionnalité devant le juge constitutionnel. En dehors du Bénin, seuls quelques rares Etats africains⁴⁸ et européens⁴⁹ ont constitutionnellement consacré la possibilité d'un recours individuel direct par voie d'action devant le juge constitutionnel⁵⁰.

Il convient de préciser qu'outre la saisine individuelle du juge constitutionnel à travers un procès devant le juge ordinaire, le citoyen béninois, à l'instar du citoyen allemand⁵¹, dispose également de la possibilité ou du moins de l'alternative de saisir directement le juge

⁴⁸ Il s'agit du Gabon (art. 85), du Burundi (art. 236 al. 2), de la République démocratique du Congo (art. 162), etc. En revanche, au Togo (art. 104), au Sénégal (art. 92), en Côte d'Ivoire (art. 135) et à Madagascar (art. 118), c'est seulement le recours individuel par voie d'exception qui est consacré.

⁴⁹ En Espagne, le recours individuel par voie d'action est possible contre les actes administratifs et juridictionnels mais pas contre la loi (art. 162). Il en est de même en Belgique (art. 142) et en Autriche (art. 140). En revanche, en France et en Allemagne il n'existe que le recours individuel par voie d'exception.

⁵⁰ TCHAPNGA Célestin Keutcha, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 75, 2008, pp. 551-583.

⁵¹ Art. 93-4a de la Constitution allemande. Mais contrairement au système de la justice constitutionnelle béninoise, le citoyen allemand ne peut introduire une requête devant le juge constitutionnel qu'après avoir épuisé les voies de recours de droit ordinaires, sauf si la requête présente une portée générale ou lorsque l'épuisement de ces voies de recours risque de porter un préjudice grave et irréversible au requérant. Cf. BEGUIN J-C., *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République Fédérale d'Allemagne*, Paris, Economica, 1982, pp. 114-115.

constitutionnel d'une plainte pour violation de ses droits fondamentaux constitutionnellement protégés en vertu de l'article 120 de la Constitution. Ce recours individuel direct devant la Cour constitutionnelle, non seulement fait des juges constitutionnels béninois et allemand des juges du fond en matière de contentieux des droits fondamentaux, mais également élargit le champ du contentieux constitutionnel qui, dans ces deux pays, n'est plus seulement un contentieux objectif, il est aussi subjectif.

Au regard de ces dispositions, s'il apparaît clairement que les compétences du juge constitutionnel béninois sont considérables⁵², aucune disposition de la Constitution ne lui confère expressément un pouvoir d'injonction. A l'instar du juge béninois, le juge constitutionnel au Togo⁵³, au Gabon⁵⁴, au Burundi⁵⁵, en Côte d'Ivoire⁵⁶, à Madagascar⁵⁷, en France⁵⁸, en Allemagne⁵⁹, en Belgique⁶⁰, en Espagne⁶¹ etc., est compétent en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois, de la garantie des droits fondamentaux, de la régulation du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, du contentieux des élections présidentielles et législatives ainsi que de la régularité des consultations référendaires. Cependant, aucune disposition dans les constitutions de ces Etats, ne confère expressément un pouvoir d'injonction au juge constitutionnel à l'égard des pouvoirs exécutif et législatif. Dans ce cas, le juge constitutionnel n'ayant qu'un pouvoir d'attribution, c'est-à-dire que n'exerçant normalement que les pouvoirs qui lui sont dévolus, le pouvoir d'injonction apparaît alors étranger à son office.

Quant à la seconde raison justifiant l'extériorité du pouvoir d'injonction à l'office du juge constitutionnel, elle est relative au pouvoir juridictionnel⁶² limité de ce dernier. En effet, le juge constitutionnel est le juge du contentieux objectif⁶³ de constitutionnalité, car

⁵² BADET G., *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, op. cit., 480 p.

⁵³ Art. 99 et 104 de la Constitution.

⁵⁴ Art. 83 et 84 de la Constitution. Elle est également compétente en matière d'élections locales (article 84).

⁵⁵ Art. 234 de la Constitution.

⁵⁶ Art. 126, 127 et 135 de la Constitution.

⁵⁷ Art. 116 à 118 de la Constitution.

⁵⁸ Art. 58 à 61-1 de la Constitution.

⁵⁹ Art. 41 al. 2 et 93 de la Constitution.

⁶⁰ Art. 142 de la Constitution. Mais le contentieux des élections parlementaires est réglé par les deux chambres du Parlement (art. 48).

⁶¹ Art. 61 de la Constitution et art. 49 de la loi organique règlementant le régime électoral général (LOREG) du 25 mai 1983 modifié.

⁶² Le pouvoir juridictionnel est défini comme l'ensemble des juridictions, tant de droit privé que de droit public, ayant « *compétence pour dire le droit par des décisions qui ont force de vérité légale et qui donnent lieu à l'exercice de la puissance de contrainte étatique* ». DE VILLIERS M. et LE DIVELLEC A., *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2013, p. 272.

⁶³ A l'exception notable du Bénin et de l'Allemagne où le citoyen peut saisir directement le juge constitutionnel d'une plainte pour connaître de la violation de ses droits fondamentaux. Ici, au contentieux objectif, s'ajoute le contentieux subjectif dans l'office du juge constitutionnel au Bénin et en Allemagne.

classiquement, la fonction du juge constitutionnel n'est pas de juger des personnes physiques ou morales ou de leur conférer des droits, comme le ferait le juge ordinaire, celui du plein contentieux. Comparativement au juge administratif qui est à la fois juge du contentieux objectif (recours pour excès de pouvoir) et du plein contentieux (recours pour violation de droits subjectifs), la fonction juridictionnelle du juge constitutionnel est généralement limitée au contentieux objectif qui lui permet simplement de déclarer la constitutionnalité ou l'inconstitutionnalité de l'acte normatif déféré devant lui. La décision d'inconstitutionnalité de l'acte normatif se suffit à elle-même, car elle a pour effet de sortir automatiquement l'acte concerné de l'ordonnancement juridique ou de l'empêcher d'y entrer⁶⁴. Dans cette optique, le juge constitutionnel se comporte, selon la théorie de Hans Kelsen, en « *législateur négatif* »⁶⁵, c'est-à-dire qu'il a le pouvoir de défaire la loi, mais pas de la faire.

Ainsi, contrairement au juge ordinaire, le juge constitutionnel n'a pas besoin de prescrire des mesures supplémentaires d'exécution de sa décision telles que les astreintes et les injonctions, car « *l'injonction, attachée à l'imperium du juge, attribut juridictionnel par excellence, serait étrangère au pouvoir du juge constitutionnel, limité à l'annulation de l'acte qui lui est déféré* »⁶⁶. Il apparaît donc que le pouvoir juridictionnel limité du juge constitutionnel ne lui permet pas, en principe, de donner des injonctions, la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi étant une sanction suffisante en soi.

Outre ces deux motifs de l'extériorité du pouvoir d'injonction à l'office du juge constitutionnel qui viennent d'être analysés, deux autres facteurs complètent ces justifications. Il s'agit du principe de la séparation des pouvoirs et de la souveraineté parlementaire.

2) *La lecture orthodoxe du principe de la séparation des pouvoirs*

Esmein Adhémar disait déjà en 1903 que « *le droit de prononcer des injonctions est bien présenté comme distinct de la suppression des écrits calomnieux : on sent qu'il s'agit d'un pouvoir important, dangereux même et, pour son exercice, on fait appel à l'intégrité des juges* »⁶⁷. Il est vrai que le pouvoir d'injonction est un pouvoir puissant dont l'abus par le juge peut remettre en cause les fondements constitutionnels de l'Etat de droit, plus précisément les principes de la primauté du droit⁶⁸, de l'équilibre des pouvoirs et de la séparation des

⁶⁴ PERRIN A., *L'injonction en droit public français*, op. cit., p. 559.

⁶⁵ KELSEN H., « Garantie juridictionnelle de la constitution », op. cit., p. 226.

⁶⁶ CHARITE M., « Etrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », op. cit., p. 2254.

⁶⁷ ESMEIN A., « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD Civ.*, 1903, p. 52.

⁶⁸ LUSSIER S., « La primauté du droit, l'égalité devant la loi et autres "principes non écrits de notre constitution" », *McGill Law Journal*, vol. 58, n°4, juin 2013, pp. 1027-1058.

pouvoirs⁶⁹. La question fondamentale qui se pose est de savoir si le juge constitutionnel peut donner des injonctions au parlement et au gouvernement sans remettre en cause le principe de la séparation des pouvoirs et sans s'arroger le rôle du législatif ou de l'exécutif.

Il est impossible d'évoquer la possibilité du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel sans penser au principe de la séparation des pouvoirs et à la souveraineté parlementaire, car le parlement et le gouvernement ne sont pas n'importe quels justiciables. Il s'agit d'institutions de premier plan, jouissant de prérogatives constitutionnelles. Reconnaître le pouvoir d'injonction au juge constitutionnel, c'est lui reconnaître le pouvoir de prescrire un comportement ou une action déterminée aux pouvoirs exécutif et législatif dans le cadre de l'exercice de leurs compétences respectives. Or, le principe de la séparation des pouvoirs et celui de la souveraineté parlementaire sont, au sens strict, antinomiques au pouvoir d'injonction du juge constitutionnel. Pour mieux saisir le sens de cette antinomie, il convient d'analyser successivement ces deux principes en relation avec le pouvoir d'injonction.

Le principe de la séparation des pouvoirs veut que les trois pouvoirs principaux au sein de l'Etat, à savoir les pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, soient séparés, qu'ils ne soient pas cumulés et exercés par une même autorité afin d'éviter l'arbitraire. Ce principe implique qu'aucun des trois pouvoirs ne doit s'ingérer dans les attributions constitutionnelles des deux autres ou s'arroger leurs compétences⁷⁰. C'est pourquoi, les constitutions déterminent systématiquement les domaines de la loi par opposition à ceux du règlement, séparant ainsi les domaines de compétences du parlement de ceux du gouvernement⁷¹. Or, le propre de l'injonction est de prescrire des mesures ou actions rectificatives contraignantes que le destinataire a l'obligation d'exécuter en corrigeant son comportement jugé illégal ou inconstitutionnel. Ainsi, reconnaître au juge constitutionnel le pouvoir de donner des injonctions aux pouvoirs exécutif et législatif, apparaît comme lui donner le droit de s'immiscer dans leur fonctionnement, dans leurs attributions. Il reviendrait alors au juge constitutionnel de dire comment le législateur doit produire la loi et suivant quels critères qualitatifs, ou encore comment le pouvoir exécutif doit comprendre la loi et l'appliquer. Dans cette optique, le juge constitutionnel court le risque d'apparaître comme « *un juge législateur* » ou « *un juge administrateur* », concentrant l'essentiel des trois pouvoirs de

⁶⁹ L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, dispose à cet effet que : « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* ».

⁷⁰ MONTESQUIEU Ch., *De l'esprit des lois*, op. cit., p. 293.

⁷¹ Voir l'art. 98 de la Constitution béninoise qui détermine les domaines de la loi. Cf. aussi les art. 34 de la Constitution française, 101 de la Constitution ivoirienne, 95 de la Constitution malgache, 67 de la Constitution sénégalaise, 72 à 74 de la Constitution allemande.

l'Etat, remettant ainsi en cause le principe de séparation des pouvoirs. Ce serait alors la porte ouverte à l'instauration d'un gouvernement des juges⁷². Au regard de cette analyse, il apparaît que la reconnaissance d'un pouvoir d'injonction au juge constitutionnel serait *a priori* antinomique au principe de séparation des pouvoirs. On comprend donc que cela constitue l'une des raisons principales de la non consécration du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel dans les constitutions.

La seconde raison n'en est pas moins importante. Il s'agit de la souveraineté parlementaire qui, dans son sens classique, s'oppose à toute immixtion du juge dans les activités du législateur qui jouissait d'une souveraineté absolue au point où le pouvoir judiciaire était carrément inféodé au pouvoir législatif⁷³. Parlant du parlement en France, Eugène Pierre disait en 1924 que « *la chambre est souveraine, d'une souveraineté absolue et sans réserves* »⁷⁴. Ainsi, la loi, produit de l'activité législative du parlement, était considérée sans nuance comme « *l'expression de la volonté générale* »⁷⁵ et jouissait de ce fait, d'une « *sacralité* » consensuelle constitutionnalisée. Ce « *dogme* » constitutionnel a conduit à une sanctuarisation de la loi, rendant l'activité législative imperméable à toute incursion du juge⁷⁶ et du pouvoir exécutif⁷⁷ au point où le simple contrôle de constitutionnalité de la loi n'était pas possible⁷⁸, encore moins la prescription de mesures injonctives à l'égard du parlement.

⁷² Selon le *Lexique des termes juridiques*, cette expression créée par Edouard LAMBERT, « *dérive du contrôle de constitutionnalité par laquelle les juges, par une interprétation tendancieuse de la Constitution, parviennent à mettre en échec les institutions démocratiquement légitimes, titulaires du pouvoir législatif* ». GUINCHARD S. et DEBARD Th., *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 517.

⁷³ A ce propos, l'art. 19 du Chapitre V de la Constitution française du 3 septembre 1791 dispose que : « *Il y aura pour tout le royaume un seul tribunal de cassation, établi auprès du Corps législatif* ». L'article 21 ajoute que : « *Lorsqu'après deux cassations le jugement du troisième tribunal sera attaqué par les mêmes moyens que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation sans avoir été soumise au Corps législatif, qui portera un décret déclaratoire de la loi, auquel le tribunal de cassation sera tenu de se conformer* ». Cf. également l'art. 256 de la Constitution du 22 août 1795.

⁷⁴ PIERRE E., *Traité de droit politique, électoral et parlementaire*, 5^{ème} ed., 1924 (reéd. 1989), no 363, cité par GICQUEL J., « *Le contentieux des élections parlementaires en droit comparé* », *Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 41, 2013, pp. 192-193.

⁷⁵ Par exemple, l'art. 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, dispose que : « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation* ». L'art. 26 de la Constitution du 24 juin 1793 (instituant un régime d'assemblée, mais jamais appliquée), précise que : « *Aucune portion du peuple ne peut exercer la puissance du peuple entier ; mais chaque section du souverain assemblée doit jouir du droit d'exprimer sa volonté avec une entière liberté* ».

⁷⁶ Par exemple, l'art. 3 du Chapitre V de la Constitution française du 3 septembre 1791 dispose que : « *Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Cf. également l'art. 203 de la Constitution française du 22 août 1795.

⁷⁷ Par exemple, l'art. 3 du Chapitre IV de la Constitution du 3 septembre 1791 dispose que les administrateurs « *ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois (...)* ».

⁷⁸ Les Constitutions de 1791, 1793 et 1795 n'avaient pas prévu un Conseil constitutionnel chargé du contrôle de constitutionnalité des lois. Quant aux trois lois constitutionnelles de 1875 organisant la III^{ème} République, elles ont passé sous silence la garantie des droits fondamentaux rendant sans grand intérêt pour les citoyens la possibilité d'un contrôle de constitutionnalité. Cf. RIVERO J., « *La fin d'un absolutisme* », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p. 7.

Même la Constitution française du 27 octobre 1946, ayant instauré la IV^{ème} République, n'avait prévu de Conseil constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité des lois contrairement aux Etats-Unis à la même époque⁷⁹. La loi apparaissait alors comme ointe d'une certaine sainteté, émanation d'une immaculée conception, dépourvue du péché originel⁸⁰. Cette immunité de la loi a induit un légicentrisme qui ne permettait pas au juge constitutionnel, quand il existe, de donner des injonctions au pouvoir législatif.

La manifestation de l'extériorité du pouvoir d'injonction à l'office du juge constitutionnel transparait également dans sa jurisprudence.

B- Les manifestations de l'extériorité

L'analyse qui précède a montré que dans la Constitution béninoise et dans celles de nombreux Etats, le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel n'est pas formellement consacré. L'absence du pouvoir d'injonction dans les textes constitutionnels a conduit le juge constitutionnel, dans une interprétation littérale, à affirmer à maintes reprises son incompetence à donner des injonctions aussi bien au législateur (1) qu'au pouvoir exécutif (2).

1) Une incompetence affirmée par le juge à l'égard du pouvoir législatif

Le pouvoir d'injonction étant introuvable dans les textes constitutionnels précédemment mentionnés, il apparaît alors comme une arlésienne. Une interprétation littérale de ces constitutions permet de dire que le juge constitutionnel n'a pas compétence pour donner des injonctions. A cet effet, le juge constitutionnel en Afrique et en France, a eu l'occasion d'affirmer son incompetence à donner des injonctions au pouvoir législatif.

Au Bénin, la Cour constitutionnelle a commencé à affirmer son incompetence à donner des injonctions au Parlement dès la fin des années 1990⁸¹ et au début des années

⁷⁹ Aux Etats-Unis, sous l'empire de sa Constitution datant du 17 septembre 1787, la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux est assurée aussi bien par les juridictions ordinaires que par la Cour suprême. Cette dernière joue le rôle de juridiction de dernier recours à qui il revient d'harmoniser les différentes décisions des tribunaux inférieurs. Elle peut donc censurer une loi jugée inconstitutionnelle. Voir notamment *l'arrêt Marbury v. Madison* 24 février 1803. Cf. FAVOREU Louis, GAÏA Patrick et autres, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2009, p. 157 ; RIVERO J., « La fin d'un absolutisme », *op. cit.*, p. 7.

⁸⁰ Jean RIVERO disait justement à ce propos que « *la Loi est l'expression de la volonté générale. Comme tous les citoyens participent à son élaboration, et que nul ne peut vouloir s'opprimer lui-même, elle ne peut, par nature, être oppressive* ». RIVERO J., « La fin d'un absolutisme », *ibid.*, p. 6.

⁸¹ DCC 99-037 du 28 juillet 1999 (refus d'imposer le principe de la « configuration politique » pour la désignation des membres du bureau de l'Assemblée nationale).

2000⁸². Même en 2018, elle a réaffirmé cette incompétence relativement à certaines prérogatives du législateur. En effet, dans sa décision DCC 18-142 rendue le 28 juin 2018, les requérants indiquent que l’alinéa 3 de l’article 2 nouveau de la loi organique n°2008-02 adoptée par l’Assemblée nationale le 04 janvier 2018, modifiant et complétant la loi organique n°94-027 du 18 mars 1999 relative au Conseil supérieur de la magistrature, en disposant seulement que les personnalités extérieures à la magistrature et leurs suppléants sont nommés sur une liste de sept (07) titulaires et sept (07) suppléants désignés par le bureau de l’Assemblée nationale, mais en ne précisant pas que les personnalités susceptibles d’être désignées doivent l’être à parité sur la base de propositions émanant de la minorité et de la majorité parlementaires, n’est pas conforme à la décision DCC 18 – 005 rendue par la Cour le 23 janvier 2018⁸³. En réponse à la requête, la Cour, après avoir qualifié le critère minorité/majorité d’« *essentiellement politique (...) ne devant s’inférer de la fixation de la composition d’un organe technique d’appui au renforcement du pouvoir judiciaire* », a déclaré la loi conforme à la Constitution. La Cour fonde cette décision sur le « *principe à valeur constitutionnelle de non immixtion par un organe institué par la Constitution dans les prérogatives non dérogeables d’un autre organe également institué par la même Constitution* ». Ainsi, contrairement à sa décision du 23 janvier 2018, la Cour se refuse à donner des injonctions au Parlement pour la prise en compte du critère « minorité et majorité » et précise d’ailleurs que la présente décision se substitue à l’ancienne.

La Cour a confirmé cette position dans sa décision DCC 18-156 du 31 juillet 2018. Dans cette affaire, les requérants reprochaient au Parlement d’avoir modifié les articles 1108 et 1165 du Code général des impôts à travers le vote de la loi n°2017-40 du 29 décembre 2017 portant loi de finances pour la gestion 2018, aux fins de la suppression de la caution bancaire à fournir par le contribuable mis en cause dans un contentieux fiscal à l’effet d’obtenir le sursis au paiement de sa dette, et donc de l’avoir remplacé par le versement de la somme correspondante dans un compte spécial du trésor y dédié. Ils estiment que cela porte atteinte au droit du contribuable à un recours effectif à la justice. En réponse, la Cour a affirmé qu’il résulte de la demande et des moyens à son soutien que les requérants contestent plutôt l’opportunité et la pertinence de la modification introduite par le législateur dans les

⁸² DCC 01-013 du 29 janvier 2001 (refus d’imposer le principe de la « configuration politique » pour la désignation des membres de la Haute Cour de Justice) ; DCC 08-065 du 26 mai 2008 (refus d’imposer le principe de la « configuration politique » pour la désignation des membres de la Cour constitutionnelle).

⁸³ Dans cette décision, la Cour constitutionnelle avait précisé que : « *le législateur, dans le souci de l’indépendance du pouvoir judiciaire, doit prévoir un certain équilibre de la composition du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) ; qu’ainsi, il importe de préciser que les personnalités extérieures susceptibles d’être désignées par le Bureau de l’Assemblée nationale doivent l’être à parité sur la base de propositions émanant de la minorité et de la majorité parlementaires* ».

dispositions des articles précités, sollicitant ainsi la vérification de la conformité à la Constitution des dispositions incriminées. La Cour en déduit que « *si, aux termes des articles 3 alinéa 3, 114, 117 et 121 de la Constitution, la Cour est compétente [...] à contrôler la conformité à la Constitution des lois votées par l'Assemblée nationale ou promulguées par le Président de la République, ce contrôle ne saurait s'étendre à l'examen de l'opportunité de l'exercice par ladite Assemblée de ses prérogatives, en vertu du principe à valeur constitutionnelle de non immixtion par une institution prévue par la Constitution dans les prérogatives d'une autre institution également prévue par la Constitution* ». Elle en conclut que la Cour n'est pas compétente pour exercer un contrôle d'opportunité et de pertinence de l'exercice par les députés de leur droit d'amendement. Ici aussi, la Cour s'autolimité faisant une lecture littérale des articles 3, 114, 117 et 121 de la Constitution. Le « *principe à valeur constitutionnelle de non immixtion* » sur lequel elle fonde son autolimitation, n'est rien d'autre que le principe de la séparation des pouvoirs qui préside classiquement, dans toute constitution démocratique, à la délimitation et à l'exercice des compétences des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire. La Cour est allée dans le même sens dans sa décision DCC 18-197 du 02 octobre 2018, même si elle a nuancé sa position en rétrécissant le champ d'application de cette autolimitation⁸⁴.

En France, la tendance jurisprudentielle est la même. En effet, dans sa décision *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, rendue le 15 janvier 1975, le Conseil constitutionnel y précise les limites de ses pouvoirs constitutionnels par rapport au législateur en affirmant que « *l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déférées à son examen* »⁸⁵. Ainsi, dans une interprétation littérale de l'article 61⁸⁶ de la Constitution, le Conseil reconnaît que ses compétences sont limitées, et consistent *seulement* à contrôler la constitutionnalité des lois et non à donner des injonctions au parlement.

⁸⁴ La Cour a affirmé que : « *hors l'exercice de son pouvoir de régulation, et en vertu du principe à valeur constitutionnelle de non immixtion [...], la Cour ne saurait exercer un pouvoir d'injonction à l'égard de l'Assemblée nationale relativement à sa fonction législative ; qu'en la matière, la compétence de la Cour se limite au contrôle de conformité de la loi à la Constitution (...) qu'en conséquence, il échet de se déclarer incompétente* ».

⁸⁵ Conseil Constitutionnel, Décision n° 74-54 DC, du 15 janvier 1975, (Loi sur l'interruption volontaire de la grossesse) premier considérant.

⁸⁶ L'art. 61 dispose que : « *les lois organiques, avant leur promulgation, les propositions de loi mentionnées à l'article 11 avant qu'elles ne soient soumises au référendum, et les règlements des assemblées parlementaires, avant leur mise en application, doivent être soumis au Conseil constitutionnel qui se prononce sur leur conformité à la Constitution. Aux mêmes fins, les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation (...)* ».

Dans une autre décision en date 27 juillet 2000, le Conseil Constitutionnel a précisé davantage sa position en indiquant qu'il ne dispose pas d'un « *pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que le Parlement ; qu'il ne saurait rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé* »⁸⁷. Ainsi, le juge constitutionnel ne peut se substituer au législateur pour apprécier les tenants et aboutissants de la loi et voir si un meilleur objectif aurait pu être assigné à celle-ci, alors même que la loi n'est pas contraire à la constitution.

Quelques années plus tard, le Conseil constitutionnel va plus loin et refuse clairement de donner des injonctions au Parlement. Dans sa décision n° 2003-483 du 14 août 2003 relative à la loi portant réforme des retraites dont l'article 32 accordait un avantage social aux femmes ayant élevé un enfant, le Conseil, face à la demande des requérants de déclarer l'article 32 contraire à la Constitution et de faire injonction au Parlement pour adopter une mesure analogue en faveur des hommes, a écarté le moyen tiré de la méconnaissance du principe d'égalité entre homme et femme⁸⁸ et a affirmé que « *le Conseil constitutionnel ne saurait, sans outrepasser les limites des pouvoirs que lui a confiés la Constitution, adresser une telle injonction au législateur ; qu'au demeurant, la mesure demandée ne ferait, en l'état, qu'accroître encore les différences significatives déjà constatées entre les femmes et les hommes au regard du droit à pension* »⁸⁹. La décision est sans ambiguïté. Concernant les lois de révision constitutionnelle, les juges constitutionnels français⁹⁰ et sénégalais⁹¹ sont catégoriques sur le refus de contrôler la constitutionnalité de telles lois afin de ne pas s'immiscer dans les prérogatives du parlement. Tel est également le cas du juge nigérien relativement au règlement intérieur du Parlement⁹².

⁸⁷ Conseil Constitutionnel, décision n°2000-433 DC du 27 juillet 2000 (*Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*), considérant 41.

⁸⁸ Conseil Constitutionnel, décision n° 2003-483 du 14 août 2003, considérants 31 à 33. Le Conseil précise à cet effet que : « *Considérant que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Cf. considérant 23.

⁸⁹ Conseil Constitutionnel, décision n° 2003-483 du 14 août 2003, considérant 26.

⁹⁰ Cf. décision CC-469 DC du 26 mars 2003 dans laquelle le juge affirme qu'il « *ne tient ni de l'article 89, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle* ».

⁹¹ Cf. les décisions n°44/98 du 09 octobre 1998 ; n° 92/2005 du 18 janvier 2006. FALL I. M., *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, Credila, 2008, pp. 261-262 et 491-493.

⁹² Décision n°13/CC/MC du 9 septembre 2014 (la Cour se déclare incompétente pour « *combler ou corriger les lacunes ou les insuffisances du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale* »).

Le refus du juge constitutionnel de donner des injonctions au pouvoir législatif est, selon la doctrine, guidé par le principe selon lequel le juge ne peut faire acte de législateur⁹³. A cet effet, certains auteurs précisent que même si l'entrée en vigueur de la Constitution du 04 octobre 1958 a mis fin à la souveraineté parlementaire avec la soumission désormais de la loi au contrôle de constitutionnalité, cette dernière demeure dans une certaine mesure souveraine et fondamentale⁹⁴.

Le juge constitutionnel, dans l'exercice de son office, garde également une certaine retenue à l'égard du pouvoir exécutif.

2) Une incompétence affirmée par le juge à l'égard du pouvoir exécutif

En matière d'injonction, le juge constitutionnel béninois a, à maintes reprises, affirmé son incompétence à donner des injonctions au Gouvernement. Il a pris cette orientation dans l'affaire *Capitaine Pascal Tawès*⁹⁵ du 11 mai 1994. Dans cette affaire, le requérant a saisi la Cour constitutionnelle, arguant de la violation de ses droits de citoyen libre. Il a demandé à la Cour d'interpeller le Président de la République en application de l'article 71 alinéa 1^{er} de la Constitution⁹⁶. En réponse à cette requête, la Cour précise qu'elle « *a des compétences d'attribution parmi lesquelles ne figure pas l'interpellation du Président de la République* ». Ainsi, la Cour s'interdit d'adresser une interpellation injonctive au pouvoir exécutif.

Le juge constitutionnel a été encore plus précis dans l'affaire *Tchiakpè Ernestine*⁹⁷ du 18 mai 2004 dans laquelle la requérante allègue la violation des droits constitutionnels de la défense et d'égalité devant la loi dont elle serait victime du fait du refus de tous les huissiers de justice d'instrumenter contre leur consœur, Maître Monique Kotchofa. Elle demande alors à la Cour constitutionnelle d'inviter le Gouvernement à faire lever les obstacles aux poursuites de Maître Monique Kotchofa devant les tribunaux. En réponse à cette requête, la Cour a affirmé que « *les articles 114 et 117 de la Constitution qui fixent les attributions de la Cour ne lui donnent compétence ni pour donner des injonctions au Gouvernement ni pour faire des*

⁹³ LAVEISSIERE C., *L'annulation partielle. Réflexions sur les pouvoirs du juge administratif*, Mémoire DEA, Bordeaux IV, 2000, p. 6 ; CHARITE M., « Etrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *op. cit.*, p. 2254.

⁹⁴ BECHILLON (De) D., *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Economica, 1996, p. 59, CHARITE M., « Etrangère au pouvoir du juge constitutionnel, l'injonction, pourquoi le serait-elle ? », *op. cit.*, p. 2254.

⁹⁵ DCC 12-94 du 11 mai 1994.

⁹⁶ L'art. 71 alinéa 1^{er} dispose que : « *Le Président de la République ou tout membre de son Gouvernement peut, dans l'exercice de ses fonctions gouvernementales, être interpellé par l'Assemblée Nationale* ».

⁹⁷ DCC 04-047 du 18 mai 2004. Cf. également les décisions DCC 03-003 du 18 février 2003 ; DCC 03-052 du 14 mars 2003 (la Cour se déclare incompétente pour donner des injonctions au Gouvernement aux fins d'interdire la « tenue de vérité » au concours de Miss Bénin).

rappels à l'ordre ; qu'il échet, dès lors, pour la Haute Juridiction de se déclarer incompétente de ce chef». En adoptant une telle position, la Cour a fait une interprétation littérale des articles 114 et 117 de la Constitution béninoise. Il est vrai que ces deux dispositions ne confèrent pas expressément le pouvoir d'injonction au juge constitutionnel à l'égard du Gouvernement.

Dans une autre décision où le requérant demande à la Cour d'exiger du Gouvernement des dotations budgétaires conformes à celles de la Présidence et la mise à la disposition des institutions d'un tableau prévisionnel de transfert des crédits, la Cour précise que « *considérant qu'en vertu du principe à valeur constitutionnelle de non-immixtion [...] la Cour ne peut exercer un pouvoir d'injonction au Gouvernement relativement aux modalités de dotations budgétaires ; qu'il s'agit d'une prérogative exclusive de l'exécutif ; qu'il s'en déduit que la demande du requérant ne relève pas du champ de compétence de la Cour tel que défini par les articles 114 et 117 de la Constitution* »⁹⁸. Ainsi, sur le fondement des articles 114 et 117, la Cour s'autolimité au nom du principe à valeur constitutionnelle de non immixtion dans les prérogatives d'un organe institué. Cette prudence du juge constitutionnel à l'égard du pouvoir exécutif, est également observée dans la plupart des Etats africains⁹⁹. Ce faisant, il veut certainement éviter de s'arroger les compétences de l'autorité administrative afin de ne pas apparaître comme un « *juge-administrateur* ».

Toutefois, une lecture approfondie de la jurisprudence de la Cour permet de constater que le juge constitutionnel n'a pas mis longtemps à évoluer sur la question et, à défaut de trouver le fondement juridique de son pouvoir d'injonction dans le texte de la Constitution, il a fini par le trouver dans l'esprit de la Constitution en s'appropriant progressivement un pouvoir d'injonction prétorien.

II- UN POURVOIR PROGRESSIVEMENT INTÉGRÉ A L'OFFICE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Si le temps de la reconquête par le juge de ses pouvoirs de commandement¹⁰⁰ s'est effectivement accompli assez tôt à travers la libération légale et prétorienne des pouvoirs

⁹⁸ DCC 18-204 du 11 octobre 2018.

⁹⁹ SINDJOUN L., *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, Belgique, Bruylant, 2009, 598 p.

¹⁰⁰ GAUDEMET Y., « Réflexions sur l'injonction dans le contentieux administratif », *Mélanges Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 805.

d'injonction du juge administratif¹⁰¹, l'appropriation de tels pouvoirs par le juge constitutionnel s'est fait progressivement au Bénin et ailleurs. Malgré l'absence d'un tel pouvoir dans les textes constitutionnels, le juge constitutionnel s'est progressivement approprié un pouvoir d'injonction prétorien (A). L'exercice de ce pouvoir, malgré les craintes légitimes qu'il suscite, permet au juge constitutionnel de contribuer à l'enracinement de l'Etat de droit (B).

A- L'affirmation de l'injonction prétorienne

La constitution n'est pas une tente dressée pour le sommeil, disait Royer-Collard¹⁰². Elle est une entité dynamique, adaptable à l'évolution du temps. Si le pouvoir d'injonction est extérieur à l'office du juge constitutionnel, cette extériorité ne constitue pas un obstacle dirimant à l'exercice d'un tel pouvoir¹⁰³. C'est pourquoi, après avoir refusé de donner des injonctions aux pouvoirs exécutif et législatif, le juge constitutionnel a fini par franchir le Rubicon dans sa jurisprudence en donnant des injonctions aussi bien au législateur (1) qu'au gouvernement (2).

1) Des injonctions en vue de l'encadrement de l'activité du législatif

Le juge constitutionnel s'est longtemps contenté d'annuler l'acte normatif en déclarant son inconstitutionnalité. Dans le cadre de ce contentieux objectif qui est celui de « *l'excès de pouvoir législatif* »¹⁰⁴, l'annulation de l'acte normatif se suffisait à elle-même comme sanction de l'activité législative. Le juge constitutionnel n'avait pas besoin, contrairement aux juges administratif et judiciaire, de mesures d'exécution complémentaires. Toutefois, progressivement, avec « *le phénomène de judiciarisation du droit constitutionnel qui est inséparable de l'essor fulgurant du juge constitutionnel* »¹⁰⁵, il ne peut plus se contenter systématiquement de l'annulation de la loi, sans se soucier des conséquences qui peuvent en découler¹⁰⁶, surtout dans le cadre de son rôle de régulateur du fonctionnement des institutions.

¹⁰¹ SAUVE J. M., « L'injonction. La loi du 08 février 1995 après 20 ans de pratique », Intervention du 5 septembre 2014 dans le cadre de la Conférence nationale des présidents des juridictions administratives qui s'est tenue à Montpellier, discours disponible en ligne : <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/l-injonction-la-loi-du-8-fevrier-1995-apres-vingt-ans-de-pratique>, consulté le 20 août 2020.

¹⁰² Cité par Jean WALINE, « les révisions de la Constitution de 1958 », in *Droits et politique à la croisée des cultures*, Mélanges Philippe Ardant, Paris, LGDJ, 1999, p. 235.

¹⁰³ PERRIN Alix, *L'injonction en droit public français*, op. cit. p. 51.

¹⁰⁴ VEDEL G., « L'excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif (I) », *Cahier du Conseil constitutionnel*, n° 1, 1996, pp. 57-63.

¹⁰⁵ AÏVO F. J., « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », op. cit., pp. 145-146.

¹⁰⁶ RIVERO J., « Le Huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, chronique 39, p. 7.

L'analyse de la jurisprudence du juge constitutionnel en Afrique et ailleurs, montre qu'il a dévié de sa trajectoire initiale d'interprétation littérale de ses compétences constitutionnelles et, progressivement, s'est approprié un pouvoir d'injonction prétorien.

Au Bénin, le revirement jurisprudentiel est impressionnant, car le juge constitutionnel a pris une série de décisions pour donner des injonctions au législateur en lui dictant les mesures à prendre, les modalités à suivre, le comportement à adopter et le but à atteindre. En effet, alors que dans ses décisions antérieures, le juge constitutionnel, au nom du principe à valeur constitutionnelle de non-immixtion, s'est déclaré incompétent pour donner des injonctions au législateur et a donc refusé de lui imposer le respect de la « *configuration politique* » du Parlement pour la désignation non seulement des membres du bureau de l'Assemblée nationale¹⁰⁷, mais aussi ceux de la Haute Cour de justice¹⁰⁸ et ceux de la Cour constitutionnelle¹⁰⁹, il a opéré un revirement jurisprudentiel dans sa décision DCC 09-002 du 08 janvier 2009. Il faut préciser qu'en vertu de l'article 135 de la Constitution, le Parlement a le droit de désigner six députés pour siéger au sein de la Haute Cour de Justice. Lors de cette désignation en décembre 2008, les six députés choisis appartiennent à quatre groupes parlementaires sur les sept présents¹¹⁰. Saisie aux fins de constater l'inconstitutionnalité de cette désignation, la Cour a affirmé que « *s'il est vrai que ni la Constitution, ni la loi organique sur la Haute Cour de Justice (...) n'ont expressément prévu une procédure spécifique pour cette élection, 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 la base de la représentation proportionnelle majorité/minorité, principe à valeur constitutionnelle[...]* Ce droit se traduit au sein de l'Assemblée nationale par le respect de sa *configuration politique* » et « *implique la répartition proportionnelle dans la désignation des députés appelés à représenter l'Assemblée nationale en tant que Corps, à animer ses organes de gestion ou à siéger au sein d'autres institutions de l'Etat* ». Elle conclut que la désignation des 6 députés doit être effective le 15 février 2009 au plus tard¹¹¹. Ainsi, dans cette décision saluée par certains¹¹² et critiquée par d'autres¹¹³, la Cour a opéré ce revirement jurisprudentiel

¹⁰⁷ DCC 99-037 du 28 juillet 1999.

¹⁰⁸ DCC 01-013 du 29 janvier 2001.

¹⁰⁹ DCC 08-065 du 26 mai 2008.

¹¹⁰ Cf. BADET G., *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, op. cit., p. 289.

¹¹¹ Décision DCC 09-002 du 08 janvier 2009.

¹¹² KPODAR A, « La décision de la Cour constitutionnelle du Bénin DCC 09-002 du 9 janvier 2009 : une bonne année à la démocratie pluraliste », disponible sur : <http://la-constitution-en-afrique.over-blog.com/article-28611580.html>, consulté le 26 novembre 2020.

¹¹³ Pour Stéphane BOLLE, la Cour ne devait pas étendre sa nouvelle règle aux modalités de désignation des députés devant siéger dans le bureau de l'Assemblée nationale, car celles-ci sont déjà clairement prévues par le Règlement intérieur du Parlement (art. 15), contrairement à celles de la désignation des députés devant siéger au

en se départissant de l'interprétation littérale des dispositions de la Constitution et en optant cette fois-ci pour une interprétation téléologique, au nom « *des exigences de la démocratie pluraliste* »¹¹⁴.

Cette décision a connu plusieurs rebondissements. En effet, elle a été transmise par le Parlement à la Commission des lois aux fins de proposer à la plénière la conduite à tenir. Celle-ci a proposé une répartition égale entre la majorité et la minorité parlementaires. Cependant, à la plénière, les députés hostiles à la décision de la Cour n'ont pas suivi les recommandations de la Commission et ont, par le biais du Président de l'Assemblée, saisi la Cour constitutionnelle lui demandant de clarifier « *le principe à valeur constitutionnelle de la représentation majorité/minorité* ». En réponse, la Cour a estimé que les propositions de la Commission des lois étaient pertinentes et qu'il suffisait au Parlement de les mettre en œuvre ; mais qu'en choisissant de les ignorer, il a délibérément décidé de ne pas se conformer à la décision du 8 janvier 2009 en violation de l'article 124 de la Constitution ; et que de son fait, la Haute Cour de Justice, institution constitutionnelle, n'est pas installée depuis avril 2007. La Cour conclut qu'« *il échet en conséquence pour la Cour Constitutionnelle de demeurer saisie de tous les aspects du dossier (...) jusqu'à ce que la Haute Juridiction devienne opérationnelle ; (...) à cette fin, le Président de l'Assemblée nationale devra transmettre systématiquement à la Cour les comptes rendus de toutes les séances consacrées à cette question* »¹¹⁵. Malgré cette décision drastique, lors du vote de la désignation des six députés, les parlementaires de la majorité sont sortis mécontents de la plénière laissant ceux de la minorité poursuivre les travaux et pourvoir aux trois postes qui leur reviennent. C'est sur ces faits que porte le rapport transmis à la Cour par le Parlement. Cette fois-ci, la réponse de la Cour est menaçante. Elle décide « *d'impartir un délai jusqu'au mercredi 06 mai 2009 (...); que la défaillance de la majorité parlementaire à l'expiration de ce délai emporte renoncement par elle à sa prérogative ; que l'Assemblée nationale devra se réunir au plus tard le mercredi 20 mai 2009 et, quelle que soit la tendance présente, pour pourvoir aux trois (03) postes restants* »¹¹⁶. Face à la « *virilité* » d'une telle décision, les députés de la majorité parlementaire se sont finalement soumis en désignant des trois députés restants. Au regard de ce « *mitrillage* » jurisprudentiel, on constate que la Cour constitutionnelle est passée d'une

sein de la Haute Cour de Justice. Selon lui, la Cour doit appliquer les règles là où elles existent et en créer là où elles sont muettes ou ambiguës. BOLLE S. « *Décision DCC 09-002 du 08 janvier 2009 : le bon grain et l'ivraie (suite et fin)* », disponible sur <http://la-constitution-en-afrique.over-blog.com/article.html>, consulté le 26 novembre 2020.

¹¹⁴ Décision DCC 09-002 du 08 janvier 2009.

¹¹⁵ Décision DCC 09-015 du 19 février 2009.

¹¹⁶ DCC 09-057 du 21 avril 2009.

attitude de réserve à une attitude offensive à l'égard du législateur afin d'éviter le blocage du fonctionnement des institutions.

La Cour a eu aussi à rendre d'autres décisions dans lesquelles elle a donné des injonctions au Parlement relativement à la désignation des membres de la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA)¹¹⁷, du Conseil supérieur de la magistrature (CSM)¹¹⁸, du bureau de l'Assemblée nationale¹¹⁹. Il est même arrivé à la Cour d'indiquer aux députés les modalités de vote de la loi des finances¹²⁰ ou mieux, de procéder à la réécriture de deux lois¹²¹ votées par le Parlement. Ainsi, les domaines d'injonction de la Cour constitutionnelle béninoise sont divers et traduisent son emprise croissante sur les activités du législateur.

Dans d'autres Etats africains, on note également la volonté du juge constitutionnel d'encadrer les activités du parlement afin d'éviter des excès. On peut citer les cas des juges constitutionnels sénégalais¹²², malgache¹²³, gabonais¹²⁴, ivoirien¹²⁵ et malien¹²⁶. En Europe, les cas des juges constitutionnels français¹²⁷, allemand¹²⁸ et belge¹²⁹ sont aussi illustratifs.

¹¹⁷ DCC 00-078 du 07 décembre 2000 ; DCC 01-011 du 12 janvier 2001 ; DCC 01-12 du 22 janvier 2001 ; DCC 05-124 du 7 octobre 2005.

¹¹⁸ Dans la décision DCC 18-005 du 23 janvier 2018, la Cour impose au Parlement le respect de critère majorité et minorité parlementaires dans la désignation des membres du CSM. Mais la Cour est revenue sur sa position en qualifiant le principe de « politique » dans sa décision DCC 18-142 du 28 juin 2018.

¹¹⁹ DCC 03-077 du 07 mai 2003 ; DCC 03-078 du 12 mai 2003.

¹²⁰ Loi de finances portant budget général de l'Etat, exercice 2014, pour le vote de laquelle la Cour a imposé un vote public conformément à l'art. 56 du Règlement intérieur du Parlement. Cf. DCC 13-171 du 30 décembre 2013.

¹²¹ DCC 00-078 du 07 décembre 2000. Il s'agit de la loi n° 2000-18 portant règles générales pour les élections en République du Bénin et la loi n°2000-19 définissant les règles particulières pour l'élection du Président de la République.

¹²² Décision n° 1/C/2016 du 12 février 2016 sur le projet de loi de révision de la Constitution dans laquelle le juge a affirmé « (...) pour éviter une personnalisation incompatible avec le caractère général et impersonnel de la règle de droit, l'exposé des motifs ne doit pas comporter de références répétées aux réalisations du président de la République en fonction (...) ». Il s'agissait de 2 de l'article 27 de la loi.

¹²³ Décision n° 22-HCC/D3 du 1^{er} avril 2015 relative à la loi n°2015-011 portant statut particulier de la Commune urbaine d'Antananarivo. Le juge constitutionnel y a donné des injonctions en vue de la réécriture de la loi en cause.

¹²⁴ Décision n° 3/CC du 27 février 2004.

¹²⁵ Cf. Décisions n°CI-17-2001 du 22 mars 2002 ; n°CI-2014-136/06-01/CC/SG du 06 janvier 2014 (le juge déclare la loi conforme à la Constitution sous réserve de la modification et de la suppression de certaines dispositions).

¹²⁶ Décision n°97058 du 17 septembre 1997 dans laquelle la Cour déclare la loi n°97001/AN-RM 2^e législature » non conforme à la Constitution et exige que le titre de la loi soit reformulé comme suit : « Règlement intérieur de l'Assemblée nationale » ; décision n°06-173 du 15 septembre 2006 (la Cour impose son interprétation des articles 11 et 12 du règlement intérieur du Parlement en interdisant le mandat impératif), cf. SINDJOUN L., *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., pp.126-132.

¹²⁷ Cf. la décision n°79-110 DC, *Loi de finances pour 1980*, du 24 décembre 1979 dans laquelle le Conseil constitutionnel a annulé le vote (positif) des députés sur le budget pour vice de procédure, comme c'est récemment le cas dans la décision DCC 13-171 du 30 décembre 2013 du juge constitutionnel béninois (annulation d'un vote négatif). Cf. aussi les décisions n°431 DC du 6 juillet 2000 (cons. 11) et n°468 DC du 3 avril 2003 (cons. 26-28).

¹²⁸ Décisions BVerfGE, 1 du 23 octobre 1951 ; BVerfG du 18 novembre 2003.

¹²⁹ Cour d'arbitrage, arrêts n°73/2003 du 26 mai 2003 ; n°11/2005 du 19 janvier 2005 ; n°101/2005 du 1 juin 2005.

En définitive, il faut se rendre à l'évidence que le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel fragilise les théories constitutionnelles classiques telles que celle postulant la loi comme expression de la volonté générale dont le législateur était le seul canal légitime d'expression. Les exigences d'intelligibilité, d'accessibilité de la loi et de sa conformité à la constitution, ont mis fin à la souveraineté absolue du Parlement¹³⁰ au point de faire dire au Conseil constitutionnel français que « *la loi votée n'exprime [...] la volonté générale que dans le respect de la Constitution [...]* »¹³¹. Il en ressort que le juge constitutionnel ne se cantonne plus seulement dans une fonction de « *législateur négatif* »¹³² ; il apparaît de plus en plus comme un « *législateur positif* »¹³³, car il ne se contente plus de défaire la loi, mais parfois, il la refait.

Il importe de préciser que le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel s'exerce au-delà de l'activité législative. Il intègre également celle du pouvoir exécutif.

2) *Des injonctions en vue d'éviter l'abus de pouvoir de l'exécutif*

Plus qu'ailleurs en Afrique, la Cour constitutionnelle béninoise s'est particulièrement illustrée à travers une jurisprudence « *incisive* » à l'égard du Gouvernement. En effet, suite au concours des auditeurs de justice organisé au profit du Ministère de la justice, le Ministère de la Fonction publique avait refusé de mettre certains candidats admis, à la disposition du Ministère bénéficiaire, au motif qu'ils sont des agents permanents de l'Etat et que, de ce fait, ils n'auraient pas dû prendre part au concours. Saisie par les requérants, la Cour constitutionnelle, dans sa décision DCC 05-067 du 12 juillet 2005, a déclaré la lettre du Ministre de la Fonction publique du 09 mars 2005¹³⁴ par laquelle les lauréats ont été mis à la disposition du Ministère de la Justice, contraire à la Constitution¹³⁵. En exécution de la décision de la Cour, le Ministre de la Fonction publique, par une lettre en date du 26 août 2005, a mis les requérants à la disposition du Ministre de la Justice, puis les a réintégrés par décision d'admission n° 392/MFPTRA/-DC/SGM/DGFP/DTEC/STCR/SA du 22 novembre 2005 sur la liste des trente-cinq (35) candidats initialement déclarés admis. En revanche, le Ministre de la Justice n'a pas donné suite à la décision de la Cour et a introduit en Conseil des

¹³⁰ RIVERO J., « La fin d'un absolutisme », *op. cit.*, p. 5-16.

¹³¹ Décision du Conseil Constitutionnel n° 85-197 du 23 août 1985 (*Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie*).

¹³² KELSEN H., « Garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p. 226.

¹³³ BEHRENDT Ch., *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif : une analyse comparative en droit français, belge et allemand*, *op. cit.*, 537 p.

¹³⁴ Il s'agit de la lettre n° 446/MFPTRA/DC/SGM/DGFP/-DTEC/STCR/SA du 09 mars 2005.

¹³⁵ La Cour affirme en effet que : « *qu'en n'excluant de la participation aux concours de recrutement organisés que les partis volontaires de la fonction publique, civils et militaires, le communiqué n° 57/MFPTRA/DC/-SGM/DGFP/DTEC/STCR/SA du 03 août 2004 autorise de fait les agents permanents de l'Etat à concourir au même titre que tous les candidats non fonctionnaires (...)* ».

Ministres une communication portant sur la formation de trente (30) auditeurs de Justice, au lieu de trente-cinq (35) à l'Ecole Nationale d'Administration et de la Magistrature. Sur la base de cette communication, le Conseil a effectivement autorisé la formation des trente (30) auditeurs.

Saisie à nouveau par les requérants, la Cour précise que suivant sa jurisprudence constante, l'autorité de la chose jugée attachée à ses décisions « *“impose à l'Administration une double obligation à savoir d'une part, l'obligation de prendre toutes les mesures pour exécuter la décision juridictionnelle et d'autre part, l'obligation de ne rien faire qui soit en contradiction avec ladite décision” ; qu'il en résulte qu'en introduisant une communication au mépris de la décision de la Cour (...), le Ministre de la Justice a méconnu les dispositions précitées de la Constitution* »¹³⁶. La Cour ajoute que le Ministre de la Justice a sciemment induit le Conseil des Ministres en erreur en violation de l'article 35¹³⁷ de la Constitution et que le Relevé n° 02 des décisions prises par ledit Conseil en sa séance du mercredi 11 janvier 2006, en ce qui concerne la communication n° 019/06 relative à la formation de trente (30) auditeurs de justice a violé l'autorité de la chose jugée de la décision de la Cour et doit être déclaré contraire à la Constitution. Elle en conclue que les requérants doivent être pris en compte par la décision du Conseil des Ministres pour prendre part à la formation des élèves-magistrats¹³⁸.

N'ayant reçu du Gouvernement aucun acte les autorisant à prendre part à la formation des auditeurs de justice qui a débuté le 11 avril 2006, les requérants ont à nouveau saisi la Cour qui a déclaré que le Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche Scientifique et le Directeur de l'Ecole Nationale d'Administration et de Magistrature, en ne faisant rien pendant deux mois pour exiger l'application de la décision alors qu'ils en ont reçu notification, ont violé l'article 124¹³⁹ et 35 de la Constitution¹⁴⁰. Le Gouvernement a finalement déféré à l'injonction de la Cour en intégrant les requérants à la formation des auditeurs de justice.

Dans une autre affaire relative au retard important accusé par le Conseil d'Orientation et de Supervision de la liste électorale permanente informatisée (COS/LEPI), pour l'actualisation de la liste électorale de 2011, la Cour, par décision DCC 15-001 du 09 janvier

¹³⁶ DCC 06-016 du 31 janvier 2006.

¹³⁷ L'art. 35 dispose que « *Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté...* ».

¹³⁸ DCC 06-016 du 31 janvier 2006.

¹³⁹ L'art. 124 dispose que : « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles* ».

¹⁴⁰ DCC 06-052 du 19 avril 2006.

2015, a affirmé que la liste électorale permanente informatisée doit être impérativement achevée par le COS/LEPI le 15 janvier 2015 pour l'organisation des élections législatives d'avril 2015 et présidentielles de mars 2016. Malgré la décision de la Cour, le COS/LEPI avait toujours du mal à finaliser le processus électoral et à distribuer les cartes d'électeur sur toute l'étendue du territoire national au motif que les moyens financiers mis à sa disposition ne sont pas suffisants. Face à ces procédés dilatoires, malgré les moyens financiers complémentaires qui lui ont été versés par le Gouvernement, la Cour, saisie par le Ministre de l'Economie et des Finances, dessaisit le COS/LEPI du processus de finalisation de la liste électorale et de la distribution des cartes d'électeur et en confie la gestion au Centre National de Traitement (CNT). Elle enjoint ensuite au Ministre de l'Economie et des Finances de « *prendre impérativement toutes dispositions idoines en vue du paiement des indemnités et primes réellement dues aux agents intervenant dans la chaîne de distribution des cartes d'électeur* »¹⁴¹. Il apparaît donc que, dans le but de garantir le fonctionnement régulier des institutions et d'éviter l'impasse qui pourrait affecter dangereusement la santé démocratique du pays, la Cour use au maximum du pouvoir injonction à l'égard de l'exécutif et de ses démembrements. Le but est de discipliner les organes qui tentent d'abuser de leur pouvoir.

Dans d'autres Etats africains, on note la même fermeté du juge constitutionnel à l'égard du pouvoir exécutif. Par exemple au Gabon, la Cour constitutionnelle a enjoint au Gouvernement de mettre fin à ses fonctions¹⁴². De même, à Madagascar, en raison du retard accusé par le Président de la République pour finaliser la désignation des membres de la Haute Cour de Justice, la Haute Cour constitutionnelle a, dans sa décision du 12 juin 2015, donné injonction au Président de la République aux fins de parachever le processus¹⁴³. N'ayant pas exécuté cette décision et en raison de la crise politique qui avait cours dans le pays, la Cour, saisie à nouveau, précise que dans les cinq (05) jours suivant sa décision, le Président de la République doit prendre le décret de constatation de la désignation des membres de la Haute Cour de Justice par les différents organes habilités et le transmettre immédiatement au Président de la Cour Suprême qui organise dans les délais les plus brefs la cérémonie de prestation de serment des membres de l'institution¹⁴⁴. En outre, elle enjoint au Président de la République de mettre fin aux fonctions du Gouvernement et de procéder à la

¹⁴¹ DCC 15-092 du 14 avril 2015.

¹⁴² Décision n°022/CC du 30 avril 2018.

¹⁴³ Décision n° 24 – HCC/D3 du 12 juin 2015.

¹⁴⁴ Décision n°18- HCC/D3 du 25 mai 2018 (art. 3 du dispositif).

nomination d'un Premier Ministre de consensus, dans un délai de sept jours pour compter de la publication de sa décision¹⁴⁵.

Cet « *envol de la jurisprudence* »¹⁴⁶ constitutionnelle en matière d'injonction, quoique critiquable sur certains aspects, a une incidence positive sur l'enracinement de l'Etat de droit.

B- Les effets de l'injonction prétorienne

L'effet positif du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel sur l'Etat de droit s'observe particulièrement dans sa contribution à la facilitation du fonctionnement régulier des institutions (1) et son impact sur la vitalité de la démocratie, notamment en Afrique (2).

1) La facilitation du fonctionnement régulier des institutions de l'Etat

Le juge constitutionnel, dans certains Etats africains, s'illustre par son rôle de régulateur du fonctionnement des institutions¹⁴⁷. Au Bénin, l'article 114 de la Constitution dispose que la Cour constitutionnelle « *est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* ». Cette fonction est également reconnue aux juges constitutionnels sénégalais¹⁴⁸, gabonais¹⁴⁹, malgache¹⁵⁰, ivoirien¹⁵¹ et togolais¹⁵², etc. Elle est essentielle au bon fonctionnement des institutions de la République et concerne tous les pouvoirs publics. C'est souvent à l'occasion de l'exercice de sa fonction de régulation que le juge constitutionnel fait usage de son pouvoir d'injonction. En effet, il arrive souvent des conflits de compétences entre les pouvoirs exécutif et législatif malgré la détermination des domaines de la loi par la Constitution¹⁵³. Dans ce cas, il revient au juge constitutionnel de trancher le litige en ramenant chaque institution dans les bornes de ses compétences.

Au Bénin, les cas les plus fréquents de l'usage de l'injonction par le juge constitutionnel à l'égard du Parlement sont dus au blocage du fonctionnement d'autres pouvoirs publics tels que la Haute Cour de Justice¹⁵⁴, la CENA¹⁵⁵ en raison de la désignation

¹⁴⁵ Décision n°18- HCC/D3 du 25 mai 2018 (art. 4 du dispositif).

¹⁴⁶ CHAPUS R., *Droit du contentieux administratif*, éd. Montchrestien, 2006, p. 961.

¹⁴⁷ KANTE B., « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », *op. cit.*, pp. 268-269 ; MEDE N., « La fonction de régulation des juridictions constitutionnelles en Afrique francophone », *op. cit.*, p. 45-66.

¹⁴⁸ Article 83 de la Constitution.

¹⁴⁹ Art. 83 de la Constitution.

¹⁵⁰ Art. 116 de la Constitution.

¹⁵¹ Art. 126 de la Constitution.

¹⁵² Art. 99 de la Constitution.

¹⁵³ Cf. art. 98 et 104 de la Constitution béninoise et art. 34 et 41 de la Constitution française.

¹⁵⁴ Décisions DCC 09-002 du 08 janvier 2009 ; DCC 09-015 du 19 février 2009 ; DCC 09-057 du 21 avril 2009.

¹⁵⁵ Décisions DCC 00-078 du 07 décembre 2000 ; DCC 01-011 du 12 janv. 2001 ; DCC 05-124 du 7 octobre 2005.

par le Parlement des membres composant ces institutions, sans respecter le critère « *minorité/majorité* » ou « *configuration politique du Parlement* ». Dans d'autres cas, l'injonction est due, d'une part, à la non élection par les députés des membres du bureau de l'Assemblée nationale en raison du blocage du processus par la Doyenne d'âge du Parlement¹⁵⁶ et, d'autre part, au dysfonctionnement du COS/LEPI entravant l'organisation régulière et transparente des élections locales, législatives et présidentielles¹⁵⁷ ou encore au refus de certains membres du Conseil économique et social de participer à l'élection du bureau de l'institution¹⁵⁸. En outre, dans un autre contentieux où le Parlement a bloqué et ajourné *sine die* le vote d'un accord de prêt d'un montant de 65 millions de dollars en exigeant l'installation préalable et sans condition de tous les conseils communaux par le Gouvernement, la Cour, pour « *discipliner* » les députés et sortir de l'impasse générée par l'abus de pouvoir du Parlement, a affirmé que « *l'Assemblée Nationale dont l'une des missions principales est de voter les lois s'est abstenue d'autoriser la ratification des accords de prêt devant contribuer à la lutte contre l'érosion côtière ; que ce faisant, les députés à l'Assemblée Nationale ont violé l'article 35 de la Constitution* »¹⁵⁹. Enfin, c'est à l'occasion de la procédure de révision de la Constitution par le Parlement que la Cour lui a imposé le respect du principe de « *consensus national* »¹⁶⁰ afin de préserver les acquis démocratiques de la Conférence des forces vives de la nation de février 1990.

A Madagascar, la Haute Cour constitutionnelle a permis aussi de débloquer le fonctionnement de la Haute Cour de Justice en enjoignant au Président de la République de prendre un décret de validation de la désignation des membres de ladite Cour et de mettre fin aux fonctions du Gouvernement afin de désamorcer la crise politique que traversait le pays¹⁶¹.

Ces décisions injonctives ont permis au juge constitutionnel de surmonter les blocages au fonctionnement régulier des institutions, de sortir de l'impasse et d'éviter soit une crise électorale aux conséquences imprévisibles, soit une crise politique et institutionnelle dans ces

¹⁵⁶ Décisions DCC 03-077 du 07 mai 2003 ; DCC 03-078 du 12 mai 2003.

¹⁵⁷ Décisions DCC 15-001 du 09 janvier 2015 ; DCC 15-092 du 14 avril 2015.

¹⁵⁸ Décision DCC 04-065 du 29 juillet 2004. La Cour y précise qu'elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et « *qu'en cette qualité, elle est fondée à prendre toute décision qui permette d'éviter la paralysie du fonctionnement des institutions de la République ; que, dès lors, il échet de dire et juger que la Doyenne d'âge doit convoquer le Conseil Economique et Social en Assemblée plénière dès la présente décision et procéder, sans discontinuité, au cours de la même séance, à l'élection des membres du Bureau de ladite Institution ; que les Conseillers qui ne se présenteraient pas à ladite Assemblée seront déclarés démissionnaires...* ».

¹⁵⁹ Décision DCC 08-072 du 25 juillet 2008.

¹⁶⁰ Décision DCC 06- 74 du 08 juillet 2006.

¹⁶¹ Décisions n° 24 – HCC/D3 du 12 juin 2015 ; n°18- HCC/D3 du 25 mai 2018.

Etats¹⁶². Selon Favoreu, « *il est à peine besoin de noter que dans les États Fédéraux, la nécessité et donc la légitimité du contrôle juridictionnel des lois sont encore plus évidents que dans les autres États : ainsi en est-il en Autriche et en Allemagne. Encore doit-on constater que même dans les États qui n'ont pas à proprement parler, une structure fédérale, cette nécessité se fasse clairement jour. Ainsi en est-il en Italie, en Espagne et même au Portugal [...]. Mais le contrôle juridictionnel des lois est également indispensable dans des États comme la Belgique afin d'assurer un équilibre entre communautés ethniques et linguistiques. Et, même en France, le contrôle des lois apparaît comme un moyen de garantir l'équilibre constitutionnel entre l'État et les collectivités territoriales...* »¹⁶³. La fonction de régulation du juge constitutionnel apparaît donc comme un facteur essentiel de cohésion nationale et de facilitation du fonctionnement efficace et démocratique des pouvoirs publics. A ce titre, les juridictions constitutionnelles, en s'érigeant en lubrifiant institutionnel et en conseil de discipline des acteurs publics, sont devenues incontournables dans la construction et la consolidation de l'Etat de droit.

2) *La contribution à la vitalité de la démocratie dans l'Etat*

La démocratie s'apprécie à l'aune principalement de trois critères : le fonctionnement régulier des institutions, la tenue régulière et transparente des élections et la protection juridictionnelle des droits fondamentaux des citoyens. Le juge constitutionnel est au cœur du système démocratique dont l'efficacité dépend largement de son indépendance et de son audace. Sa fonction de contrôle de constitutionnalité des lois et de régulation du fonctionnement des institutions le fait apparaître comme le « *shérif* »¹⁶⁴ de la vie politique et institutionnelle.

Ayant conscience de son rôle de gardien de la Constitution et de garant de l'Etat de droit, la Cour constitutionnelle béninoise fait souvent expressément référence à l'objectif général poursuivi dans ses décisions. En effet, dans une série de décisions, elle affirme la nécessité de préserver l'Etat de droit et la démocratie¹⁶⁵ et réaffirme le principe de

¹⁶² Dans sa décision DCC 09-057 du 21 avril 2009, la Cour Constitutionnelle du Bénin a affirmé clairement que : « *la Constitution fait ainsi obligation à la Cour Constitutionnelle de suppléer par des dictums appropriés aux défaillances des institutions constitutionnelles* ».

¹⁶³ FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, 1994, pp. 566-567.

¹⁶⁴ Nous empruntons l'expression à AÏVO J., « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°47, 2015, p. 100.

¹⁶⁵ Décision DCC 01-018 du 9 mai 2001 dans laquelle la Cour rappelle que le préambule de la Constitution réaffirme solennellement la détermination du peuple béninois à « *créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste dans lequel les droits fondamentaux de l'homme... la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis* ».

transparence dans l'organisation des élections¹⁶⁶. Au nom de la préservation des acquis démocratiques, la Cour va jusqu'à déclarer l'inconstitutionnalité et, par-là, interdire des comportements¹⁶⁷ ou des propos¹⁶⁸ susceptibles de remettre en cause la paix et la cohésion nationale.

Dans la même dynamique, la Haute Cour constitutionnelle malgache a précisé que « l'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, procède du principe de l'Etat de droit »¹⁶⁹. Au Mali¹⁷⁰, au Bénin¹⁷¹ et au Niger¹⁷², le juge constitutionnel a courageusement préservé les acquis démocratiques en déclarant inconstitutionnelles des révisions régressives de la Constitution tout en donnant des injonctions sur les précautions à prendre et les modalités à suivre à cet effet.

Pour parvenir à régler les crises politiques, institutionnelles ou électorales, malgré les silences et les ambiguïtés de la Constitution, le juge constitutionnel use de son pouvoir d'interprétation pour clarifier les dispositions constitutionnelles et, parfois, pour les réécrire ou carrément créer des principes à valeur constitutionnelle¹⁷³ afin d'adapter la Constitution aux contingences nouvelles¹⁷⁴. Ces silences et ambiguïtés sont souvent utiles pour permettre la mise en œuvre dynamique d'une constitution vivante, adaptable par le juge à l'évolution du temps¹⁷⁵. Pour preuve, « la Cour suprême des États-Unis a à interpréter une Constitution

¹⁶⁶ Décisions DCC 00-078 du 7 décembre 2000, DCC 01-011 du 12 janvier 2001, DCC 05-056 du 22 juin 2005.

¹⁶⁷ Décision DCC 01-018 du 9 mai 2001 dans laquelle la Cour déclare l'inconstitutionnalité de l'ingérence du Ministre de la justice dans le fonctionnement du pouvoir judiciaire.

¹⁶⁸ Décision DCC 13-071 du 11 juillet 2013 dans laquelle la Cour juge contraires à l'article 36 de la Constitution et donc attentatoires à la paix et à la cohésion nationale, d'une part, les propos du Front Citoyen pour la Sauvegarde des Acquis Démocratiques (coalition de partis de l'opposition) tenus le 30 juillet 2012 menaçant de chasser le Président Yayi BONI du pouvoir par des actions de rue, et d'autre part, les propos du Président de la République tenus en réplique dans l'interview télévisée des 1^{er} et 2 août 2012. Cf. aussi la décision DCC 14-156 du 19 août 2014 dans laquelle la Cour déclare contraire à la Constitution les propos du Ministre de l'agriculture, de l'Elevage et de la Pêche, Mme Fatoumata Djibril Amadou, faisant l'apologie d'un troisième mandat présidentiel au profit du Président YAYI Boni dans l'émission « Zone franche » de la chaîne de télévision « Canal 3 » le 20 juillet 2014.

¹⁶⁹ Décision n° 22-HCC/D3 du 1^{er} avril 2015 relative à la loi n°2015-011 portant statut particulier de la Commune urbaine d'Antananarivo, Capitale de la République de Madagascar.

¹⁷⁰ Décision n°01-128 du 12 décembre 2001 (la loi était votée et en attente de ratification par le peuple).

¹⁷¹ Décisions DCC 06- 74 du 08 juillet 2006 (mise en échec de la révision de l'article 80 de la Constitution avec injonction au Parlement de respecter « le Consensus national » ; DCC 13-124 du 12 septembre 2013 (exclusion de toute révision remettant en cause les options fondamentales de la Conférence nationale des Forces Vives de 1990).

¹⁷² Avis n°2/CC du 25 mai 2009 dans lequel la Cour constitutionnelle du Niger a déclaré inconstitutionnelle la révision de la Constitution par le Président Mamadou TANDJA pour effectuer un troisième mandat.

¹⁷³ TONI E., « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue Afrilex*, mars 2020, pp. 1-30. LEVADE A., « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après : réflexions sur une catégorie juridique introuvable » », in *L'esprit des institutions, l'équilibre des pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 687-702.

¹⁷⁴ ESSONO EVONO A., *Théorie de l'interprétation et pouvoir créateur du juge constitutionnel français*, op. cit., 459 p.

¹⁷⁵ LAVROFF D-G., « La constitution et le temps », in *Droit et politique à la croisée des cultures, Mélanges en l'honneur de Ph. Ardant*, LGDJ, 1999, pp. 110-112.

vieille de deux siècles et dont les dispositions ne sont pas toujours d'une grande précision. Alors que les juristes américains, loin de se plaindre de cette ambiguïté des textes, s'en sont au contraire félicités¹⁷⁶. Selon le juge américain Shirley Hustedler, les « ambigüités glorieuses » des termes de la Déclaration des droits sont nécessaires pour « satisfaire les besoins d'une société libre, pluraliste et en évolution. Tandis que la précision occupe une place d'honneur dans la rédaction d'un arrêté préfectoral, elle est mortelle lorsqu'il s'agit d'une constitution qui veut être vivante »¹⁷⁷. A ce titre, le rôle d'interprétation du juge constitutionnel contribue, par l'invention audacieuse de principes à valeur constitutionnelle, à l'enrichissement du bloc de constitutionnalité¹⁷⁸ et à la résurrection de la Constitution¹⁷⁹.

Cependant, malgré les lauriers que la majeure partie de la doctrine tresse, à juste titre, au juge constitutionnel¹⁸⁰, certains auteurs sont très critiques à son égard considérant qu'il en fait trop¹⁸¹, en raison du fait qu'il verse parfois dans l'excès¹⁸² ou dans une inconstance jurisprudentielle discutable¹⁸³, affectant la crédibilité de son office et la sécurité juridique. Ainsi de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin sur le droit de grève¹⁸⁴ ; sur les rapports de la Cour avec le pouvoir judiciaire dont, après plusieurs décisions d'affirmation

¹⁷⁶ FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 566.

¹⁷⁷ HUESTEDLER S., « In the Name of Justice », *Stanford Lawyer*, 14, n° 1 (1979), pp. 3-4, cité par CAPPELLETTI M., *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Paris, Economica 1983, p. 474.

¹⁷⁸ ROUSSEAU D., « Une résurrection : la notion de constitution », *RDP*, n°1, 1990, p. 15 ; AKEREKORO H., « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Revue Afrilex*, septembre 2016, pp. 1-44.

¹⁷⁹ ROUSSEAU D., « Une résurrection : la notion de constitution », *ibid.*, pp. 5-22.

¹⁸⁰ FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.*, pp. 557-581 ; FALL A. B. « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé, *op. cit.*, pp. 717-728 ; KPODAR A., « La décision de la Cour constitutionnelle du Bénin DCC 09-002 du 9 janvier 2009 : une bonne année à la démocratie pluraliste », *op. cit.* pp. 1-7 ; TOGBE P., « L'injonction au service de la démocratie. Décision DCC 15-001 du 9 janvier 2015 », *Centre de Droit Constitutionnel*, 13 janvier 2015 ; HOUNSA L., « Du bon usage du pouvoir d'injonction. L'exemple de la décision DCC 15-092 du 14 avril 2015 », *Centre de Droit Constitutionnel*, 20 avril 2015, consulté le 15 octobre 2020 sur : www.cdcbenin.org.

¹⁸¹ BLACHER P., « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *op. cit.*, pp. 17-28 ; GNAMOU D., « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-il trop ? », *op. cit.*, pp. 687-716.

¹⁸² OUEDRAOGO D., « L'annulation par la Cour constitutionnelle du Bénin du rejet du budget 2014 par l'Assemblée nationale : Essai d'analyse d'une décision controversée. (Décision DCC 13-171 du 30 décembre 2013) », *Revue Afrilex*, septembre 2014, pp. 1-29.

¹⁸³ TOGBE P., « La justice constitutionnelle béninoise à l'épreuve des revirements de jurisprudence », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ?*, *op. cit.*, pp. 680-684.

¹⁸⁴ Décisions DCC 06-034 du 4 avril 2006 (refus de l'interdiction du droit de grève aux agents publics y compris aux militaires) ; DCC 11-065 du 30 septembre 2011 (la Cour déclare conforme à la Constitution des lois interdisant le droit de grève aux agents de la police) DCC 18-001 du 18 janvier 2018 (refus de l'interdiction du droit aux militaires, policiers, douaniers, sapeurs-pompiers, le personnel de la santé, le personnel de la justice) ; DCC 18-141 du 28 juin 2018 (elle déclare conforme à la Constitution des lois interdisant le droit de grève aux agents de la Police républicaine et aux magistrats et autres agents publics des secteurs vitaux de la vie sociale).

d'incompétence¹⁸⁵, elle se reconnaît finalement compétente pour contrôler la constitutionnalité des décisions de justice relatives aux droits fondamentaux¹⁸⁶. On a pu voir également au Gabon¹⁸⁷, la réécriture discutable de la Constitution par le juge constitutionnel. Certains auteurs craignent que ces excès n'entraînent un glissement vers l'instauration d'un « *gouvernement des juges* »¹⁸⁸, tandis que d'autres y voient même l'émergence de « *constitution bis* »¹⁸⁹ ou la mort programmée de la constitution originelle¹⁹⁰.

Faut-il vraiment craindre l'instauration d'un gouvernement des juges en raison des quelques excès du juge constitutionnel ? A cela, il convient de répondre par la négative, car « *si des excès dans la jurisprudence constitutionnelle peuvent être pointés du doigt, un élément essentiel du débat ne doit pas être perdu de vue : c'est que le juge constitutionnel n'a pas le dernier mot. Le constituant peut en effet à tout moment modifier les normes de référence du juge constitutionnel et ainsi neutraliser sa jurisprudence* »¹⁹¹. Ainsi, même si « *la Constitution est ce que les juges disent qu'elle est* »¹⁹², le fait qu'ils n'aient pas le dernier mot, met l'Etat à l'abri d'un gouvernement des juges. On peut donc en déduire que l'exercice de l'office du juge constitutionnel génère souvent plus de lumière que d'ombre dans les Etats démocratiques.

CONCLUSION

Au regard des analyses qui précèdent, il ressort que l'œuvre du juge constitutionnel n'est pas exempte de critiques en raison des quelques excès précédemment mentionnés. Toutefois, il importe de relativiser les critiques faites au juge constitutionnel, en précisant que sa fonction ne doit pas être assimilée à celle du juge ordinaire et que leurs jurisprudences ne peuvent être appréciées avec les mêmes outils d'analyse. Si le juge ordinaire est appelé à

¹⁸⁵ Décisions DCC 97-025 du 14 mai 1997 ; DCC 03-023 du 27 février 2003 ; DCC 05-116 du 20 septembre 2005.

¹⁸⁶ Décisions DCC 06-76 du 27 juillet 2006 ; DCC 09-087 du 13 août 2009. Cf., DJOGBENOU J, *op. cit.*, pp. 1-27.

¹⁸⁷ Décisions n° 3/CC du 27 février 2004 ; n° 022/CC du 30 avril 2018 ; n° 219/CC du 14 novembre 2018.

¹⁸⁸ LOCHAK D., « Le Conseil constitutionnel protecteur des libertés ? », *Pouvoirs*, n°13, 1991, p. 43.

¹⁸⁹ AMELLER M., « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », Exposé présenté lors de la Rencontre organisée par l'OCDE, Istanbul, mai 1998, p. 5, disponible sur : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/principi.pdf, consulté le 25 octobre 2020 ; TONI E., « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *op. cit.*, p. 21.

¹⁹⁰ BURDEAU G., *Une survivance : la notion de constitution*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁹¹ BEHRENDT Ch., « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°20, juin 2006 : <https://www.conseil-constitutionnel.fr>, para. 26, consulté le 28 novembre 2020. Cf. aussi FAVOREU L., « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 578.

¹⁹² Cf. HUGHES C., cité par PACTET P., « Brèves remarques sur le pouvoir du dernier mot en droit constitutionnel », in *De la constitution, études en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle, Helbing, 1996, p. 82.

juger les faits au regard du droit, le juge constitutionnel, lui, doit tenir compte non seulement des règles et principes constitutionnels mais aussi parfois des contingences socio-politiques¹⁹³ pour donner du sens à sa décision¹⁹⁴. Cependant, tout en prenant en compte ces éléments, le juge constitutionnel doit rendre des décisions qui soient conformes à l'esprit de la constitution, dans l'intérêt supérieur de la nation. Ce faisant, il contribue à la pacification de la vie politique et sociale et à l'enracinement de la démocratie. A titre illustratif, on peut citer les décisions du juge constitutionnel béninois sur des questions à portée politique telles que « *la configuration politique* »¹⁹⁵ de l'Assemblée nationale, le respect du « *consensus national* »¹⁹⁶ dans la procédure de révision de la Constitution, mais aussi les décisions du Conseil constitutionnel français sur des questions épineuses de société telles que l'interruption volontaire de la grossesse¹⁹⁷, la question d'égalité entre homme et femme¹⁹⁸.

En définitive, le rôle du juge n'est pas de faire une application dogmatique de la constitution sans tenir compte des évolutions de la société dans le temps. Dans cette optique, il faut se rendre à l'évidence que « *les institutions, à la différence des satellites, demeurent rarement sur l'orbite où leur créateur avait entendu les placer. Elles échappent à la volonté du Constituant ou du Législateur qui leur a donné vie. L'événement, le milieu, la personnalité des hommes qui les incarnent déterminent leur trajectoire* »¹⁹⁹. Cette migration audacieuse des juridictions constitutionnelles dans le but de s'auto-renforcer afin de mieux jouer leur rôle de contre-pouvoir face aux abus des organes législatif et exécutif, est nécessaire surtout dans les Etats en apprentissage de la démocratie où le pouvoir exécutif est souvent très puissant²⁰⁰.

Plus que dans les vieilles démocraties occidentales dont les institutions sont fortes et bien rodées à l'ingénierie des mécanismes démocratiques, le pouvoir d'injonction du juge constitutionnel est particulièrement utile en Afrique dans les démocraties nouvelles ou rétablies qui, pour la plupart, ont opté pour un régime présidentiel. Dans ce régime, le pouvoir exécutif²⁰¹ est souvent excessivement puissant avec une tendance à la « *prédation* » des organes de contre-pouvoirs. L'intérêt de ce pouvoir du juge constitutionnel en Afrique doit

¹⁹³ CALVÈS G., « Le juge constitutionnel entre le droit et la politique : une brève présentation de la querelle des “principes neutres” », *Jus Politicum*, n°5, 2010, pp. 1-33.

¹⁹⁴ FAVOREU L., *La Constitution et son juge*, Paris, Economica, 2014, p. 11.

¹⁹⁵ Décision DCC 09-002 du 08 janvier 2009.

¹⁹⁶ Décision DCC 06- 74 du 08 juillet 2006.

¹⁹⁷ Décision n° 74-54 DC, du 15 janvier 1975.

¹⁹⁸ Décision n° 2003-483 du 14 août 2003.

¹⁹⁹ RIVERO J., « Fin d'un absolutisme », *op. cit.*, p. 5.

²⁰⁰ AÏVO J., *Le Président de la République en Afrique noire francophone. Genèse, mutation et avenir de la fonction*, Paris, L'Harmattan, 2007, 644 p.

²⁰¹ Pour une compréhension approfondie du pouvoir exécutif en Afrique, cf., FALL I. M., *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, 310 p.

également être apprécié à l'aune du contexte de crise politique permanente qui caractérise de nombreux Etats africains. Par conséquent, l'extension des pouvoirs du juge apparait compréhensible et justifie une certaine originalité contextuelle du pouvoir d'injonction du juge constitutionnel africain qui contribue incontestablement à la vitalité de la démocratie dans ces Etats.