



## **REFLEXIONS SUR LE CONTROLE DES ACTES REGLEMENTAIRES PAR LE JUGE CONSTITUTIONNEL AFRICAIN : CAS DU BENIN ET DU GABON**

*P. MOUDOUDOU*  
*Faculté de Droit*  
*Université Marien Ngouabi*  
*B.P. 69, Brazzaville, Congo*

### **INTRODUCTION**

Une « aventure ambiguë »<sup>1</sup> ; voilà comment on pourrait qualifier le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain francophone. A la « recherche d'un modèle »<sup>2</sup>, l'Afrique noire francophone semble en effet avoir trouvé cette voie dans « l'unité du droit »<sup>3</sup>, notamment celle du droit constitutionnel et du droit administratif à travers la justice constitutionnelle, comme l'ont voulu les constituants béninois dans la constitution du 11 décembre 1990 et gabonais

dans celle du 26 mars 1991<sup>4</sup>. Celle-ci doit être entendue non pas « comme (l'unité) d'un objet de connaissance scientifique et corrélativement de l'activité qui s'y rapporte »<sup>5</sup> ou encore « comme celle d'un appareil conceptuel opératoire »<sup>6</sup> mais « comme celle d'un ensemble normatif »<sup>7</sup>. Une telle unité du droit faisant irrésistiblement penser à « la chauve-souris »<sup>8</sup>.

---

<sup>1</sup> Titre du roman de l'écrivain et homme politique sénégalais Cheik Hamidou Kane, publié en 1961 aux éditions 10/18, Coll. « Domaine étranger ». Dans ce roman, le personnage principal avait reçu à la fois la culture africaine et l'enseignement occidental.

<sup>2</sup> Diallo (I.), « A la recherche d'un modèle africain de justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2004, Vol.20, p.93-120 ; Quantin (P.), « La démocratie en Afrique à la recherche d'un modèle », *Pouvoirs*, 2009, n°129, *La démocratie en Afrique*, p.65.

<sup>3</sup> Pour reprendre le titre des *Mélanges en l'honneur de Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996.

---

<sup>4</sup> Plusieurs fois modifiée.

<sup>5</sup> Vedel (G.), « Aspects généraux et théoriques », in *Mélanges en l'honneur de Roland Drago, L'unité du droit*, Paris, Economica, 1996, p.2. Selon l'auteur, « ma réponse négative (...) procède de l'humiliante copie blanche que j'ai dû remettre toutes les fois qu'un interlocuteur m'a pressé de lui donner une définition du droit. Fournir du droit une description convenable est possible. Mais une définition (et de surcroît scientifique) relève d'autres exigences que celles d'un album de photographies mêmes fidèles ».

<sup>6</sup> Le doyen Vedel précise que cette définition « doit être entendue dans un sens relativiste dont il faut faire un usage modéré » (Ibid., p.2).

<sup>7</sup> Définition que le doyen « tient pour évidente » (Ibid., p.2).

<sup>8</sup> Le Divellec (A.), « La chauve-souris, quelques aspects du parlementarisme sous la Vème République », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Paris, Montchrestien, 2001,

En effet, l'article 3 de la constitution du Bénin prévoit que « tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois<sup>9</sup>, textes et actes présumés inconstitutionnels ». L'article 117 alinéa 3 du même texte ajoute que la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur « la constitutionnalité (...) des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et, en général, sur la violation des droits de la personne humaine ». L'article 121 alinéa 2 précise qu'« elle se prononce d'office sur la constitutionnalité (...) de tout texte réglementaire censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Elle statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de 8 jours ». On retrouve les mêmes règles aux articles 84, 85 et 86 de la constitution gabonaise qui disposent respectivement que « La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur la constitutionnalité (...) des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques » ; « Les actes réglementaires peuvent être déférés à la Cour constitutionnelle (...) par tout citoyen ou par toute personne lésée par (...) l'acte querellé » ; « tout justiciable peut, à l'occasion d'un procès devant un tribunal ordinaire, soulever une exception d'inconstitutionnalité à l'encontre (...) d'un acte qui méconnaîtrait ses droits fondamentaux... ».

On constate donc que si c'est en qualité de juges de la régulation du fonctionnement des organes de l'Etat et de juges du contentieux électoral que les cours constitutionnelles<sup>10</sup> du Bénin et du Gabon se

p.349 ; Avril (P.), *Les français et leur parlement*, Paris, Castermann, 1972, p.96.

<sup>9</sup> Le contrôle de constitutionnalité des lois ne sera pas étudié dans le cadre de cette étude, sauf pour étayer une analyse.

<sup>10</sup> Le modèle européen de justice constitutionnelle repose sur la notion de cour constitutionnelle qui, à la différence de la cour suprême de type américain, est « une juridiction prévue par la constitution, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics et créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel »

sont faites remarquées<sup>11</sup>, leurs activités en matière de contrôle du respect des droits fondamentaux par l'administration ont été tout aussi importantes. Le regain d'intérêt pour la protection constitutionnelle des droits et libertés est né de l'aspiration des peuples africains en général à un véritable système libéral, exprimée essentiellement à travers des réformes politiques et institutionnelles initiées sur le continent dès le début des années 1990. Dans l'exercice de sa mission, le juge constitutionnel, d'ailleurs fort sollicité, semble prendre en compte cette volonté populaire de ne plus laisser les gouvernants « ramer à contre-courant de ce vent de liberté qui souffle partout aujourd'hui, faisant parfois preuve d'une grande audace »<sup>12</sup>. Même si l'accent mis sur le contrôle « rénové et osé »<sup>13</sup> de la constitutionnalité des lois en Afrique est souvent teinté de préoccupations politiques.

On sait aussi que la justice constitutionnelle est consubstantielle au constitutionnalisme triomphant à nouveau sur le continent africain depuis l'effondrement dans la dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle des différents régimes autoritaires qui avaient fleuri au lendemain de la décolonisation<sup>14</sup>. Le constitutionnalisme étant historiquement un mouvement issu du siècle des Lumières qui visait, en réaction contre le despotisme et l'absolutisme royal d'alors, à doter les Etats d'une constitution écrite pour, d'une part, encadrer, voire limiter, le pouvoir des gouvernants, d'autre part, garantir les droits et libertés des gouvernés. Il fallait une juridiction

(Favoreu (L.), *Les cours constitutionnelles*, Paris, 1986, PUF, Coll. « Que-sais-je ? », p.3).

<sup>11</sup> Voir par exemple : Aivo (F.J.), *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006.

<sup>12</sup> Vignon (Y.B.), « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Rev. Nigérienne de Droit*, n°3, septembre 2000, p.77-135.

<sup>13</sup> Holo (T.), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », *Rev. Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, 2006, n°16, p.25.

<sup>14</sup> Holo (T.), « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, *La démocratie en Afrique*, p.101.

pour assurer le respect de la norme fondamentale. Ainsi, la justice constitutionnelle s'entend de toute fonction juridictionnelle ayant pour but d'assurer la suprématie et le respect des règles constitutionnelles essentiellement, mais non exclusivement, par les pouvoirs publics. Comme le souligne André Hauriou, constitutionaliser le pouvoir, c'est le soumettre à des règles précises, et plus particulièrement mettre au point des mécanismes de représentation politique, établir auprès des gouvernements des censeurs qui seront qualifiés pour dialoguer avec ceux-là<sup>15</sup>.

Cette idée était déjà présente dans les premières constitutions octroyées aux Etats francophones d'Afrique noire au moment de leur indépendance. En effet, la plupart de ces constitutions avaient prévu au sein des cours suprêmes, attributaires de la fonction juridictionnelle, une chambre constitutionnelle<sup>16</sup>. Cet embryon de justice constitutionnelle, fruit de la doctrine libérale française, sera prématurément étouffé par la pandémie du présidentielisme négro-africain qui sévit sur le continent africain de 1965 à 1990 faisant du président de la République la source exclusive du pouvoir et du droit dans l'Etat<sup>17</sup>. Dès lors, le contrôle de la loi et la protection des libertés apparaissent aujourd'hui comme des missions majeures du juge constitutionnel.

Il faut rappeler toutefois qu'il y a toujours eu, au cours de l'histoire du droit administratif, notamment français, dont les

Etats africains s'inspirent fortement<sup>18</sup>, une distance voire un vide entre ce droit et le droit constitutionnel. Le premier s'est ainsi développé avec une continuité que le second n'a pas connue<sup>19</sup>. En France, tout au long de la IIIème République<sup>20</sup>, il fut exclu que le juge administratif puisse se référer, en vue d'y soumettre l'action administrative, à des normes constitutionnelles<sup>21</sup>. C'est donc très normalement que le Conseil d'Etat a été conduit à déterminer et à consacrer lui-même les principes devant régir l'administration ; ce qu'il fait très remarquablement en s'inspirant notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui a été ainsi une « source matérielle » de sa jurisprudence<sup>22</sup>. Cette séparation, purement formelle, a pris fin, après quelques signes annonciateurs<sup>23</sup>, dans les années 1990<sup>24</sup> ; le juge administratif statuant

<sup>18</sup> Voir entre autres: Ondoa (M.), « Le droit administratif français en Afrique francophone : contribution à l'étude de la réception des droits étrangers en droit interne », *RJP*, n°3, Septembre-Décembre, 2002, p.287 ; Lath (Y.S.), « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP* 2011, n°5, p.1255 ; Gonidec (P.F.), *Les droits africains. Evolution et Sources*, Paris, 1976, LGDJ, Coll. « Bibliothèque africaine et malgache », 2<sup>ème</sup> éd.

<sup>19</sup> Vedel (G.), « Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif : le rôle du juge », in *Mélanges Marcel Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p.777.

<sup>20</sup> Période des plus importantes pour la formation du droit administratif.

<sup>21</sup> Les lois constitutionnelles de 1875 étaient considérées comme de simples « lois de procédure ».

<sup>22</sup> Voir « L'évolution de la production du droit administratif », in *Le droit administratif en mutation*, Paris, PUF, CURRAP, 1993, p.175 et s. (6 études).

<sup>23</sup> C.E., Ass., 8 avril 1987, *Peltier*, Rec.128, concl. J. Massot ; *RFDA* 1987, p.608, note Pacteau ; C.E., 16 octobre 1987, *Genessiaux*, *RFDA* 1989, p.154, note Favoreu.

<sup>24</sup> C.E., 29 mai 1992, *Association amicale des professeurs du Muséum national d'histoire naturelle*, Rec.855 ; C.E., Ass., 10 septembre 1992, *Galland*, Rec.342. Voir Favoreu (L.), « Dualité ou unité d'ordre juridique : Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat participent-ils de deux ordres juridiques différents ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Colloque de l'université Paris II, LGDJ, Montchrestien, 1998, p.145.

<sup>15</sup> Hauriou (A.), *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 1970, 4<sup>ème</sup> éd., p.73.

<sup>16</sup> Voir par exemple : Gonidec (P.-F.), « Constitutionnalismes africains », *RJPIC* 1996, n°1, p.23-50 ; Moderne (F.), « Les juridictions constitutionnelles en Afrique », in Conac (G.), dir., *Les cours suprêmes en Afrique*, T.II, Paris, Economica, 1989, p.3 ; Coulibaly (A.A.), « La rénovation de la justice constitutionnelle en Afrique : le rôle du juge dans la construction de l'Etat de droit », *RJPIC* 1999, n°1, p.57 et s.

<sup>17</sup> Conac (G.), « Portrait d'un chef d'Etat », *Pouvoirs*, 1983, n°25, p.121 et s. ; De Gaudusson (J. du B.), « Quel statut constitutionnel pour le chef d'Etat en Afrique ? », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 1996, p.329 et s.

désormais quand il y a lieu, sur le fondement même des principes constitutionnels<sup>25</sup>.

Mais la justice constitutionnelle n'est pas, par principe, chargée de contrôler la constitutionnalité des actes administratifs. Comme le mentionne la doctrine, certes les contentieux dont elle est chargée apparaissent, à l'étude des divers systèmes, nombreux et variés, à tel point que l'on serait enclin à considérer que certains d'entre eux ne concernent pas la justice constitutionnelle ; « mais ce serait se faire une fausse idée de celle-ci, car il y a cohérence entre les (quatre) contentieux (que sont) : veiller à l'authenticité des manifestations de volonté du peuple souverain ; vérifier le respect des perceptions constitutionnelles relatives aux répartitions horizontale et verticale des pouvoirs ; enfin assurer la protection des droits fondamentaux »<sup>26</sup>. En reconnaissant au juge constitutionnel la compétence de contrôler le respect des droits fondamentaux constitutionnels par l'administration, les constituants béninois et gabonais ont procédé à une « innovation singulière en Afrique »<sup>27</sup>, s'inspirant ainsi de leurs homologues allemand<sup>28</sup>, autrichien<sup>29</sup>, espagnol<sup>30</sup> et, dans une certaine mesure du constituant belge qui a

consacré, depuis la réforme de 1988-1989<sup>31</sup> le droit de « toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt » de saisir la Cour d'arbitrage dans le cadre du contrôle abstrait<sup>32</sup>.

On peut néanmoins s'étonner de l'utilisation par les constituants béninois et gabonais de concepts aussi divers que les droits fondamentaux<sup>33</sup>, les libertés publiques<sup>34</sup>

<sup>31</sup> Rusen Ergec, « Un Etat fédéral en gestation : les réformes institutionnelles belges de 1988-1989 », *RDP* 1991, p.1593-1615.

<sup>32</sup> Voir Lewalle (P.), « La Cour constitutionnelle, juge de l'administration », in *Mélanges en l'honneur de Francis Délpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007.

<sup>33</sup> Expression d'origine allemande (art. 1 à 20 de la loi fondamentale de 1949) et acclimatée entre autres en France pour désigner l'ensemble des droits ou libertés proclamés aux niveaux constitutionnel ou international et garantis par des mécanismes juridictionnels appropriés. L'approche est donc plus restreinte que celle en termes de libertés publiques, qui sollicite largement le droit administratif ; plus que « fondamentale », elle est d'ailleurs « sommitale » en ce sens que les pouvoirs constituants ou les Etats contractants ont entendu placer certaines règles protectrices des libertés au sommet de la hiérarchie des normes et les mettre ainsi à l'abri des contingences politiques (Debard (T.), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Paris, ellipses, coll. « Dictionnaires de droit », 2<sup>ème</sup> éd., p.158).

<sup>34</sup> Expression désignant l'ensemble des régimes juridiques institués pour assurer la protection des différents aspects de la liberté. Sur le plan matériel, la notion de libertés publiques est assez difficile à circonscrire, notamment parce que son contenu n'a cessé de s'enrichir depuis le XVIII<sup>ème</sup> siècle. On y inclut sans conteste les libertés élémentaires de la personne : dignité de la personne humaine, liberté d'aller et venir, droit au respect de la vie privée, liberté d'opinion, droit de propriété, participation à la vie politique, économique ou sociale selon les formes collectives (liberté syndicale, d'entreprendre, de faire la grève, de manifester,...), etc. Du point de vue des mécanismes de protection, pendant longtemps, en France par exemple, l'énoncé de la liberté s'est fait au niveau législatif ; sa garantie juridictionnelle émanait principalement du Conseil d'Etat appelé le cas échéant à censurer les actes administratifs contraires à la loi. La juridiction judiciaire pouvait quant à elle intervenir en tant que gardienne de la liberté individuelle. Depuis la constitution de 1958, la liberté est largement énoncée au niveau de la constitution et sa garantie est donc assurée d'abord contre le législateur par le juge constitutionnel.

<sup>25</sup> C.E., Ass., 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres*, *GAJA*, 15<sup>ème</sup> éd., n°106.

<sup>26</sup> Favoreu (L.), Gaïa (P.), et al., *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1998, p.245.

<sup>27</sup> Keutcha Tchapgna, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *RFDC*, 2008, n°3, p.553.

<sup>28</sup> Voir Dittmann (A.), « Le recours constitutionnel en droit allemand », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10.

<sup>29</sup> Voir Kucsko-Stadimayer, « Les recours individuels devant la Cour constitutionnel en droit constitutionnel autrichien », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°10.

<sup>30</sup> Le tribunal constitutionnel espagnol protège les droits fondamentaux, non seulement par le biais du contrôle des normes, mais sur un recours direct des citoyens lésés, à l'imitation du « recours d'amparo » né dans le royaume d'Aragon et développé en Amérique latine. En effet, l'article 53-2 de la constitution de 1978 dispose que « Tout citoyen pourra invoquer la protection des libertés et droits reconnus devant les tribunaux ordinaires... et à travers le recours d'amparo devant le tribunal constitutionnel ». Le recours est ouvert contre les actes des organes législatifs, administratifs et judiciaires.

et les droits de l'homme<sup>35</sup> pour désigner en réalité les droits fondamentaux contenus dans la constitution. Et, par « actes règlementaires », il faut entendre toute décision générale et impersonnelle de l'exécutif, des collectivités locales, des établissements publics ou de toute autre personne publique<sup>36</sup>, ainsi que des organismes privés gérant un service public<sup>37</sup> à l'instar des ordres professionnels et des fédérations sportives<sup>38</sup>; ce qui exclut les actes non règlementaires qui désignent, selon la terminologie du Conseil d'Etat<sup>39</sup>, une décision qui n'édicte pas de règles, mais ne régit pas non plus des situations individuelles<sup>40</sup>. Ils peuvent prendre la forme de décret simple ou délibérés en conseil des ministres<sup>41</sup>, d'arrêté,

<sup>35</sup> Expression affectée d'une juridicité variable, les droits de l'homme sont d'abord des principes philosophiques proclamés dans les célèbres déclarations de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle (Voir Art. 2 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789). A partir du moment où de tels droits sont énoncés dans de textes de valeur juridique indiscutable, ils prennent toute leur portée juridique (constitution, convention, etc).

<sup>36</sup> Comme les groupements d'intérêt public (T.C., 14 février 2000, *Mme Verdier*, GAJA n°106).

<sup>37</sup> Ould Bouboutt (A.S.), « Les actes administratifs unilatéraux des organismes privés gérant un service public administratif. Encore des propos sur l'arrêt Hechter ! », in *Mélanges en l'honneur de J.F. Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p.793.

<sup>38</sup> C.E. Ass. 31 juillet 1942, *Monpeurt*, Rec.239 ; GAJA n° 53 ; C.E., Ass., 2 avril 1943, *Bouguen*, Rec.86 ; GAJA n° 54 ; C.E., 13 janvier 1961, *Magnier*, Rec.33 ; C.E., 22 novembre 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*, Rec.576, concl.J. Théry ; D.1975, p.739, note Lachaume ; C.E., 7 décembre 1984, *Centre d'études marines avancées*, RFDA 1985, p.381, Concl. O. Dutheillet de Lamothe, note Moderne. Voir :

<sup>39</sup> C.E., 10 mai 1968, *Commune de Broves*, Rec.297, Concl. O. Dutheillet de Lamothe ; C.E., 8 janvier 1971, *Urssaf des Alpes-Maritimes*, Rec.11 ; C.E., 30 novembre 1990, *Association Les Verts*, RFDA 1991, p.571, Concl. Pochard.

<sup>40</sup> C'est la « décision particulière », synonyme de « décision d'espèce » (Chapus), comme la déclaration d'utilité publique. Ni règlementaire, ni individuelle, cette décision s'applique à une situation ou une opération particulière, mais peut atteindre un ensemble indéterminé de personnes (Voir : Poirot-Mazères (I.), « Les décisions d'espèces », RDP 1992, p.443).

<sup>41</sup> Massot (J.), « Les catégories de décrets règlementaires : critère matériel et critère formel »,

de circulaire impérative<sup>42</sup>, de directive<sup>43</sup>, d'ordonnance<sup>44</sup> ou toute autre forme comme par exemple un acte du président d'une chambre parlementaire<sup>45</sup>, puisque les textes constitutionnels considérés visent les « actes »<sup>46</sup> présumés inconstitutionnels.

Dans ces conditions, de quelle manière les juges constitutionnels béninois et gabonais exercent-ils leur mission de gardien de la constitutionnalité des actes règlementaires attentatoires aux droits fondamentaux constitutionnels ? En confiant ainsi au juge constitutionnel une telle mission, n'aboutit-on pas à la dénaturation des droits des contentieux constitutionnel et administratif ? Peut-on parvenir à une efficacité du juge constitutionnel dans la mise en œuvre d'un contentieux qui lui est traditionnellement étranger ? Quels types de rapports les juges constitutionnel et administratif entretiennent-ils dans ces deux Etats ? Sont-ils hiérarchiques, concurrentiels ou complémentaires ? Il s'agit en somme d'analyser le droit du contentieux administratif de ces Etats au prisme du juge

in *Mélanges en l'honneur de Pierre Avril, La République*, Paris, Montchrestien, 2001, p.363.

<sup>42</sup> C.E., 18 décembre 2002, *Mme Duvignères*, Rec.463 ; GAJA n° 112. En l'espèce le juge a considéré que « les dispositions impératives à caractère général d'une circulaire ou d'une instruction doivent être regardées comme faisant grief ». Le Commissaire du gouvernement Tricot, dans ses conclusions dans l'arrêt *Institution Notre-Dame du Kreisker*, disait que « la circulaire est un pavillon qui peut recouvrir toutes sortes de marchandises : ordres du jour, conseil, recommandations, directives d'organisation et de fonctionnement, règles de droit... » (C.E., 29 janvier 1954, RDP 1955, p.175, note Waline).

<sup>43</sup> C.E., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, Rec.750 ; GAJA n°85. En l'espèce, le Conseil d'Etat avait admis que la commission nationale d'amélioration de l'habitat avait pu par des « directives », définir les normes au regard desquelles seraient prises les décisions du Fonds national d'amélioration de l'habitat.

<sup>44</sup> Portelli (H.), « Les ordonnances : les raisons d'une dérive », *Droits*, 2007, n°44.

<sup>45</sup> Voir II-B, 1.

<sup>46</sup> Du latin actus (action, mouvement) le mot acte a plusieurs sens mais on peut retenir qu'« est un acte juridique toute manifestation ou opération de la volonté destinée à produire des conséquences juridiques » (Cornu (G), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007).

constitutionnel. Du point de vue théorique, au moment où l'on critique la trop grande parenté formelle du droit des Etats africains francophones au droit français<sup>47</sup>, il est intéressant d'étudier une réforme constitutionnelle africaine qui trouve ses sources intellectuelles en dehors de l'espace francophone. Pratiquement, cette analyse tend à conclure, malgré quelques difficultés, à l'unité du droit.

Il apparaît qu'après avoir effectivement contribué à abolir la puissance souveraine et infaillible de la loi, le juge constitutionnel empêche désormais quotidiennement que le pouvoir réglementaire, en raison de l'inefficacité de la justice administrative, « devienne à son tour le vecteur d'un nouvel absolutisme de l'exécutif au Bénin et au Gabon. Un tel progrès du droit était invraisemblable dans les deux pays il y a (deux décennies) »<sup>48</sup>. On constate aussi, dans les deux pays, une volonté marquée du juge constitutionnel d'être en phase avec les préoccupations de la société et un souci manifeste de rendre ses activités plus visibles, notamment grâce à une large couverture médiatique qui est constamment faite de ses décisions<sup>49</sup> ; ce qui donne une image négative du juge administratif qui, curieusement semble

<sup>47</sup> Voir par exemple : Lath (Y.S.), « Les caractères du droit administratif des Etats africains de succession française. Vers un droit administratif africain francophone ? », *RDP* 2011, précité ; Koubi (G.), Kodjo-Grundvaux (S.), *Droit et colonisation*, Bruxelles, Bruylant, 2005 ; Kanté (B.), *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, Thèse, Orléans, 1983 ; Kamto (M.), *Droit administratif processuel du Cameroun*, P.U.C., 1990 ; Gaudemet (Y.), « L'exportation du droit administratif français. Brèves remarques en forme de paradoxe » in *Mélanges en l'honneur de Philippe Ardant*, Paris, LGDJ, 1999, p.432 ; Darbon (D.), « A qui profite le mime ? Le mimétisme institutionnel confronté à ses représentations en Afrique », in *Meny (Y.), dir., Les politiques du mimétisme institutionnel. La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p.13.

<sup>48</sup> <sup>48</sup> Keutch Tchapinga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.553.

<sup>49</sup> La plupart des décisions des juges constitutionnels béninois et gabonais sont régulièrement publiés soit dans des recueils soit sur internet (voir par exemple le site de l'ACCPUF : [www.accpuf.org](http://www.accpuf.org)).

s'y complaire. Cette place primordiale désormais occupée par le juge constitutionnel est aisément compréhensible : sa « jurisprudence produit un effet d'accroissement de visibilité des droits fondamentaux en leur donnant véritablement corps et l'interprétation qu'il dégage a naturellement vocation à imprégner l'ensemble des raisonnements des diverses juridictions, en raison de l'autorité attachée à ses décisions »<sup>50</sup>.

Mais les deux juridictions constitutionnelles considérées n'ont pas la même attitude dans ce type de contentieux (I) ; et, le contrôle des actes réglementaires par un juge constitutionnel ne peut qu'entraîner des conséquences logiques (II).

## I. - DEUX ATTITUDES CONTRASTEES

Les deux attitudes sont à la fois saisissantes et opposées : alors que la cour constitutionnelle gabonaise statue effectivement comme juge administratif, celle du Bénin fait preuve de frilosité en ne cessant de rappeler, sans convaincre, qu'elle est « juge de la constitutionnalité et non de la légalité des actes réglementaires ». Ainsi, dans le règlement du contentieux des actes réglementaires par un juge constitutionnel, l'« hardiesse occasionnelle »<sup>51</sup> ne vient pas du Bénin comme on pourrait, a priori, le penser ; le juge constitutionnel gabonais lui a volé la vedette en faisant preuve d'audace.

### A) La paradoxale frilosité du juge constitutionnel béninois

On sait que les textes, constitutionnels et organiques, mais aussi la jurisprudence, définissent et complètent sans cesse les

<sup>50</sup> Morales, « La protection juridictionnelle des droits fondamentaux : révélation d'une entente conceptuelle », Communication au VI<sup>ème</sup> Congrès français de droit constitutionnel, Montpellier, 9, 10, et 11 juin 2005, Atelier n°2 : Le renouveau du droit constitutionnel par les droits fondamentaux, p.8.

<sup>51</sup> Kamto (M.), « Charte africaine, instruments internationaux de protection des droits de l'homme, constitutions nationales : articulations respectives », in Flauss (J.-F.), Lambert-Abdelgawad (E.), dir., *L'application nationale de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.41.

principes du contentieux constitutionnel relatifs aux instruments du contrôle de la constitutionnalité des lois et à son domaine. Mais le droit constitutionnel devient essentiellement jurisprudentiel<sup>52</sup>; ce qui signifie que le juge constitutionnel, au gré des affaires dont il est saisi, « dit » le droit, sans prétention de répondre à une théorie, ou d'en construire une par ces décisions. Sa « jurisprudence est avant tout pragmatique »<sup>53</sup>. Dans ces conditions, il est difficile de parler de l'existence d'une « grande politique jurisprudentielle constitutionnelle »<sup>54</sup> constituée, selon la définition de Léo Hamon, de l'activité « par laquelle le juge use de son pouvoir d'appréciation et de rédaction des motifs de sa décision afin de voir assumer certaines positions, voire certains rôles à l'instance à laquelle il appartient »<sup>55</sup>.

### 1. Une frilosité constatée

En matière administrative, la Cour constitutionnelle béninoise a déjà annulé plusieurs actes administratifs. Ainsi, dans la décision DCC 03-90 du 28 mai 2003, la Cour constitutionnelle a annulé le décret n° 94-9 du 25 janvier 1994 portant destitution de grade d'un officier des Forces Armées Aériennes Béninoises. En l'espèce, par lettre n° 196/93/FA/dpe du 10 mars 1993, le commandant des Forces Aériennes a communiqué au Chef d'Etat major des Armées une liste de 4 personnes déclarées indisponibles des Forces Armées pour désertion et contre lesquelles « des projets de décision de radiation ont été élaborés ». Les dits projets de décision sont restés sans suite, sauf en ce qui concerne M. *Olivier Mahoudo Fassinou* matérialisé par le décret querellé. Devant la Cour, le requérant soutient que ce décret viole à la fois les articles 26 de la constitution et 3 de la Charte Africaine des

droits de l'homme et des Peuples<sup>56</sup>, en créant une discrimination entre lui et certains de ses collègues. La Cour répond « qu'il est établi que, s'agissant des mêmes fautes, absence illégale du corps et résidence à l'étranger sans autorisation, imputées à une même catégorie de personnels militaires régis par la même loi, il a été fait au requérant un traitement différent; qu'il y a lieu de dire et juger que le décret n° 94-9 du 25 janvier 1994 portant radiation du lieutenant *Olivier Mahoudo Fassinou* est contraire à la constitution et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples »<sup>57</sup>. Dans cette optique, elle a annulé un arrêté qui violait le même principe d'égalité, en expliquant que cette égalité « s'analyse comme une règle selon laquelle les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination »<sup>58</sup>.

Dans la décision du 18 avril 1994, la Cour avait été saisie par M. *Ahossi Comlan Basile* de l'inconstitutionnalité de l'arrêté interministériel n° 93-068/MFPRA/MFC/DC du 4 août 1993 portant fixation des modalités et programmes du test de sélection des préposés des douanes. Pour rendre sa décision, elle constate d'abord le caractère réglementaire de l'acte. La Cour constate en effet que « l'arrêté querellé, par ses dispositions à portée générale, est un acte réglementaire qui justifie son contrôle en constitutionnalité ». Elle décida par suite « qu'en limitant comme il l'a fait, aux seuls agents en service dans le ministère des finances, l'accès audit test, l'arrêté critiqué pose une mesure discriminatoire non conforme à la constitution ». Dans une autre, elle fut directement saisie par MM. *Gnahon Claude* et *Alimagnidokpo Léopold*, élèves Agents des Forces Armées de Sécurité Publique, contre le refus du Directeur Général de la Police Nationale d'exécuter les instructions du ministre de l'Intérieur, de la Sécurité et de

<sup>52</sup> Dominique Rousseau qualifie d'ailleurs la constitution de « charte jurisprudentielle des droits et libertés », in *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat Droit public », 1993, 3<sup>ème</sup> éd., p.327-355.

<sup>53</sup> Ibid., p.197.

<sup>54</sup> Ibid.

<sup>55</sup> Hamon (L.), *Les juges de la loi*, Paris, Fayard, 1987, p.167.

<sup>56</sup> « L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale » (art.26). « Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi » (article 3 de la Charte).

<sup>57</sup> Décision DCC 03-90 du 28 mai 2003, *Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle*, 2004, p.369.

<sup>58</sup> Décision DCC 96-025 du 2 mai 1996 ; Décision DCC 96-026 du même jour.

l'Administration du Territoire. La Cour, dans sa décision DCC 96-02 des 26 février et 27 mai 1996 décida que « le refus du Directeur Général de la Police Nationale d'exécuter les instructions est contraire à l'article 35 de la constitution »<sup>59</sup>.

La Cour constitutionnelle est consciente toutefois qu'elle a une compétence d'attributions. Ainsi, elle ne cesse de répéter, sans d'ailleurs convaincre, qu'elle n'est pas juge de la légalité des actes administratifs, au même titre que le juge administratif ordinaire. La Cour fut saisie par le sieur *Souza Serge* pour faire reconnaître son droit de propriété sur une parcelle de terrain illégalement occupé par M. *Guedegue*. Ce dernier avait « usé de ses relations occultes pour obtenir un arrêté préfectoral lui attribuant la même parcelle » ; or un jugement ayant acquis l'autorité de la chose jugée l'attribuait au sieur *Souza Serge*. La Cour juge « qu'il résulte de l'analyse des différents éléments du dossier que le requérant ne fait état d'aucune expropriation pour cause d'utilité publique, mais plutôt qu'un conflit domanial entre privés ; qu'un tel litige relève du domaine de la légalité ; qu'il échet donc de dire et juger que la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité et non de la légalité est incompétente pour en connaître »<sup>60</sup>. Dans une autre affaire, elle a considéré « que la détermination de la nature et du niveau de la qualification requise pour un emploi de l'Etat résulte de l'application des règles du Statut Général des Agents Permanents de l'Etat ; qu'il résulte de l'appréciation de la décision du Ministre de la fonction Publique et de la Réforme Administrative fixant les conditions de participation au test de recrutement relève du contrôle de légalité ; que la Cour

constitutionnelle, juge de la constitutionnalité ne saurait en connaître »<sup>61</sup>.

Dans l'affaire Ayato Ahoudjèzo, elle a jugé que « la requête d'un citoyen qui tend en réalité à faire contrôler par la Cour constitutionnelle la conformité à la loi de l'enregistrement d'un parti politique relève du contrôle de légalité dont la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité, ne saurait connaître »<sup>62</sup>. Cette attitude fait irrésistiblement penser à celle du Conseil constitutionnel français qui ne cesse de répéter « 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 »<sup>63</sup>. Mais un tel raisonnement ne peut être satisfaisant.

## 2. Une frilosité critiquable

Il est difficile de considérer que l'exercice assuré par le juge constitutionnel béninois ne constitue pas un « contrôle de légalité ». Certes la loi fondamentale de 1990 n'utilise pas cette expression, préférant celle de « contrôle de constitutionnalité » ; mais le « contrôle de légalité » ne s'analyse pas seulement par rapport à la norme de référence qu'est la loi. On peut considérer que l'appréciation de la régularité d'un acte administratif par rapport à la constitution est également un contrôle de légalité. En France, la Haute Assemblée elle-même n'hésite pas de contrôler la régularité d'un acte administratif par rapport à la constitution ; ainsi dans l'arrêt Koné il a contrôlé la conformité d'un décret d'extradition à un principe fondamental reconnu par les lois de la république selon lequel l'Etat doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but

<sup>59</sup>Article 35 : « 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 dans l'intérêt et le respect du bien commun ». Elle a aussi annulé une décision du Président de la République refusant la démission du médecin Lieutenant-colonel *Soulé Dankoro* qui souhaitait se présenter aux élections législatives (Décision DCC 95-047 du 28 mars 1995).

<sup>60</sup>Décision DCC 03-008 du février 2003, *Rec. précité*, p. 41. Voir également, Décision DCC 96-049 du 12 août 1996, à propos de la légalité d'un arrêté.

<sup>61</sup> Décision DCC 03-13 du 19 février 2003, *Rec. précité*, p.63.

<sup>62</sup> Décision DCC 03-019 du 19 février 2003, *Rec. précité*, p.89 ; voir également Décision DCC 03-016 du même jour, RADJI-ALI O. Habib, *Rec. Précité*, p.77.

<sup>63</sup> Formule apparue pour la première fois dans la décision n°74-54 DC du 15 janvier 1975, *IVG, Rec.19* et reprise depuis lors.

politique<sup>64</sup>. Les professeurs De Villiers et Le Divellec qualifient même ce type de contrôle de « contentieux constitutionnel » au sens où celui-ci « peut être ainsi défini comme l'ensemble des litiges liés à l'application de la constitution et donnant lieu à des prétentions opposées »<sup>65</sup>. Ils précisent que ce n'est que par « habitudes » qu'on ne considère que comme « contentieux constitutionnel » l'ensemble des règles d'organisation, de compétence et de procédure de certaines institutions au caractère juridictionnel fortement marqué<sup>66</sup>.

Des doutes peuvent donc être émis quant à cette frilosité du juge constitutionnel béninois. Tout d'abord, dans certaines affaires, on a l'impression qu'elle vise une disposition constitutionnelle juste pour donner une apparence de contrôle de constitutionalité tel que prévu par l'alinéa 2 de l'article 121 de la constitution. Il en est ainsi, par exemple, dans l'affaire ADAGBE dans laquelle le requérant alléguait un cas de violation des droits de l'homme : une discrimination par rapport à ses collègues de promotion de l'armée. En l'espèce, le juge constitutionnel béninois estime « qu'à l'appui (des) dires (du requérant) le Ministre a fourni une copie de la liste des éléments de la classe 95/1 par département, par ordre de mérite et par bataillon » ; qu'il ressort des éléments du dossier que le requérant n'est pas victime d'une mesure discriminatoire comme il prétend ; qu'en conséquence, il n'y a pas violation de l'article 26 de la constitution »<sup>67</sup>. Le raisonnement du juge est curieux : la décision n'indique pas le texte qui impose le classement des éléments « par département, par ordre de mérite et par bataillon » sur lequel le ministre s'est appuyé. Dans tous les cas cette règle ne figure pas dans la constitution.

Dans l'affaire BOSSOU Moïse, elle ne pouvait analyser la légalité de l'arrêté n°260/MISAT/DDC/DAI/SAAP du 22 novembre 1993 portant conditions et modalités d'enregistrement des associations que par

rapport à la du 1<sup>er</sup> juillet 1901. Dans cet arrêté, le Ministre de l'Intérieur et de l'Administration du Territoire avait décidé « qu'il ne sera enregistrée qu'une seule association de développement par entité administrative », « qu'une association régulièrement déclarée peut obtenir son titre d'enregistrement après enquête de moralité », que « les associations auxquelles l'autorisation est refusée ou retirée doivent cesser immédiatement leurs activités et procéder à la liquidation de leurs biens dans le délai d'un mois à compter de la date de notification de la décision en se conformant aux dispositions de leurs statuts et à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 ». La Cour constitutionnelle, après avoir visé les articles 25 et 98 et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples<sup>68</sup>, considère « que les conditions et modalités d'exercice que le Ministre de l'Intérieur et de l'Administration du Territoire pourrait décider dans le cadre de l'enregistrement des associations doivent se conformer aux prescriptions de la loi ; qu'il s'ensuit que l'arrêté querellé viole la constitution »<sup>69</sup>. Elle dit bien que l'arrêté « a empiété sur le domaine réservé à la loi »<sup>70</sup>.

Cette frilosité du juge constitutionnel béninois en matière administrative contraste avec ses célèbres hardiesses occasionnelles<sup>71</sup> dans le contentieux relatif aux principes d'organisation institutionnelle de la République et à celui lié au contrôle de la distribution constitutionnelle des pouvoirs. Il suffit de rappeler qu'en 2006 elle avait fait échec à un projet de révision constitutionnelle en se fondant sur la nécessité de respecter « le consensus national » qui a prévalu lors de la conférence nationale de 1990. Elle l'a érigée en principe à valeur constitutionnelle : « Considérant qu'au terme de l'article 80 de la constitution du 11 décembre 1990, les députés sont élus au suffrage universel direct, la durée du mandat est de 4 ans. Ils sont rééligibles. Chaque député est le représentant de la nation tout entière. Considérant que ce mandat de 4

<sup>64</sup> C.E., Ass., 3 juillet 1996, *Rec.* 255 ; *GAJA* n°99 ; *RFDA* 1996, p.882, notes Favoreu, Gaïa, Labayle.

<sup>65</sup> *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 7<sup>ème</sup> éd., p.81.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> Décision DCC 03-014 du 19 février 2003, *Rec.* précité, p.67.

<sup>68</sup> Ces dispositions sont relatives au domaine de la loi.

<sup>69</sup> Décision DCC 16-94 du 27 mai 1994, *Rec.* précité, p.59.

<sup>70</sup> Considérant 3.

<sup>71</sup> Aivo (F.J.), *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006.

ans qui est une situation constitutionnellement établie est le résultat du consensus national dégagé par la conférence des forces vives de la nation de février 1990 et consacré par la constitution en son préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du Peuple béninois à la confiscation du pouvoir ; que même si la constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du Peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990 et puis le consensus national principe à valeur constitutionnelle. Qu'en conséquence, les articles 1<sup>er</sup> et 2 de la loi portant révision de la constitution n° 2006/13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006 sans respecter le principe constitutionnel à valeur rappelée sont contraires à la constitution»<sup>72</sup>. Selon M. *Madior Fall*, la Cour aurait joué le rôle de rempart dans un moment où le système démocratique (béninois était) susceptible d'être en péril ; cette décision « restera gravée dans les annales de la jurisprudence constitutionnelle universelle »<sup>73</sup>.

Or comme on le sait, il est inhabituel qu'une juridiction constitutionnelle se déclare compétente pour contrôler la constitutionnalité d'une loi constitutionnelle<sup>74</sup> ; ce qui a conduit M. *Aivo* à se demander « si elle n'en fait pas trop...ne va pas trop loin...n'abuse pas de sa

position »<sup>75</sup>. La réponse est en tout cas positive pour le juge constitutionnel gabonais.

## B) L'audace du juge constitutionnel gabonais

Le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires par la Cour constitutionnelle gabonaise ne se limite plus à ceux censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques reconnues par l'article 84 de la constitution. Sa jurisprudence fait apparaître une volonté de contrôler tous les actes réglementaires, y compris ceux n'ayant aucun caractère de droits fondamentaux constitutionnels<sup>76</sup>.

### 1. La fusion

Cette jurisprudence commence de manière implicite dans une décision du 28 janvier 1993<sup>77</sup> : saisie pour vérifier la conformité à la constitution du décret n° 2056/PR/MDNSI du 27 novembre 1992 fixant les modalités de délivrance et de renouvellement de la carte nationale d'identité, la Cour constitutionnelle gabonaise annule les articles 9, 10 et 11 de ce texte au motif qu'ils violent « le principe de la légalité républicaine ».

La Cour ne définit cependant pas cette notion énoncée dans le préambule de la constitution qui dispose que « le peuple gabonais...animé par la volonté... d'organiser la vie commune d'après les principes de la souveraineté nationale, de la pluralité démocratique, de la justice sociale et de la légalité républicaine ». Il faut souligner qu'en France, le principe de la légalité républicaine renvoie à un Etat dans lequel les pouvoirs publics et les particuliers sont soumis au respect du droit. Appliqué dans le cadre

<sup>72</sup> Décision n°06-74 du 13 juillet 2006.

<sup>73</sup> Fall (I.M.), *Evolution constitutionnelle du Sénégal. De la veille de l'indépendance aux élections de 2007*, Université Cheikh Anta Diop, Dakar, coll. « CREDILA », 2007, p.159-160.

<sup>74</sup> Pactet (P.), « Le Conseil constitutionnel et l'œuvre constituante », in *Mélanges Favoreu*, précité, p.1373 ; Vedel (G.), *Manuel élémentaire du droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p.117 ; Troper (M.), « La logique de la justification du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Mélanges Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p.911 ; Kanté (B.), « Les méthodes et techniques d'interprétation de la constitution : l'exemple des pays d'Afrique noire francophone », in *Mélin-Soucramanien (F.), dir., L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p.165 ; Behrendt (C.), « Quelques réflexions sur l'activité du juge constitutionnel comme législateur-cadre », *Rev. de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2006, n°1-2, p.9.

<sup>75</sup> Aivo (F.J.), *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, précité.

<sup>76</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, Vol.3, n°1 et 2, Janvier-Décembre 2008, p.93.

<sup>77</sup> Décision n°2/93/CC du 28 janvier 1993, Rec. des décisions et avis, 1992-1995, p.93.

constitutionnel gabonais, « la mission de veiller au respect de la légalité républicaine, c'est-à-dire à l'Etat de droit, n'est pas confiée au seul juge constitutionnel. Cette mission est également, dans leur domaine de compétence respectif, du ressort des juridictions des ordres judiciaire, administratif et financier »<sup>78</sup>. Mais cette situation classe le droit gabonais, selon le doyen Vedel, parmi « les droits primitifs ». Pour lui en effet, le fait pour un Etat de se préoccuper du système de répartition des compétences témoigne que son « droit administratif est à certains égards un droit encore primitif ». En effet, « l'importance et la complexité des questions de compétence juridictionnelle rattachent le droit administratif aux droits insuffisamment évolués. C'est dans les droits primitifs que l'on centre l'attention sur le point de savoir quel juge sera saisi et comment. Un droit perfectionné attache plus d'importance au fond des litiges qu'aux complications de compétence »<sup>79</sup>.

La Cour constitutionnelle est plus explicite dans une affaire de 1994 dans laquelle elle invalide l'article 35 de la loi organique n° 10/94 du 17 septembre 1994 sur la Cour administrative qui attribue à cette dernière les recours pour excès de pouvoir formés contre les actes réglementaires : elle s'attribue, sans exclusive, « le contrôle de la régularité des actes réglementaires »<sup>80</sup>. Cette jurisprudence est confirmée deux ans après<sup>81</sup> au point d'être consacrée<sup>82</sup>. Comme le constate M. Zeh Ondoua, « depuis cette orientation jurisprudentielle insolite, la Cour agit comme si le constituant lui avait attribué le contrôle de la régularité juridique de tous les actes

réglementaires, sans exception »<sup>83</sup>. On n'est pas loin de l'esprit de l'arrêt Dame Lamotte du Conseil d'Etat français dans lequel le juge administratif a jugé que « le recours pour excès de pouvoir (...) est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qu'il a pour effet d'assurer (...) le respect de la légalité »<sup>84</sup>. Mais c'est surtout la confirmation de ce que disait Guillaume Drago : « le champ d'application du contrôle de conformité à la constitution ne connaît pas d'autres bornes que celles que le (juge constitutionnel) définit lui-même »<sup>85</sup> ; confirmant par-là les propos du doyen Vedel : le juge constitutionnel se sert non seulement de la gomme mais également du crayon.

La signification donnée à l'article 35 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle gabonaise participe, selon M. Zeh Ondoua, « également de la volonté de cette dernière de s'octroyer le contrôle des actes réglementaires qui sont de la compétence des juridictions administratives ». Le juge constitutionnel gabonais s'est même dégagé de la contrainte posée par cet article selon laquelle les actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux constitutionnels sont déferés devant lui « dans le mois de leur publication ». En d'autres termes, tout recours qui serait dirigé hors ce délai serait en principe irrecevable. Mais la Cour a jugé qu'« en l'absence de la publication dans les règles de (l'acte réglementaire litigieux), les délais de recours prescrits par la loi pour saisir la Cour constitutionnelle restent ouverts »<sup>86</sup>.

<sup>78</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », précité, p.93.

<sup>79</sup> Vedel (G.), *Droit administratif*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 1980, p.110.

<sup>80</sup> Décision n°6/94/CC du 15 septembre 1994, Rec. des décisions et avis, 1992-1995, p.217.

<sup>81</sup> Décision n°9/96/CC du 3 mai 1996, *Rec. des décisions et avis*, 1996, p.33.

<sup>82</sup> Décision n°8/CC du 17 avril 2001, *Herdo informations*, n°439 du 26 mai 2001, p.82 ; Décision n°10/CC du 29 juin 2001, *Herdo informations*, n°14 du 28 juillet 2001, p.116 ; Décision n°144/CC du 28 octobre 2002, *Herdo informations*, n°464 du 28 septembre 2002, p.225.

<sup>83</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, précité, p.93.

<sup>84</sup> C.E., Ass. 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c/ Dame Lamotte*, Rec.110 ; RDP 1951, p.478, concl. J. Delvolvé, note M. Waline ; GAJA, n° 62.

<sup>85</sup> « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », in *Mélanges Drogo*, précité, p.10.

<sup>86</sup> Décision n°8/CC du 17 avril 2001, précité ; Décision n°10/CC du 29 juin 2001 ; Voir Badenga Lendoye (R.), « Le défaut de publication d'un acte réglementaire devant la cour constitutionnelle », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, vol.2, janvier-juin 2003, p.173-179.

## 2. La confusion

Cette interprétation de cet article 35 de la loi organique la concernant « est d'autant plus déroutante qu'en matière de contentieux de constitutionnalité et de légalité des actes réglementaires, la forclusion n'est pas insurmontable »<sup>87</sup>. Le requérant forclus, pour n'avoir pas saisi le juge constitutionnel dans le mois de publication d'un acte réglementaire, peut en effet, si cet acte lui est opposé à l'occasion d'un procès devant une juridiction ordinaire, exciper de l'exception d'inconstitutionnalité. Il suffit de rappeler que l'article 86 de la constitution gabonaise dispose que « tout justiciable peut, à l'occasion d'un procès devant un tribunal ordinaire, soulever l'exception d'inconstitutionnalité à l'encontre d'une loi ou d'un acte réglementaire qui méconnaîtrait ses droits fondamentaux. Le juge du siège saisi la Cour constitutionnelle par voie d'exception préjudicielle ». De même, devant le juge administratif, lorsqu'il existe un lien de connexité entre un règlement de base et la mesure d'application de ce règlement, le requérant peut, lors d'un recours en appréciation de la légalité de la seconde, soulever à l'encontre du premier l'exception d'illégalité alors que les délais de recours pour sa contestation sont échus. En matière de recours pour excès de pouvoir en effet, l'exception tirée de l'illégalité d'un acte réglementaire non attaqué en temps utile est perpétuelle, c'est-à-dire qu'elle peut être évoquée à tout moment à l'occasion d'un recours contre toute mesure ultérieure appliquant l'acte réglementaire considéré<sup>88</sup>. Affranchi de la répartition constitutionnelle du contentieux des actes réglementaires telle que voulue par le constituant, ainsi que des conditions de recevabilité des recours y afférents, le juge constitutionnel gabonais « reçoit désormais, sans exception et à tout moment, les recours formés contre tous les actes réglementaires »<sup>89</sup> ; faisant ainsi penser

aux « spectres du gouvernement des juges »<sup>90</sup>, notamment lorsqu'on sait que cette Cour avait découvert des objectifs à valeur constitutionnelle au nombre desquels figurent « l'applicabilité et la lisibilité de la loi »<sup>91</sup>. Or on sait qu'il s'agit là d'« une catégorie juridique introuvable »<sup>92</sup>.

On sait aussi que dans la doctrine constitutionnelle « le concept de gouvernement des juges *stricto sensu* est employé à propos des seuls juges constitutionnels, dès qu'ils exercent le pouvoir législatif »<sup>93</sup>, comme cela semble être le cas au Gabon. Ainsi, Edouard Lambert cite d'ailleurs la formule de l'évêque Hoadley, souvent invoquée par les réalistes américains : « quand quelqu'un a une autorité absolue pour interpréter des lois écrites ou orales, c'est lui qui est en réalité le législateur à tous égards et à toutes fins, et non pas la personne qui la première les a écrites ou prononcées »<sup>94</sup>. Charles Eisenmann ne dit pas autre chose : « Si le juge pouvait en fait énoncer lui-même les principes applicables, le gouvernement des juges se substituerait au

<sup>90</sup> Troper (M.), « Le bon usage des spectres du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, p.49.

L'expression « gouvernement des juges » vient des USA (Voir Stone, Seidman, Sunstein, Tushnet, *Constitutional Law*, Boston, Toronto, Little, Brown and Company, 2<sup>ème</sup> éd., 1991). Elle a été introduite en France par Edouard Lambert, qui la fait figurer dans le titre même de son ouvrage. Il qualifie ainsi la Cour suprême des Etats-Unis (Lambert (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis ; l'expression américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921).

<sup>91</sup> Décision n°3/CC du 27 février 2004, *Afrique Juridique et Politique, La revue du CERDIP*, vol.2, n°2, Juillet-décembre 2006, p.148, note Essono Ovono.

<sup>92</sup> Levade (A.), « Les objectifs à valeur constitutionnelle, vingt ans après. Réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p.687.

<sup>93</sup> Troper (M.), « Le bon usage des spectres du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », précité, p.53.

<sup>94</sup> Lambert (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis ; l'expression américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, précité, p.58.

<sup>87</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, précité, p.95.

<sup>88</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général*, T.I., précité, p.767.

<sup>89</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, précité, p.95.

gouvernement du législateur. Sous une apparence usurpée de justice et de la règle de droit, ce serait en réalité le subjectivisme le plus désordonné : le droit naturel aurait retrouvé son paradis »<sup>95</sup> ; entraînant logiquement certaines conséquences.

## II. - DEUX CONSEQUENCES LOGIQUES

Le contrôle par le juge constitutionnel africain des actes règlementaires induit deux conséquences au moins : la première est qu'on ne peut plus affirmer, comme à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle, que « juger l'administration c'est encore administrer »<sup>96</sup> ; ce type d'actes de l'administration étant désormais susceptibles d'annulation par le juge constitutionnel qui, historiquement, n'a jamais été considéré comme un « administrateur ». La seconde consiste à déduire que ces réformes africaines créent, du point de vue matériel, une nouvelle catégorie de « juge administratif », à côté de ceux à compétence générale<sup>97</sup> et à compétence spécialisée<sup>98</sup>.

### A) Juger l'administration n'est pas nécessairement administrer

Pour mieux comprendre l'évolution institutionnelle connue par les deux Etats africains, il est impérieux de revisiter et d'interroger l'histoire du droit administratif

<sup>95</sup> Cité par Léo Hamon, *Les juges de la loi. Naissance et rôle d'un contre-pouvoir : le conseil constitutionnel*, Paris, Fayard, 1987, p.281.

<sup>96</sup> L'ensemble des travaux contenus dans les *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice* (Paris, Dalloz, 2007) semble d'ailleurs confirmer cette analyse (voir notamment l'article de Yves Jegouzo, « A propos de la fonction consultative du Conseil d'Etat », p.505 et s.).

<sup>97</sup> Il s'agit des juridictions chargées de connaître du contentieux administratif de droit commun, que René Chapus qualifie de « médecins généralistes » (*Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat droit public », 2006, 12<sup>ème</sup> éd., p.98). En France ce sont : le conseil d'Etat, les Cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs.

<sup>98</sup> Ce sont en quelque sorte des « médecins spécialistes » (Ibid., p.98) : juridictions ordinales, juridictions universitaires, Commission spécialisée de cassation des pensions, etc.

français ; car comme le rappelle Pierre Delvolvé<sup>99</sup>, le droit administratif n'est pas né du hasard. On ne peut rien y comprendre si l'on ne remonte à ses racines<sup>100</sup>. Il est essentiellement lié à la formation de l'Etat en France, bien avant que la Révolution ait contribué à lui donner un essor.

### 1. Au commencement était le juge administratif

Définissant le droit administratif, Jacques Moreau le considérait comme « le fruit de l'incessant dialogue établi entre l'administration et le juge administratif »<sup>101</sup>. Une telle approche s'avère insuffisante car le juge administratif applique parfois des règles de droit privé<sup>102</sup>, et inversement, le juge judiciaire peut être amené à utiliser, voire à créer du droit administratif<sup>103</sup>. En outre, il est admis que les sources du droit administratif tendent à se diversifier : la loi, mais aussi la jurisprudence constitutionnelle et le droit communautaire, se font plus présents<sup>104</sup>. Mais, « l'originalité du système français du règlement du contentieux administratif (...) tient d'abord au rôle de tout premier plan que

<sup>99</sup> Delvolvé (P.), *Le droit administratif*, Paris, 1998, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 2<sup>ème</sup> éd., p.2.

<sup>100</sup> Voir Burdeau (F.), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995 ; Mestre (J.L.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1995.

<sup>101</sup> *Droit administratif*, Paris, 1989.

<sup>102</sup> Le juge administratif fait couramment application de certaines dispositions du code civil, tout en les interprétant à sa façon. Est particulièrement ancienne et constante l'application des articles 1153 et s. relatifs aux intérêts moratoires (C.E., 12 juin 1987, *Preyval*, Rec.210 ; LPA 9 octobre 1987, p.4, note Moderne ; C.E., 28 novembre 1975, *Ville de Douai*, Rec.603, concl. Aubin), de l'article 1326 relatif à la rédaction des engagements de payer une somme d'argent (C.E., 28 juin 1996, *Krief*, D.A. 1996, n°452).

<sup>103</sup> Voir par exemple : Cass. Civ. 23 novembre 1956, *Trésor public c/ Giry*, Bull. civ., II, p.407 ; GAJA n°74 ; Cathala (T.), *Le contrôle de la légalité administrative par les tribunaux judiciaires*, Paris, LGDJ, 1966 ; Tercinet (J.), *Les tribunaux judiciaires, juges de l'action administrative*, thèse droit, Grenoble, 1972.

<sup>104</sup> Van Lang (A.), Gondouin (G.), Inseguet-Brisset (V.), *Dictionnaire de droit administratif*, Paris, A. Colin, 2005, 4<sup>ème</sup> éd., p.128.

joue la juridiction administrative »<sup>105</sup>. Le juge administratif est effectivement vu par la doctrine dominante comme un garant de l'existence du droit administratif. La liaison de la compétence contentieuse et du fond<sup>106</sup> édifie, estime-t-elle, une structure si solide qu'elle devrait protéger longtemps encore le droit administratif<sup>107</sup>. « Parce que le droit administratif n'est pas codifié... parce qu'aucune loi n'a jamais déterminé ses notions fondamentales et ses principes dominants, il est revenu au juge administratif de se faire, à proprement parler, jurislature (...) Le droit administratif est devenu fondamentalement jurisprudentiel » dit René Chapus<sup>108</sup>. « L'application du code civil à l'administration ayant été expressément écartée<sup>109</sup>, il a fallu déterminer le droit qui lui est applicable. C'est la juridiction administrative, et essentiellement le Conseil d'Etat, qui l'a élaboré », ajoute M. Delvolvé<sup>110</sup>. Il ya donc « un lien direct et réciproque entre l'application des règles autonomes, exorbitantes du droit privé, et la compétence de la juridiction administrative »<sup>111</sup>.

Sans doute, ni les procédures d'arbitrage, ni celles de conciliation ne sont exclues ; et ces dernières tendent même à se

développer<sup>112</sup> en vue d'accroître les chances d'arrangement à l'amiable. Cependant le règlement des litiges est et reste avant tout juridictionnel. Cette originalité « procède notamment de ce que la juridiction administrative française a d'unique et qui est spécifiquement français » formulé par la loi des 16-24 août 1790 et du décret du 16 fructidor An III<sup>113</sup>. Elle le doit à la réunion de trois caractères, qui sont pour elle autant de facteurs d'identité et d'efficacité : - sa séparation absolue de l'ordre judiciaire, source d'indépendance, d'égalité et d'autorité morale ; - une magistrature faite de juges qui ne sont pas comme les autres (sans les assujettir) à l'administration et qui sont telles qu'on peut les présenter comme des « juges-administrateurs » ; - une compétence de principe à l'égard du contentieux de l'administration-puissance publique, ce qui (...) lui attribue le jugement, non seulement des recours tendant à l'annulation des actes administratifs illégaux, mais aussi ceux qui tendent à des condamnations pécuniaires »<sup>114</sup>.

<sup>105</sup> Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat droit public », 2006, 12<sup>ème</sup> éd., p.8.

<sup>106</sup> Lachaume (J.-F.), « La liaison entre la compétence et le fond en droit administratif », in *L'exorbitance du droit administratif en question (s)*, Etudes réunies par F. Melleray, Paris, LGDJ, 2004, p.71.

<sup>107</sup> Pour un avis contraire, voir : Truchet (D.), « Avons-nous encore besoin du droit administratif ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p.1039 ; du même auteur, « Plaidoyer pour une cause perdue : la fin du dualisme juridictionnel », *AJDA*, 25 sept.2005, p.1767.

<sup>108</sup> Chapus (R.), *Droit administratif général, T.I.*, précité, p.78.

<sup>109</sup> C.E., 6 décembre 1855, *Rotschild, Rec.707* ; et surtout T.C., 8 février 1873, *Blanco, Rec. 1<sup>er</sup> suppl.*, p.61, Concl. David ; GAJA n°1.

<sup>110</sup> Delvolvé (P.), *Le droit administratif*, précité, p.77.

<sup>111</sup> David, Concl. sur T.C., 8 février 1873, *Blanco, D.1873,III,p.20* ; *S.1873,III,p.153*.

<sup>112</sup> Voir par exemple, l'Acte Uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage de l'OHADA qui dispose que : « Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements publics peuvent être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitrabilité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage » (Article 2 alinéa 2). Voir J.O. OHADA, 15 mai 1999, p. 2 ; voir commentaire de l'Acte Uniforme par Pierre Meyer, in *code OHADA, Traité et Actes Uniformes commentés et annotés*, Poitiers, éd. Juriscope, 2008, 3<sup>ème</sup> éd., p.119. Kamto (M.), « La participation des personnes morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA », in *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruylant, 2000, p.89 et s.

<sup>113</sup> Posant le principe de la séparation des fonctions judiciaires et des fonctions administratives, ces textes révolutionnaires interdisent aux juges de « troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, de citer les administrateurs pour raison de leurs fonctions, de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient » (Voir Mestre (J.L.), *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985).

<sup>114</sup> Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, précité, p.9.

L'auteur de cet extrait constate avec regret, semble-t-il, que rien de tel dans ceux de nombreux pays étrangers qui sont également dotés d'une juridiction administrative, et alors même que le modèle français a contribué à déterminer le statut de cette juridiction (qui parfois, n'est pas entièrement séparé de l'ordre judiciaire, ou dont les juges ne se distinguent pas des magistrats judiciaires par rien d'autre que la spécialité de leur compétence, ou encore dont la compétence est en principe limitée à l'annulation des actes administratifs illégaux)<sup>115</sup>. On peut donc parler d'une conception spécifiquement française de la justice administrative à travers le célèbre principe « juger l'administration, c'est encore administrer ». Et, l'institution du Conseil d'Etat et des Conseils de préfecture à la fin du 18<sup>ème</sup> siècle en France procède de la concrétisation de cette conception ; celle-ci procède de la considération et de la conviction qu'un juge administratif doit être, non pas et sans plus un juge spécialisé en matière administrative, mais un juge ayant l'esprit de l'administrateur, un juge conscient que ses décisions doivent être un complément de l'action administrative.

En d'autres termes, et pour utiliser une formule qui sera maintes fois reprise au cours du temps, cette conception, remarquablement analysée par Pierre Sandevour<sup>116</sup>, procède de la considération que, statuer en matière de contentieux administratif, « c'est encore administrer »<sup>117</sup>. « Ainsi, l'administration se compose de deux parties distinctes : l'une règlementaire : c'est l'administration proprement dite ; l'autre contentieuse : c'est ce qu'on appelle le contentieux administratif » avait écrit Henrion de Pansey dans les débuts du 19<sup>ème</sup> siècle<sup>118</sup>. « C'est encore et ce doit être encore administrer » martèle René Chapus<sup>119</sup>, car le service de l'intérêt général ne peut vraiment être assuré que si la sensibilité aux besoins de l'action

administrative est pleinement conjointe à la préoccupation de réparer les torts causés aux administrés<sup>120</sup>. Bernard Pacteau ajoute que « juger l'administration, c'est bien aussi devoir non pas seulement censurer et réparer, mais aussi faire, et à tout le moins dire précisément quoi faire »<sup>121</sup>.

On peut croire que c'est cet objectif d'équilibre et de conciliation entre le souci de tenir compte des besoins de l'administration et la volonté d'assurer le respect des droits et intérêts privés que Napoléon Bonaparte définissait en exprimant, en 1806, sa volonté que le Conseil d'Etat soit « un corps demi-administratif, demi-judiciaire »<sup>122</sup>, c'est-à-dire un corps où se rencontrent et s'harmonisent l'esprit de l'administration et le sens de la justice. En d'autres termes encore, le Conseil d'Etat doit être une institution qui, tout à la fois, « donne aux citoyens toutes les garanties d'un jugement réel » et « donne à l'administration la certitude que ses juges seront pénétrés de son esprit et familiers de ses besoins »<sup>123</sup>.

Ce principe explique aujourd'hui que les juridictions administratives françaises cumulent les attributions d'ordre administratif et des attributions proprement juridictionnelles<sup>124</sup>. Il y a là, assurément,

<sup>120</sup> Ibid.

<sup>121</sup> Pacteau (B.), « Vicissitudes (et vérification... ?) de l'adage « Juger l'administration, c'est encore administrer », in *Mélanges en l'honneur de F. Moderne*, Paris, Dalloz, 2004, p.325. Cet adage se vérifie aisément en matière de réserves d'intérêt général qui souvent justifient certaines illégalités (voir Brenet (F.), « Les réserves d'intérêt général », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume, Le droit administratif : permanences et convergences*, Paris, Dalloz, 2007, p.139); faisant du juge administratif un protecteur des prérogatives de l'administration (Mestre (A.), *Le Conseil d'Etat, protecteur des prérogatives de l'administration. Etudes sur le recours pour excès de pouvoir*, Paris, LGDJ, 1974 ; Pavageau (S.), « Le Conseil d'Etat est-il encore le protecteur des prérogatives de l'administration ? », *RRJ* 2005, p.309-336).

<sup>122</sup> Voir : Pelet de la Lozère, *Opinions de Napoléon*, éd. F. Didot, 1833, p.191.

<sup>123</sup> Vivien, *Rapport sur le projet de loi relative au Conseil d'Etat*, S. 1849, L., p.8.

<sup>124</sup> Jegouzo (Y.), « A propos de la fonction consultative du Conseil d'Etat » in *Mélanges Labetoulle, Juger l'administration, administrer la*

<sup>115</sup> Ibid.

<sup>116</sup> Sandevour (P.), *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, Paris LGDJ, 1964.

<sup>117</sup> Hauriou, note sous C.E., 6 février 1903, *Terrier*, S. 1903, 3, p.25, Concl. Romieu.

<sup>118</sup> *De l'autorité judiciaire en France*, Paris, 1827, éd. Th. Barrois, 3<sup>ème</sup> éd., vol. II, p.331-332.

<sup>119</sup> Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, précité, p.45.

un « mode de fonctionnement profondément ancré dans la tradition française », qui est « l'expression même de la conception française de la séparation des pouvoirs » et qui « donne des résultats que, dans beaucoup de pays, on cherche à atteindre »<sup>125</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a même énoncé que « la création et l'existence même de la juridiction administrative peuvent être saluées comme l'une des conquêtes les plus éminentes d'un Etat de droit »<sup>126</sup>.

Mais au sud de la méditerranée, on peut juger l'administration sans administrer.

## 2. Juger l'administration africaine sans administrer

Comme on le note, les exemples béninois et gabonais relativisent cette conception : on peut juger l'administration sans administrer, sans nécessairement avoir l'esprit « d'administrateur », en ayant exclusivement l'esprit de « juge »<sup>127</sup> ou même parfois d'« organe politique ». En France, c'est un ancien vice-président du Conseil d'Etat, ancien ministre du Général de Gaulle, et ancien membre du Conseil constitutionnel, Bernard Chenot, qui confessait, lors d'un colloque tenu à Aix-en-Provence, le 2 décembre 1977 que « je n'ai jamais pensé une seconde que le Conseil constitutionnel fût un organe juridictionnel ; c'est un corps politique par son recrutement et par les fonctions qu'il

remplit »<sup>128</sup>. C'est également un professeur de droit, futur membre du Conseil constitutionnel, Paul Coste-Floret, qui, dès 1958, lors des débats du Comité consultatif constitutionnel, qualifie le Conseil « d'organe politico-juridique ayant une compétence pour statuer du point de vue juridique et du point de vue de l'opportunité politique »<sup>129</sup>. Dominique Rousseau qualifie cette controverse de « stérile en séparant à tort le juridique du politique » ; il propose de qualifier le juge constitutionnel d'« assemblée de légistes » constituée « des hommes de la loi et non des élus politiques qui participent à la confection des lois dans des conditions, des formes et avec des préoccupations différentes de celles des assemblées parlementaires ». C'est une « juridiction exerçant une fonction politique »<sup>130</sup>.

L'analyse est d'autant plus pertinente que les constituants gabonais et béninois ont fait le choix de la nomination politique des membres de la juridiction constitutionnelle. Au Gabon, les neuf membres de la Cour sont désignés à raison de trois par le Président de la République, trois par le Président de l'Assemblée nationale et trois par le Président du Sénat<sup>131</sup>. Au Bénin, sur les sept juges constitutionnels, trois sont choisis par le chef de l'Etat et quatre par le Bureau de l'Assemblée nationale<sup>132</sup>. En effet l'attribution aux juges constitutionnels béninois et gabonais du contentieux des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux constitutionnels résulte d'autres considérations et notamment des faiblesses de la justice administrative en Afrique en général d'une part et de l'autoritarisme des régimes politiques d'autre part, aux fins de mieux lutter contre les multiples et divers « aléas politiques »<sup>133</sup>.

*justice*, Paris, Dalloz, p.505 ; Robineau (Y.), Truchet (D.), *Le Conseil d'Etat*, Paris, PUF, 1994.

<sup>125</sup> Bonichot (J.-C.), Concl. sur C.E., 5 avril 1996, *Syndicat des avocats de France*, Rec.118 ; *JCP* 1997, n°22817, note J.M. Breton ; *LPA*, octobre 1996, n°119, note Sabete ; *RFDA* 1996, p.1195.

<sup>126</sup> CEDH, 7 juin 2001, *Mme Kress c./ France* (69<sup>ème</sup> point), *AJDA* 2001, p.675, note Rolin ; D. 2001, p.2619, note R. Drago ; *RFDA* 2001, p.991, note Genevois ; *Gaz. Pal.* 4-5 octobre 2002, note Cohen-Jonathan.

<sup>127</sup> Malgré le silence des textes, la doctrine, dans sa majorité, croit pouvoir attribuer au juge constitutionnel une nature juridictionnelle (Voir : Marcel Waline, *Préface aux grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Favoreu (L.), Philip (L.), Paris, Sirey, 1986 ; Luchaire (F.), « Le conseil constitutionnel est-il une juridiction ? *RDP* 1979, p.27 ; Rivero (J.), *Libertés publiques*, Paris, PUF, 1981.

<sup>128</sup> Chenot (B.), *Le domaine de la loi et du règlement*, P.U.A.M., 1978, p.178 ; Le Conseil constitutionnel, Académie des Sciences Morales et Politiques, 9 décembre 1985.

<sup>129</sup> Paul Coste-Floret, *Débats et Avis du C.C.C.*, La Documentation Française, 1960, p.57.

<sup>130</sup> Rousseau (D.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1993, 3<sup>ème</sup> éd., p.53-55.

<sup>131</sup> Article 89 de la constitution de 1991.

<sup>132</sup> Article 115 de la constitution de 1990.

<sup>133</sup> Ahadzi-Nonou (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats

Ibrahim Salami qualifie le juge administratif béninois d' « un juge enfermé dont l'office est limité »<sup>134</sup>.

S'agissant des classiques faiblesses de la justice administrative, au cours de son évolution, malgré quelques progrès significatifs réalisés<sup>135</sup>, la justice administrative en Afrique a fait l'objet de nombreux procès qui ont concouru à justifier la désaffection des justiciables potentiels<sup>136</sup> : subordination parfois excessive au pouvoir politique, vénalité des juges, juridisme excessif des règles de procédure, éloignement de l'institution par rapport à la population, etc.<sup>137</sup>. « Au Bénin (l'activité contentieuse de la Haute Juridiction en matière administrative) tend même à décroître. Quelques chiffres permettent de rendre compte de cette situation. Au Gabon, la Chambre administrative a rendu de 1963 à 1984 inclus, 247 arrêts... Au Bénin, ce sont 333 arrêts qui ont été rendus de 1962 à 1984 »<sup>138</sup>. De manière générale, la capacité du juge administratif à satisfaire l'attente des justiciables dans sa fonction contentieuse était constamment mise en doute, si l'on en juge par des critiques de plus en plus nombreuses qui

mettaient l'accent sur son inefficacité, sa lenteur pour protéger correctement les droits des individus et la mauvaise exécution de ses décisions. « Régulatrice de l'activité administrative, protectrice des droits des administrés, la Chambre administrative béninoise (n'est malheureusement) pas connue des administrés. Même lorsque l'étape de la connaissance est franchie par les administrés, peu d'entre eux croient en son efficacité »<sup>139</sup>. La situation est semblable au Gabon<sup>140</sup>.

Quant à l'autoritarisme des régimes politiques, le regain d'intérêt pour la protection constitutionnelle des droits et libertés est né de l'aspiration des peuples africains à un véritable système libéral comme indiqué. Les populations gabonaise et béninoise, à l'instar des autres populations africaines, vivaient sous « un régime fort » marqué par « le pouvoir personnel... qui domine simultanément l'exécutif, le législatif... le judiciaire... et le parti »<sup>141</sup>. Afin de garantir l'exercice effectif des droits, il est donc prévu des mécanismes sophistiqués de protection parmi lesquels les juridictions constitutionnelles occupent une place spéciale<sup>142</sup>. Dans l'exercice de sa mission, le juge constitutionnel semble donc prendre en compte cette volonté populaire<sup>143</sup>.

---

d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et Politique, La Revue du CERDIP*, Vol.1, n°2, Juillet-décembre 2002, p. 45.

<sup>134</sup> Salami (I.D.), « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin », *Rev. Béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2011, n°25, p.95-1139.

<sup>135</sup> De Gaudusson (J. du Bois), « Le statut de la justice dans les Etats d'Afrique francophone », *Afrique contemporaine*, n°156 (numéro spécial), 1990, p.6.

<sup>136</sup> Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.555.

<sup>137</sup> De Gaudusson (J. du Bois), « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », in Conac (G.), J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, T.III, *La jurisprudence administrative*, Paris, Economica, 1988, p.7 ; Salami (I.D.), « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin », *Rev. Béninoise des sciences juridiques et administratives*, précité.

<sup>138</sup> De Gaudusson (J. du Bois), « La jurisprudence administrative des cours suprêmes en Afrique », in Conac (G.), J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, T.III, *La jurisprudence administrative*, précité, p.7

---

<sup>139</sup> Holo (Th.), « Contribution à l'étude des Chambres administratives : cas de la Chambre administrative de la Cour populaire centrale du Bénin », in Conac (G.), J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, T.III, *La jurisprudence administrative*, précité, p.30.

<sup>140</sup> Essimengane (S.), « Le contentieux administratif gabonais. Aperçu de la jurisprudence des juridictions administratives de 1960 à 1985 », in Conac (G.), J. du Bois de Gaudusson (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, T.III, *La jurisprudence administrative*, précité, p.228.

<sup>141</sup> Duverger (M.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, cité par Gonidec (P.F.), *Les systèmes politiques africains*, Paris, LGDJ, 1978, p.123.

<sup>142</sup> Ahadzi-Nonou (K.), « Droits de l'homme et développement : théories et réalités », in *Mélanges en l'honneur de Yves Madiot, Territoires et Libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.120-121.

<sup>143</sup> Vignon (Y.B.), « La protection des droits fondamentaux dans les nouvelles constitutions africaines », *Rev. Nigérienne de Droit*, n°3, décembre 2000, p.91 ; Donfack Sokeng (L.), « L'Etat de droit en Afrique », *Afrique Juridique et*

Ces réformes africaines viennent rappeler qu'historiquement, le principe français de séparation des autorités administratives et judiciaires<sup>144</sup> ne visait qu'à cantonner les tribunaux « dans la solution des procès », leur interdisant « de faire œuvre d'administration »<sup>145</sup> ; « le texte de 1790 a été ... plus qu'un prétexte ; sa portée s'explique par un contexte »<sup>146</sup>, comme le démontre aujourd'hui l'évolution de la jurisprudence. Celle-ci permet désormais au juge judiciaire de statuer sur la légalité d'un acte administratif. En effet, le Tribunal des conflits a d'abord attribué compétence au juge judiciaire pour apprécier la conformité d'un acte administratif au droit communautaire<sup>147</sup>, remettant ainsi largement en cause la jurisprudence Septfonds selon laquelle le juge judiciaire a le pouvoir d'interpréter un acte administratif de caractère réglementaire<sup>148</sup>. Il a ensuite jugé, en reprenant le principe énoncé dans l'arrêt SCEA du Chéneau « que (les principes régissant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction)..., qui ne trouvent pas à s'appliquer lorsque la contestation incidente concerne la conformité d'un acte administratif au droit de l'Union européenne, doivent en outre être conciliés tant avec l'exigence de bonne administration de la justice qu'avec les principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions, en vertu desquels tout justiciable a droit à ce que sa demande soit jugée dans un délai raisonnable ; il suit de là que, si en cas de contestation sérieuse portant sur la légalité d'un acte administratif, les tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile doivent surseoir à statuer jusqu'à ce que la question préjudicielle de la légalité de cet acte soit tranchée par la juridiction administrative, il en va autrement lorsqu'il apparaît clairement, au vu notamment d'une jurisprudence établie, que la contestation

peut être accueillie par le juge saisi au principal ».<sup>149</sup> Ainsi que le commente Hélène Pauliat, « en retenant comme évidente la compétence judiciaire, le Tribunal des conflits paraît s'attaquer à ce qui fait le cœur même de la compétence du juge administratif... Le risque est alors que, sous couvert de ne confier au juge judiciaire qu'un contrôle technique, le Tribunal en vienne à reconnaître également à ce dernier un certain contrôle des sources dont le juge administratif avait jusqu'ici la maîtrise »<sup>150</sup>.

Il faut aussi rappeler que depuis longtemps le juge judiciaire non répressif peut apprécier la légalité d'un acte administratif en cas de voie de fait<sup>151</sup> ; quant au juge répressif, il dispose d'une plénitude de juridiction qui a conduit la jurisprudence à lui reconnaître le pouvoir non seulement d'interpréter les actes réglementaires mais d'en apprécier la légalité<sup>152</sup> ; le nouveau code pénal français l'a même étendu aux actes individuels<sup>153</sup>. En Afrique, au moment des indépendances, le fait de confier le contentieux administratif à des magistrats en choisissant le monisme juridictionnel<sup>154</sup>, démontrait déjà à suffisance que ce type de litiges peut être tranché par des autorités judiciaires n'ayant aucun esprit d'« administrateur »<sup>155</sup>.

## B) La Cour constitutionnelle : juge administratif *sui generis*

Au regard des moyens de droit utilisés par les cours constitutionnelles du Gabon et du Bénin, peut-on qualifier ces institutions de véritables « juridictions administratives spécialisées » ? Cette question ne trouve de

*Politique, La Revue du CERDIP*, Vol.1, n°2, Juillet-décembre 2002, p.87.

<sup>144</sup> Posé par les lois des 16-2 août 1790 et 16 fructidor an III, précitées.

<sup>145</sup> Delvolvé (P.), *Le droit administratif*, précité, p.81.

<sup>146</sup> Georges Vedel, cité par Pierre Delvolvé, *Le droit administratif*, précité, p.81.

<sup>147</sup> T.C. 17 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, JCP A, 201, act.682 ; JCP A 2011, 2354.

<sup>148</sup> T.C., 16 juin 1923, *Rec.498* ; S.1923, 3,49, note Hauriou ; D. 1924, 3, 41, concl. *Matter* ; *GAJA*, n°39.

<sup>149</sup> T.C., 12 décembre 2011, *Société Green Yellow c/ EDF, La Semaine Juridique Administration et Collectivité territoriales*, 20 février 2012, n°7, 2061, note Pauliat ; *Jurisdata* n°2011-029400.

<sup>150</sup> Hélène Pauliat, note sous T.C., 12 décembre 2011, *Société Green Yellow c/ EDF*, précité, p5-6.

<sup>151</sup> T.C. 8 avril 1935, *Action française*, *Rec.1226*, concl. Josse ; *GAJA* n°48.

<sup>152</sup> T.C., 5 juillet 1951, *Avanches et Desmarets*, *Rec.638*, S.1952, III, p.1, note Auby.

<sup>153</sup> Article 111-5.

<sup>154</sup> Kanté (B.), *Unité de juridiction et droit administratif : l'exemple du Sénégal*, thèse droit, Orléans, 1983, 483 p.

<sup>155</sup> Lampue (P.), « La justice administrative dans les Etats d'Afrique francophone », *RJPIC* 1965, p.18.

réponse ni dans l'article de M. Keutcha<sup>156</sup> ni dans celui de M. Zeh Ondoua<sup>157</sup>. La réponse est à rechercher dans l'abondante jurisprudence du Conseil d'Etat français qui a consacré un critère d'ordre matériel pour qualifier une juridiction<sup>158</sup> d' « administrative ».

### 1. Une qualification déterminée par la nature des litiges

On part du principe de l'acceptation de la nature juridictionnelle des deux cours constitutionnelles comme précédemment indiqué. Ainsi, selon la jurisprudence administrative française, pour qu'une juridiction soit qualifiée d' « administrative », il faut considérer ce qu'est la « nature des litiges »<sup>159</sup> ou plus largement la « nature des affaires »<sup>160</sup> soumises à la juridiction. Dans l'affaire D'Aillières, la Haute Assemblée a jugé « qu'il résulte de l'ensemble des prescriptions législatives relatives au jury d'honneur et notamment de celles qui concernent tant sa composition et ses pouvoirs que les recours en révision qui, par la nature des affaires sur lesquelles elle se prononce, appartient à l'ordre administratif et relève à ce titre du contrôle du Conseil d'Etat statuant au contentieux »<sup>161</sup>. S'il s'agit donc de question de droit public ou plus précisément de droit administratif comme c'est le cas au Bénin et au Gabon, la juridiction sera considérée comme administrative<sup>162</sup>. S'il s'agit

de litiges de droit privé, la juridiction sera considérée comme judiciaire<sup>163</sup>.

Cette interprétation a, en France, été à l'origine de la reconnaissance de la compétence du juge administratif sur certains actes administratifs pris par le Président de l'Assemblée nationale<sup>164</sup>; même si l'on reconnaît qu' « il n'est pas facile pour le juge de pénétrer au Parlement »<sup>165</sup>. Pendant longtemps en effet, la Haute Assemblée se fondait sur deux sortes de considération pour justifier son incompétence : la première tient à la « souveraineté » du Parlement, qui serait incompatible avec le contrôle de quelque juridiction que ce soit<sup>166</sup>. La seconde vient de ce que le juge administratif, compétent à l'égard des autorités administratives, ne peut l'être envers les autorités parlementaires, dont le statut et les fonctions relèvent du législatif<sup>167</sup>. L'arrêt Président de l'Assemblée nationale apporte donc une innovation en jugeant, dans la juste lignée des arrêts Dame Lamotte<sup>168</sup> et Johnston<sup>169</sup>, que les actes administratifs<sup>170</sup> de toutes autorités

<sup>163</sup> C.E., 13 janvier 1954, *Agevand*, D.A. 1954, n°73.

<sup>164</sup> C.E. Ass., 5 mars 1999, *Assemblée Nationale*, GAJA n°103.

<sup>165</sup> Denoix de Saint Marc (R.), « Le conseil d'Etat et les « aces parlementaires », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle, Jugeur l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, 2007, p.273.

<sup>166</sup> C.E., 6 novembre 1936, *Arrighi*, Rec.966 ; D. 1938, III, p.1, concl. Latournerie, note Eisenmann ; C.E., Ass., 20 octobre 1989, *Roujansky*, JCP 1989, II, 21371, concl. Frydman.

<sup>167</sup> C.E. 15 novembre 1872, *Carrey de Bellemare*, Rec.591 ; C.E. 15 décembre 1952, *Compagnie d'assurances générales*, Rec.580.

<sup>168</sup> C.E., Ass., 17 février 1950, précité.

<sup>169</sup> C.J.C.E., 15 mai 1986, *RFDA* 1988, p.691, note Dubouis : reconnaissance d'un droit à un recours juridictionnel effectif en cas d'atteintes aux droits et libertés.

<sup>170</sup> En l'espèce pour rénover le système audiovisuel de l'hémicycle et permettre à toutes les chaînes de télévision de diffuser ainsi les séances publiques, les services de l'Assemblée nationale ont lancé un appel d'offres restreint en vue de la passation de marchés relatifs l'un à l'installation, l'autre à la gestion d'équipements audiovisuels. Cet appel ayant été déclaré infructueux, le président de l'Assemblée nationale a procédé par voie de marché négocié à la conclusion de chacun des deux contrats. La société qui exploitait précédemment les

<sup>156</sup> Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *RFDC*, 2008, n°3, précité.

<sup>157</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, précité.

<sup>158</sup> Chapus (R.), « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Mélanges Eisenmann*, Paris, 1975, p.265.

<sup>159</sup> C.E., 7 janvier 1949, *Adam*, Rec.7 ; D. 1950, p.5, note J.

<sup>160</sup> De façon à tenir compte de l'hypothèse où il y a dissociation entre contentieux et juridiction : C.E. 7 février 1947, *D'Aillières*, RDP 1947, p.68, Concl. Odent, note M. Waline ; GAJA, n°60.

<sup>161</sup> C.E., Ass., 7 février 1947, Rec.50 ; GAJA, n°59.

<sup>162</sup> C.E. 21 janvier 1951, *Union commerciale de Bordeaux-Bassens*, D.1951, Concl. J. Guionin (solution implicite).

administratives peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel ; même si la notion d' « autorité administrative » perd un peu plus de son aspect organique. Certes une autorité administrative est un organe, mais son caractère administratif tient, non pas à son statut, mais à son objet<sup>171</sup> qu'est la « matière administrative », identifiée à travers les notions de service public<sup>172</sup> et de puissance publique<sup>173</sup>.

Le juge administratif gabonais semble d'ailleurs avoir tiré les conséquences de cette analyse. En Effet, la Cour administrative<sup>174</sup>, qui est devenue depuis la loi n°14/2000 du 11 octobre 2000, Conseil d'Etat, a décliné sa

---

installations avait présenté une offre, qui fut rejetée comme anormalement basse. Elle attaqua par la voie du recours pour excès de pouvoir les acte détachables des contrats en vertu de la jurisprudence Martin (C.E. 4 août 1905, *Rec.*749, Concl. Romieu ; *GAJA*, n°15). Le Tribunal administratif de Paris puis le Conseil d'Etat en appel se déclarent compétents pour contrôler des actes parlementaires. Cet arrêt constitue une avancée dans le contrôle des actes parlementaires, analogues à celle qui a été réalisée par d'autres arrêts pour les actes de gouvernement (C.E., 19 février 1875, *Prince Napoléon*, *Rec.*155, Concl. David ; *GAJA* n°3 ; C.E., 15 octobre 1993, *Royaume6Uni de Grande Bretagne et Colonie de Hong Kong*, *Rec.*267, Concl. Vigouroux ; *Gaz. Pal.* 1994,I, p.102, note Chabanol).

<sup>171</sup> Chevallier (J.), *Les fondements idéologiques du droit administratif français*, PUF, CURAPP, vol.2, 1979, p.3.

<sup>172</sup> De Laubadère (A.), « Revalorisations récentes de la notion de service public », *AJDA* 1961, p.591 ; Latournerie (R.), « Sur un Lazare juridique », *EDCE* 1960, p.61 ; Truchet (D.), « Label de service public et statut de service public », *AJDA* 1982, p.427 ; Braconnier, *Droit des services publics*, Paris, PUF, Coll. « Thémis », 2003 ; Conseil d'Etat, *Service public, services publics*, *EDCE*, 1995.

<sup>173</sup> Venezia (J.C.), Puissance publique, puissance privée », in *Mélanges Eisenmann*, 1975, p.363 ; Ameselek (P.), « Le service public et la puissance publique », *AJDA* 1968, p.492 ; Chapus (R.), « Le service public et la puissance publique », *RDP* 1968, p.235.

<sup>174</sup> Sur l'organisation et la compétence de cette Cour administrative avant la réforme du 11 octobre 2000, voir : M. Akendengue, « L'organisation de la justice administrative au Gabon », in « Les juridictions administratives dans le monde, France-Afrique », *Rev. Administrative*, 1999, n°6 (spécial),p.43-48.

compétence le 23 juin 2000 dans l'affaire COGAPNEU contre Etat gabonais<sup>175</sup> au motif que la Cour constitutionnelle s'est reconnue compétente pour connaître du « contrôle de la régularité juridique des actes réglementaires » dans sa décision n°006/94/CC du 15 septembre 1994, respectant ainsi la chose jugée par la Haute juridiction constitutionnelle. Une telle position ne pouvait qu'encourager le juge constitutionnel à poursuivre son œuvre « pervers du dessaisissement du juge administratif de sa compétence d'appréciation des actes réglementaires »<sup>176</sup>. Dans sa décision n°144/CC du 28 octobre 2002<sup>177</sup>, il invalide l'article 40 de la loi organique sur le Conseil d'Etat à qui cette disposition attribuait le contentieux de l'annulation, au motif qu' « il résulte qu'à la différence de la constitution française qui limite l'intervention de la juridiction constitutionnelle, en matière de contrôle de constitutionnalité, aux seules lois organiques et ordinaires (...) le constituant gabonais a confié la compétence du contrôle de la régularité des actes réglementaires à la seule Cour constitutionnelle ». C'est « une concurrence inattendue du juge constitutionnelle au juge administratif »<sup>178</sup>. Certes, en attribuant sans nuance au juge administratif ordinaire la compétence de connaître des recours pour excès de pouvoir intentés contre tous les actes réglementaires, le législateur organique s'était écarté de l'article 84 de la constitution gabonaise. Mais, en utilisant tout simplement la technique de la conformité sous réserve<sup>179</sup>, la Cour aurait rappelé que cet article exclut de la compétence du juge administratif ordinaire l'appréciation des actes réglementaires qui attenteraient aux droits fondamentaux constitutionnels.

Cette compétence est bien clairement réaffirmée par la Cour constitutionnelle dans sa

---

<sup>175</sup> Recueil, n°36.

<sup>176</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique*, La Revue du CRDIP, précité, p.100.

<sup>177</sup> Voir *Hebdo informations*, n°464 du 28 septembre 2002, p.225.

<sup>178</sup> Keutch Tchapinga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.576.

<sup>179</sup> Cayla (O.), Beaud (O.), « Les nouvelles méthodes du conseil constitutionnel », *RDP* 1987, p.677.

décision n°008/CC d 17 avril 2001, précitée : « considérant toutefois que les recours pour excès de pouvoir demeurent à la compétence exclusive des juridictions administratives, à la condition qu'ils soient formés contre les décisions ou actes administratifs autres que réglementaires ». Une telle prise de position, qui aboutit à un résultat auquel le constituant n'avait pas songé, le dessaisissement du juge administratif de sa compétence d'appréciation des actes réglementaires, appelle plusieurs autres observations.

Tout d'abord, elle réduit la compétence du juge administratif ordinaire au contrôle de la légalité des actes non réglementaires, c'est-à-dire des actes individuels ou collectifs ainsi que des décisions d'espèce qui édictent des normes ni individuelles, ni générales. Ensuite, la Cour constitutionnelle gabonaise s'arroge le pouvoir de contrôler la constitutionnalité et la légalité des actes réglementaires qui, comme on le sait, servent de support aux actes individuels. Par ailleurs, elle ne peut être qualifiée de « juridiction administrative spécialisée » car une telle qualification suppose l'existence d'un recours en cassation devant une juridiction suprême à compétence générale<sup>180</sup>. Il s'agit donc, du point de vue matériel, d'un juge administratif *sui generis* ; créant ainsi une nouvelle catégorie de juge administratif aux côtés des juges administratifs à compétence générale et à compétence spécialisée qui, eux, sont soumis à la règle du double degré de juridiction. Comme on le sait, le principe du double degré de juridiction se manifeste concrètement par la faculté d'interjeter appel contre le jugement rendu par une juridiction du premier degré, en portant l'affaire devant la juridiction supérieure du second degré<sup>181</sup>. Ainsi que le note M. Zeh Ondoua, « l'intégration par le juge constitutionnel, dans son champ de compétence, des actes réglementaires qui devraient être du ressort des tribunaux administratifs, présente ainsi l'inconvénient majeur de priver le requérant de la possibilité

de former un recours en appel et, au besoin, un pourvoi en cassation contre ces actes »<sup>182</sup>.

Celle-ci crée donc deux types de contentieux administratifs, avec le risque d'aggraver les divergences d'interprétation d'une même norme juridique par les différents juges ; confirmant ainsi les propos de Pierre Délvolvé : « le droit administratif n'a pas toujours bonne réputation ; (II) fait aujourd'hui l'objet de reproches, voire d'un procès »<sup>183</sup> : bref « du sacre on est passé au massacre »<sup>184</sup>.

## 2. Une qualification complexifiant le droit du contentieux administratif<sup>185</sup>

Selon les principes de la procédure administrative contentieuse, l'appel et la cassation participent à la mise en œuvre de la règle du double degré de juridiction comme indiqué, même s'il est généralement considéré que celle-ci n'a pas par elle-même une valeur constitutionnelle<sup>186</sup>. Il s'agit d'une « préoccupation d'une bonne administration de

<sup>182</sup> Ondoua (J.Z.), « La répartition du contentieux des actes juridiques entre les juges constitutionnel et administratif au Gabon », *Afrique Juridique et Politique, La Revue du CERDIP*, précité, p.95.

<sup>183</sup> Delvolvé (P.), *Le droit administratif*, précité, p. 2.

<sup>184</sup> Burdeau (F.), *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995.

<sup>185</sup> Entendu comme le « régime juridique qui détermine comment la justice administrative est organisée et comment elle est rendue » (Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, précité, p.6).

<sup>186</sup> Le conseil constitutionnel français, en matière pénale, après avoir éludé la question (C.C. 19 et 20 janvier 1981, *JCP* 1981, n°19701, note C. Franck ; *RDP* 1981, p.651, note L. Philip), n'a pas jugé contraire à la constitution l'attribution en premier et dernier ressort à la Cour d'appel de Paris les recours formés contre les décisions du Conseil de la concurrence (C.C., 23 janvier 1987, *AJDA* 1987, p.345, note J. Chevallier ; *RFDA* 1987, p.287, note Genevois ; *GAJA* n°91). Et à l'occasion de l'institution de la compétence directe du Conseil d'Etat à l'égard de divers contentieux intéressant la Polynésie française, il a explicitement énoncé que « le principe du double degré de juridiction n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle » (C.C. 12 février 2004, J.O. é mars 2004, p.4227, 4<sup>ème</sup> consid.).

<sup>180</sup> Massot (J.), Fouquet (O.), Stahl (J.-H.), *Le Conseil d'Etat, juge de cassation*, Paris, Berger-Levrault, 1998.

<sup>181</sup> Perrot (R.), *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, Coll. « Domat droit privé », 1992, p.73.

la justice »<sup>187</sup>. En effet, en tant qu'il est destiné à permettre un nouvel examen des litiges, l'appel est intimement lié à la considération ou à la conviction qu'un litige doit pouvoir être jugé deux fois : « son jugement étant le fait, la seconde fois, de magistrats normalement plus expérimentés et dont, de toute façon, on peut attendre qu'ils jugent mieux, parce que l'instruction devant les premiers juges a décanté et éclairé les données de l'affaire »<sup>188</sup>. L'office du juge d'appel consiste au « rejugement de ce qui est appelé (et au) contrôle de ce qui est critiqué »<sup>189</sup>.

Quant au recours en cassation, de façon primordiale, sa fonction est d'assurer la conformité des jugements à la règle de droit et, par là même, « l'unité dans l'identification et l'interprétation des normes juridiques par les diverses juridictions »<sup>190</sup>. Dans la théorie classique du recours en cassation, ce recours n'est pas destiné à transférer le jugement de litiges à la juridiction qui en est saisie. Pour reprendre l'expressive formule de Laferrière, « le juge de cassation n'est pas appelé à juger les procès, mais seulement à se prononcer sur la légalité des décisions qui les jugent »<sup>191</sup> : en bref sa mission est de juger, non les litiges, mais les jugements. Or, toutes les décisions des juridictions constitutionnelles africaines considérées sont revêtues du caractère absolu de la chose jugée ; aucun recours n'est donc possible contre ces décisions<sup>192</sup>, y compris, bien entendu, celles rendues en matière de contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires.

D'autre part, ces réformes considérées comme salutaires contribuent à complexifier le contentieux administratif. En effet, les Cours

constitutionnelles gabonaise et béninoise peuvent-elles, par exemple, connaître du contentieux d'un contrat administratif contenant des dispositions réglementaires censées porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux contenus dans la constitution ? Rappelons que le Conseil d'Etat français a admis le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat administratif : ces dispositions, s'imposant aux tiers, « présentent pour eux un caractère unilatéral »<sup>193</sup>. La théorie de l'acte mixte<sup>194</sup>, qui remonte au 19<sup>ème</sup> siècle à propos de la concession de service public, signifie qu'un contrat produit des effets réglementaires<sup>195</sup>. Marcel Waline, dans une note, avait longuement souligné que « d'un point de vue strictement juridique, rien ne (peut) justifier l'exclusion des contrats de la procédure du recours pour excès de pouvoir »<sup>196</sup>. En vérité, historiquement, le Conseil d'Etat avait vu dans l'exclusion du contrat dans ce type de contentieux un moyen de désencombrer son rôle<sup>197</sup>. De ce point de vue, « on parvient mal à comprendre pourquoi, selon des considérations généralement inexprimées (...) le juge de la

<sup>193</sup> C.E. 10 juillet 1996, *Cayzele*, Rec.274 ; *AJDA* 1996, p.732, chr. Chauvaux et Girardot ; *CJEG* 1996, p.382, note Terneyre ; *RFDA* 1997, p.89, note P. Delvolvé ; *Mélanges Guilbal*, p.345, Comm. J.L. Mestre.

<sup>194</sup> Madiot (Y.), *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, LGDJ, 1971.

<sup>195</sup> La doctrine a rapidement développé l'idée que l'acte de concession, de même que son cahier de charges, présente une double nature (Hauriou, Duguit, Jèze), puis une nature mixte (Hauriou, de Laubadère, Vedel), parce que certaines de ses clauses sont réglementaires, tandis que d'autres restent contractuelles. La jurisprudence n'a pas tardé à marquer l'originalité de l'acte mixte (C.E., 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, Rec.961, concl. Romieu, S., 1907, III, p.33, note Hauriou).

<sup>196</sup> Note sous CE, 10 novembre 1933, *Compagnie des Iles Kerguelen, Saint-Paul et Amsterdam*, Notes d'arrêts de Marcel Waline, Paris, Dalloz, 2004, T.I, n°117.

<sup>197</sup> Gonidec (P.F.), « Contrat et recours pour excès de pouvoir », *RDP* 1950, p.58 et s. ; Waline (J.), « Contrat et recours pour excès de pouvoir » in *Mélanges Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, précité, p.859.

<sup>187</sup> Robert (J.), « La bonne administration de la justice », *AJDA* 1995 (n° spécial), p.117-132.

<sup>188</sup> Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, précité, p.1169.

<sup>189</sup> Giltard (D.), « L'office du juge d'appel et le double degré de juridiction », in *Mélanges Labetoulle, Juger l'administration, administrer la justice*, Paris, Dalloz, p.426-427.

<sup>190</sup> *Ibid.*, p.1235.

<sup>191</sup> Laferrière (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault, 1887-1888, T.II, p.589.

<sup>192</sup> Voir par exemple : art.124 al.2 de la constitution béninoise ; 92 de la constitution du Gabon ; 150 de la constitution congolaise de 2002.

légalité ne doit pouvoir toucher aux contrats que d'une main tremblante, alors qu'il dispose de sa liberté de mouvement à l'égard des actes unilatéraux »<sup>198</sup>.

De plus, on sait que la recevabilité du recours en annulation des actes administratifs de portée générale qui relèvent du contrôle du juge administratif ordinaire (à compétence générale ou spéciale), doit remplir plusieurs conditions dont les plus significatives sont le recours administratif préalable et l'observation des délais impartis. Concernant ceux-ci, leur étendue est variable en fonction des situations strictement déterminées par les textes<sup>199</sup>. Et, sous réserve pour le requérant de soulever l'exception d'illégalité<sup>200</sup>, les délais de recours devant le juge administratif classique sont frappés par la prescription lorsqu'ils sont échus. A la différence de la procédure civile, le régime du contentieux administratif subordonne en principe la recevabilité des recours à leur exercice avant l'expiration d'un délai qui est généralement de deux mois<sup>201</sup>. Le délai se caractérise immédiatement, sauf très rare exception, par sa brièveté, traduisant une exigence qui tient à la considération qu'il est d'intérêt général que le sort des décisions de la puissance publique soit fixé aussitôt que possible.

Mais en substituant aux délais d'action limités un délai d'action illimité, la Cour constitutionnelle gabonaise ouvre perpétuellement son prétoire au requérant qui est fondé à contester un acte réglementaire plusieurs années après son adoption ; pouvant ainsi remettre en cause la stabilité des situations juridiques et la sécurité juridique<sup>202</sup>. Selon M. Keutcha Tchapnga, « en soumettant à

son contrôle tous les actes contenant des règles générales et impersonnelles, sans doute le juge constitutionnel gabonais (est-il) conscient de l'inefficacité du juge administratif, et a-t-il voulu manifester sa volonté et sa détermination à venir au secours des victimes des décisions de l'administration »<sup>203</sup>. Toutefois, ainsi fait et comme le note Georges Vedel, des « traits du contentieux administratif (...) se trouvent (...) pris à contre-pied »<sup>204</sup>.

Cette inquiétude apparaît également dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise. En effet, la cour constitutionnelle s'est arrogée la compétence de reconnaître la responsabilité de l'administration ; semblant même refuser ce pouvoir au juge administratif ordinaire. Selon la Cour, ce dernier ne peut désormais que réparer les préjudices éventuels causés aux citoyens par l'exécutif, du fait de la violation de la constitution. Sa jurisprudence est constante en la matière : « les préjudices subis par toute personne, du fait de la violation de ses droits fondamentaux, ouvrent droit à réparation »<sup>205</sup>. On pourrait donc penser « qu'en matière de responsabilité administrative, le juge constitutionnel tient désormais l'administratif en l'état... (car) ce n'est qu'après la consécration par le juge constitutionnel du principe de la réparation d'un préjudice causé par l'administration que le juge administratif ordinaire saisi par la victime pourra, le cas échéant, lui allouer des dommages et intérêts »<sup>206</sup>. Par cette jurisprudence, la Cour succombe manifestement à une « tentation totalitaire »<sup>207</sup>, qui la conduit à s'impliquer souverainement

<sup>198</sup> Chapus (R.), *Droit du contentieux administratif*, précité, n°240.

<sup>199</sup> Loi n°17/84 du 29 décembre 1984 portant Code des juridictions administratives au Gabon (Voir : Remondo (M.), *Le droit administratif gabonais*, Paris, LGDJ, 1987, p.223).

<sup>200</sup> Voir Seiller (B.), *L'exception d'illégalité des actes administratifs*, Thèse droit, Paris II, 1995.

<sup>201</sup> Au Gabon : article 80 de la loi du 16 septembre 1994 portant organisation de la justice ; en France : article R.421-1 du Code de justice administrative.

<sup>202</sup> Pacteau (B.), « La rétroactivité jurisprudentielle insupportable ? », in *Mélanges en l'honneur de J.-F. Lachaume, Le droit administratif : permanences*

*et convergences*, Paris Dalloz, 2007, p.807.

<sup>203</sup> Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.579.

<sup>204</sup> Préface à l'ouvrage de Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 1993, 3<sup>ème</sup> éd., p.11.

<sup>205</sup> Décision DCC 02-052 du 31 mai 2002 ; Décision DCC 02-58 du 04 juin 2002, note Mede, *Revue électronique Afrilex*, 2004, n°4, p.353 et s.

<sup>206</sup> Keutcha Tchapnga, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.562.

<sup>207</sup> Celle qui traduirait une « propension à donner une interprétation extensive à la compétence attribuée » (Martens (P.), « Le métier de juge constitutionnel » in Delperee (F.), Foucher (P.), dir., *La saisine du juge constitutionnel : aspects de*

*droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.38.

dans un contentieux qui n'est pas traditionnellement du ressort de la justice constitutionnelle. « Au-delà de l'efficacité incertaine de la méthode pour la défense des droits et libertés, on ne peut s'empêcher de relever son caractère perturbateur pour la cohérence du droit »<sup>208</sup>. On peut pousser la réflexion encore plus loin : quel sera le sort des actes de gouvernement que le président Odent définit comme « un acte accompli par le pouvoir exécutif dans ses relations avec une autorité échappant à tout contrôle juridictionnel »<sup>209</sup>, éventuellement attentatoires aux droits fondamentaux constitutionnels ? Il semble que cette théorie<sup>210</sup> n'ait pas de place dans ce type de contrôle visant à tout prix à protéger la personne humaine ; il en est de même pour les mesures d'ordre intérieur<sup>211</sup>.

<sup>208</sup> Mede (N.), note sous Décision DCC 02-58 du 04 juin 2002, *Afrilex*, précité, p.371.

<sup>209</sup> Odent (R.), *Contentieux administratif*, Les cours de droit, p.397. Actes en nombre limité, les actes de gouvernement sont insusceptibles de tout recours contentieux. Il s'agit pour l'essentiel d'actes intéressant les rapports d'une part entre les pouvoirs publics constitutionnels, d'autre part de l'Etat avec les puissances étrangères ou concernant les relations internationales (Voir : Duez (P.), *Les actes de gouvernement*, Sirey, 1934, rééd. Dalloz, 2006).

<sup>210</sup> Voir Duez (P.), *Les actes de gouvernement*, Paris, Sirey, 1934 ; Capitant (R.), « De la nature des actes de gouvernement », in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p.99 ; Chapus (R.), « L'acte de gouvernement : monstre ou victime », *D.1958*, chron.5.

<sup>211</sup> Appartiennent à cette catégorie, les circulaires interprétatives et les directives qui n'ont pas de caractère décisive, mais aussi de véritables actes administratifs unilatéraux dont les effets juridiques et pratiques sont extrêmement ténus. Intervenant dans la vie interne de l'administration, expression du pouvoir discrétionnaire du supérieur hiérarchique, elles servent à assurer la discipline au sein des services. On les retrouve particulièrement dans trois domaines, l'école, les prisons et l'armée, où elles se concrétisent surtout par des mesures individuelles, sanctions et punitions de toutes sortes. Considérées comme ne faisant pas grief, les mesures d'ordre intérieur bénéficient d'une immunité bénéficiant d'une immunité juridictionnelle totale, selon l'adage *De minimis non curat praetor* (Voir : Hecquard-Théron, « De la mesure d'ordre intérieur », *AJDA* 1981, p.235 ; C.E., Ass., 17 février 1995, Hardouin et Marie, *Rec.82* ; *GAJA* n°97).

Par ailleurs, à l'instar des juridictions administratives générales et spécialisées, les cours constitutionnelles béninoise et gabonaise devraient utiliser les quatre niveaux du contrôle juridictionnel des actes administratifs unilatéraux que sont le contrôle normal<sup>212</sup>, le contrôle restreint ou minimum<sup>213</sup>, le contrôle infra-minimum pour lequel on retrouve les éléments précédents, moins l'erreur manifeste, dans les cas où l'administration décide en toute opportunité<sup>214</sup> et enfin le contrôle maximum<sup>215</sup>. Une telle démarche serait logique puisque que c'est la qualité du litige qui détermine les pouvoirs et la nature du juge comme l'avait exactement énoncé le juge constitutionnel français qui avait jugé, par exemple, qu'il lui appartient en tant que juge électoral de ne pas faire application d'une loi électorale qui serait

<sup>212</sup> Il porte sur tous les aspects de la légalité, externe comme interne, et comprend en particulier l'examen par le juge de la qualification juridique des faits. Il s'applique au cas de compétence normalement liée (C.E., 14 avril, 1914, *Gomel*, *Rec.488* ; *GAJA* n°28).

<sup>213</sup> Moins poussé que le précédent, il s'exerce sur l'exactitude matérielle des faits, l'erreur de droit, l'erreur manifeste d'appréciation et le détournement de pouvoir. La vérification de l'erreur manifeste d'appréciation permet de préserver le pouvoir discrétionnaire de l'administration (Voir A. Bockel, « Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration », *AJDA* 1978, p.355).

<sup>214</sup> L'opportunité est la liberté laissée à l'administration d'apprécier le bien fondé, le moment et la teneur de son action. Elle constitue, par conséquent, la caractéristique essentielle du pouvoir discrétionnaire ; mais elle, en revanche, très réduite ou absente dans les hypothèses de compétence liée (Delvolvé (P.), « Existe-il un contrôle de l'opportunité ? », in *Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat*, Paris, LGDJ, 1988, p.26).

<sup>215</sup> Ce contrôle va au-delà du contrôle normal dans la mesure où l'opportunité de la décision constitue un élément de sa légalité. Le juge administratif est ainsi amené à apprécier l'adaptation de la mesure aux circonstances de fait, que l'administration soit dans une situation de compétence liée ou de pouvoir discrétionnaire. C'est un contrôle de proportionnalité (C.E., 19 février 1909, *Abbé olivier*, *Rec.181* ; C.E., 5 mai 1976, *SAFER d'Auvergne c/ Benette*, *Rec.232* ; C.E., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, *GAJA* n°86 ; Braibant (G.), « Le principe de proportionnalité », in *Mélanges waline*, LGDJ, 1974, p.297 ; Fromont (M.), « Le principe de proportionnalité », *AJDA* n°Spécial, 1995, p.156)

contraire à un traité<sup>216</sup>. Elle confirmerait le constat fait par le doyen Vedel selon lequel le juge constitutionnel « à retrouver nombre des instruments d'analyse bien connus du juge administratif (les termes de référence, les ouvertures, les modes de censure, etc....) »<sup>217</sup>.

### CONCLUSION

La rénovation de la justice constitutionnelle en Afrique vient poser en de termes nouveaux le problème des rapports complexes entre l'Administration, son juge, son action et la norme constitutionnelle<sup>218</sup>. Les juges administratifs ordinaires béninois et gabonais sont désormais insérés dans un espace juridictionnel concurrentiel. Hier ils se devaient déjà de prendre en compte la concurrence des juridictions judiciaires en s'efforçant de se montrer aussi efficace qu'elles dans la protection des libertés publiques. Aujourd'hui il semble s'effacer devant un juge constitutionnel omniprésent « qui est en train de le supplanter dans l'image de pourfendeur valeureux des abus de l'administration. Plus nettement encore que par le passé, ils éprouvent un sentiment de dépossession »<sup>219</sup>.

De cette rénovation résulte une modernisation du droit, synonyme de libéralisation car les changements s'analysent comme un progrès commandé par la logique des droits fondamentaux. S'agissant de la France, Nicolas Molfessis parle d'une « irrigation du droit par le conseil constitutionnel » : « d'en haut, coulerait ainsi une jurisprudence constitutionnelle qui viendrait offrir au droit une forme de

renaissance »<sup>220</sup> favorable au renforcement de l'Etat de droit, dont le régime est aujourd'hui essentiellement conçu dans l'intérêt des individus. Mais cet optimisme mérite d'être nuancé en ce qui concerne le Gabon et surtout le Bénin, contrairement à ce qu'écrit M. Keutch. Ce dernier pense en effet que dans beaucoup de leurs décisions, « les juges constitutionnels gabonais et surtout béninois ont fait preuve d'une belle hardiesse qui laisse envisager avec optimisme leur rôle de garant des droits et libertés fondamentaux des individus contre les éventuels abus résultant des actes administratifs »<sup>221</sup>.

On semble au contraire observer la situation inverse, ainsi que nous l'avons démontré<sup>222</sup> : cette analyse ne vaut que pour le juge constitutionnel gabonais ; celui du Bénin est timoré, contrairement à son attitude dans le contentieux de la distribution constitutionnelle des pouvoirs. Dire également que « les juges administratifs gabonais et surtout béninois ont été, dans le domaine de la protection des droits et libertés, dépossédés de l'essentiel de leurs prérogatives d'antan au profit du juge constitutionnel qui, du fait de la généralisation de la saisine, a développé une abondante jurisprudence administrative ayant des répercussions importantes à plus d'un titre »<sup>223</sup> ne traduit pas exactement la réalité juridique ; cette réalité ne vaut surtout que pour le juge constitutionnel gabonais, c'est-à-dire du côté où l'on s'attendait le moins.

Une inquiétude est perceptible, deux décennies après la mise en œuvre de ces réformes au Gabon et au Bénin : l'encombrement des cours par le nombre d'affaires. En effet, « lorsqu'on ouvre le recours direct aux individus pour assurer la protection de leurs droits fondamentaux, on est nécessairement conduit à instaurer, tôt ou tard, un filtrage sévère des plaintes, et donc en

<sup>216</sup> En statuant ainsi, il signifie clairement que ses pouvoirs ne sont pas les mêmes selon qu'il est juge électoral ou juge de la constitutionnalité des lois (C.C., 21 octobre 1988, *Ass. Nat.*, 5<sup>ème</sup> circonscription du Val d'Oise, *RFDA* 1988, p.908, note Genevois ; *AJDA* 1989, p.128, note Waschmann ; *D.*1989, p.285, note Luchaire).

<sup>217</sup> Préface de l'ouvrage de Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, précité, p.11.

<sup>218</sup> Bockel (A.), « Le juge et l'administration en Afrique noire », *Annales Africaines*, 1972, p.172 ; Breton (J.M.), *Le contrôle de l'Etat en Afrique*, Paris, LGDJ, 1978.

<sup>219</sup> Keutch Tchapgna, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.555.

<sup>220</sup> Molfessis (N.), « L'irrigation du droit par le conseil constitutionnel », *Pouvoirs*, 2003, n°105, p.89.

<sup>221</sup> Keutch Tchapgna, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.560.

<sup>222</sup> Voir I-B.

<sup>223</sup> Keutch Tchapgna, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », précité, p.563.

définitive à autoriser le juge constitutionnel à choisir les quelques cas à propos desquels il veut rendre une décision de principe »<sup>224</sup>. La surcharge quantitative des cours, considérée non sans quelques raisons comme le « prix à payer pour l'effectivité de l'Etat de droit et pour contourner les lenteurs de la justice traditionnelle »<sup>225</sup>, est de nature à produire à terme des effets négatifs, comme par exemple le prolongement de la durée des procédures. Certes, le problème ne se pose pas encore dans les faits. Mais il mérite d'être soulevé afin d'envisager une solution au cas où il se présenterait. On pourra imaginer alors instituer au sein des deux Cours constitutionnelles, au moyen d'une révision constitutionnelle si possible, une Chambre chargée de filtrer les requêtes manifestement infondées des justiciables.

D'autre part, ce type de nouveau mécanisme sur le continent noir ne doit pas engendrer une société de droit dans laquelle l'individu et la défense de ses droits prime sur toute autre considération : les droits de l'enfant contre ceux des parents, les droits de la femme contre ceux de l'homme, les droits de l'employé contre ceux de l'employeur sans considération de l'entreprise, etc.<sup>226</sup>. Le danger n'est pas moins grand de la société contentieuse, juridiciarisée, dans laquelle le droit devient principalement ce que dit le juge constitutionnel<sup>227</sup> ; son pouvoir d'interprétation ne connaissant que les limites que posent les droits fondamentaux, puisqu'ils sont intrinsèquement susceptibles d'interprétation dans chacun des cas qui lui sont soumis<sup>228</sup>. Et comme le dit si bien Guillaume Drago, il ne s'agit plus seulement alors de défendre la

constitution et sa suprématie sur les autres normes ; « il s'agit de défendre une conception sociale, une vision du monde. Et le juge prend nécessairement parti car il a sa conception des droits fondamentaux »<sup>229</sup>. Une telle inquiétude pousse, de nouveau, à se poser avec le Doyen Vedel la question suivante : « et les gardiens qui les gardera ? ».

Enfin, pour que ces réformes gabonaise et béninoise soient plus efficaces, il faut que les administrés puissent aisément saisir la justice : ce qui pose le récurrent et épineux problème d'accès à la justice en Afrique, qui est l'un des mécanismes essentiels de garantie des droits fondamentaux<sup>230</sup>. Considéré comme un droit fondamental de l'homme<sup>231</sup>, il contribue à les rendre effectifs<sup>232</sup>. En attribuant le contrôle des types d'actes règlementaires considérés au juge constitutionnel installé respectivement à Cotonou et à Libreville, les constituants gabonais et béninois obligent tous les requérants domiciliés hors de ces agglomérations de s'y rendre, contribuant ainsi à « l'aggravation des obstacles classiques » à l'accès à la justice en général que sont ses lenteurs, son coût et son éloignement<sup>233</sup>. S'agissant de l'éloignement géographique par exemple, il est un facteur de premier ordre de la difficulté d'accès à la justice ; pour le

<sup>224</sup> Favoreu (L.) et autres, *Droit constitutionnel*, précité, p.221.

<sup>225</sup> Kpodar (A.), « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2006, n°16, p.117.

<sup>226</sup> Drago (G.), *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 1998, p.68-69.

<sup>227</sup> Cadiet (L.), « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges Cornu*, Paris, PUF, 1994, p.29 et s.

<sup>228</sup> Terré (F.), « Etat de droit ou société contentieuse ? », in *Mélanges Cornu*, précité, p.21 et s.

<sup>229</sup> Drago (G.), *Contentieux constitutionnel français*, précité, p.69.

<sup>230</sup> Sawadogo (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. La cas du Burkina Faso », *RJPIC* 1995, p.167 et s. ; Rouard (P.), *Traité élémentaire de droit judiciaire privé*, tome préliminaire, Vol.1, Bruxelles, Bruylant, 1979, n°2.

<sup>231</sup> Degni-Segui (R.), « L'accès à la justice et ses obstacles », Communication au colloque de Maurice sur « L'effectivité des droits fondamentaux dans la communauté francophone, 29 sept-1<sup>er</sup> oct. 1993, Coll. « Prospectives », AUPELF-UREF, 1994, p.241.

<sup>232</sup> Morissette (Y.M.), « L'accès à la justice et les droits fondamentaux comme moyen et comme fin », in Actes du colloque de Maurice, précité, p.263.

<sup>233</sup> Sawadogo (F.M.), « L'accès à la justice en Afrique francophone : problèmes et perspectives. La cas du Burkina Faso », précité, p.173-193. Le professeur Sawadogo qualifie par la suite la question de confiance et le besoin d'une autre justice comme étant des « obstacles spécifiques » (p.194-211).

justiciable éloigné, plusieurs déplacements, en fait de véritables voyages, sont nécessaire au siège de la juridiction constitutionnelle avant que son affaire ne soit tranchée. On pourrait d'ailleurs imaginer que la Chambre chargée de

filtrer les requêtes ait des antennes départementales, afin que le recours pour excès de pouvoir cesse de ressembler à « un véritable chemin de croix »<sup>234</sup>.

---

<sup>234</sup> Marie (L.), « De l'avenir du recours pour excès de pouvoir en matière administrative », *RDP* 1901, p.265 et s.