« L'EXCÈS DE POUVOIR » DU JUGE CONSTITUTIONNEL : ENTRE DÉRAPAGE ET COLMATAGE

Guy Azebové Tetang

Résumé

Le droit comme la nature a horreur du vide. La faillibilité de l'œuvre constituante justifie souvent l'exorbitante du juge constitutionnel. Telle est l'hypothèse que nous formulerons dans cet article pour répondre à la question de l'excès de pouvoir du juge constitutionnel. Nous verrons que la constitution étant « une toile inachevée », sa complétude s'effectue souvent au prix d'une usurpation de la fonction constituante par le juge constitutionnel. En outre, on ne saurait nier que la continuité de l'œuvre constituante s'impose souvent comme une nécessité pour parer au déni de justice constitutionnelle, voire à l'inadéquation de certaines dispositions constitutionnelles au moment critique que vivent souvent les institutions de l'État. Ainsi, un « délit » d'usurpation de la part du juge constitutionnel est souvent commis pour éviter un déni de justice constitutionnelle et un dysfonctionnement institutionnel. Le sursis à statuer du juge constitutionnel peut paralyser le fonctionnement des institutions. On aurait pu imaginer un tel scénario au Gabon en 2018 n'eut été la contestable intervention du conseil constitutionnel dans le champ « compétentiel » du pouvoir constituant afin d'assurer la continuité de l'exercice de la fonction présidentielle. Tout ceci, au détriment de la spécialisation fonctionnelle des pouvoirs constituants et constitués. Ce faisant, le moment jurisprudentiel fusionne avec le moment constituant. Dès lors, en se déplaçant hors de son orbite, le juge constitutionnel transforme le moment jurisprudentiel en un moment constituant. Cette exorbitance conduit parfois à un excès de pouvoir du juge constitutionnel.

Abstract

Law, like nature, abhors a vacuum. The fallibility of the constituent work often justifies the exorbitant power of the constitutional court. This is the hypothesis that we will formulate in this article to answer the question of the excess of power of the constitutional court. We shall see that, since the constitution is an 'unfinished canvas', its completion is often achieved at the cost of the constitutional court's usurpation of the constituent function. Moreover, it cannot be denied that the continuity of the constituent work is often a necessity in order to avoid the denial of constitutional justice, or even the inadequacy of certain constitutional provisions at the critical moment that the institutions of the state are often experiencing. Thus, a 'crime' of usurpation on the part of the constitutional judge is often committed in order to avoid a denial of constitutional justice and an institutional dysfunction. The constitutional court's stay of proceedings can paralyse the functioning of the institutions. Such a scenario could have been imagined in Gabon in 2018 had it not been for the questionable intervention of the constitutional council in the 'jurisdictional' field of the constituent power in order to ensure the continuity of the exercise of the presidential function. All this is to the detriment of the functional specialisation of the constituent and constituted powers. In so doing, the jurisprudential moment merges with the constituent moment. Consequently, by moving outside its orbit, the constitutional judge transforms the jurisprudential moment into a constituent moment. This exorbitance sometimes leads to an excess of power of the constitutional court.

INTRODUCTION

[1] Décrié lorsqu'il en fait peu, le juge constitutionnel agace lorsqu'il en fait trop. À en croire Philippe Blachèr, lorsque la jurisprudence constitutionnelle excède les compétences d'attribution prévues par la Constitution, le Conseil constitutionnel commet alors un excès de pouvoir constitutionnel » (Blachèr, 2003, p. 19). Qu'il s'agisse d'un dérapage ou d'un colmatage des failles de la constitution, le juge constitutionnel est censé escorter cette constitution, la protéger et assurer sa suprématie dans ordre juridique.

[2] Nous semblons vivre sous l'empire de la norme constitutionnelle, et pourtant, celle-ci est elle-même sous l'emprise du juge constitutionnel. L'art d'interpréter qui relève de la compétence naturelle du juge coïncide parfois avec l'activité de « normer ». Selon certains, le produit de l'interprétation constitutionnelle est « la constitution de la constitution » (Troper, 2005, p. 22). Cette position fait écho au réalisme juridique radical qui suggère l'idée selon laquelle l'interprète habilité du texte juridique est son véritable auteur.

[3] Seulement, cette thèse réaliste paraît elle-même excessive en ce qu'elle semble constituer « un excès » d'interprétation scientifique de l'herméneutique judiciaire, avec une résonance particulière sur la fabrique jurisprudentielle de l'œuvre constituante. À première vue, elle peut paraître choquante surtout appliquée à un système de droit continental français - qui a inspiré les pays d'Afrique francophone - où on avait longtemps considéré qu'il était inapproprié de penser la constitution comme un acte vivant, et donc comme quelque chose d'inachevé, en création continue.

[4] En contexte canadien et de façon plus générale, dans la tradition des pays de Common law, l'idée que la constitution soit perfectible et donc en constante redéfinition par le juge constitutionnel ou parfois à travers les conventions constitutionnelles, est une évidence. C'est la théorie de la constitution en tant qu'arbre vivant. Cette métaphore apparaît comme la plus célèbre et la plus marquante de l'histoire constitutionnelle canadienne (Brouillet et Gagnon, 2017, p. 81). Elle agit comme une image, structurant et légitimant la façon de voir et de concevoir la constitution dans ce pays. La Cour suprême y a maintes fois contribué.

[5] En effet, qu'importe le contexte, force est d'admettre que la constante redéfinition jurisprudentielle de la norme constitutionnelle est un processus nécessaire. Une exigence que la tradition de Common law met simplement plus clairement en évidence et en pratique, que le droit (constitutionnel) d'inspiration continentale où elle constitue pourtant également une nécessité.

[6] Le juge constitutionnel apparaît alors comme un artiste constituant bien qu'il ne soit pas exclusif. On estime souvent qu'il « n'est pas dépositaire de la vérité constitutionnelle » (Ponthoreau, 2008, p. 2), ni détenteur de « la puissance constituante ». Son intervention dans la chaîne de production de l'œuvre constituante n'est pas inaugurale, il n'est qu'un artiste constituant du second temps, un des opérateurs de la constitution et non son créateur. Bien qu'il rivalise souvent avec le pouvoir constituant qui est l'artiste constituant du premier temps, il ne lui succède pas, mais collabore parfois utilement à la confection de l'œuvre constituante. Si on considère qu'elle est à l'image de l'œuvre musicale, on dira que le juge constitutionnel est l'interprète et le pouvoir constituant l'auteur-compositeur (Delpérée, 2005, p. 242). Toutefois, il peut arriver que l'interprète dépasse la notation écrite par le compositeur et excède son office. Comment peut-on appréhender cet excès de pouvoir ?

[7] Une approche « formaliste » du droit serait ici inappropriée. Elle nous mènerait à la compression artificielle du temps de la production de l'œuvre constitutionnelle, au seul temps de l'écriture de l'énoncé constitutionnel. Cela occulterait « la partition » jurisprudentielle décisive dans la construction du droit constitutionnel. Ce faisant, ce positionnement méthodologique obstruerait les avenues qui mènent à la connaissance de la partition jurisprudentielle dans le processus de fabrique de la constitution et la révélation le cas échéant des excès qui s'y retrouvent.

[8] Ainsi, l'approche réaliste paraît inévitable. Cependant, elle doit être modérée et donc prendre en compte les textes : « au-delà du texte, mais avec le texte ». Car, le juge constitutionnel travaille sur le texte. Ce n'est qu'ainsi qu'il peut constater ses failles et justifier ses excès. L'exégèse est donc une méthode qu'il ne faut pas dédaigner. (Rossi, 1877, p. 7).

[9] Notons que la doctrine nous a cependant précédées sur l'analyse de l'excès de pouvoir du juge constitutionnel (Blachèr, 2003, p. 19 ; Monembou, 2020, p. 787). Cette question avait surtout été abordée sous l'angle méritoire de ses manifestations. Nous envisagerons pour notre part, la question de manière différente. Ainsi, il nous sera loisible de constater que c'est la défaillance des artistes constituants dans la confection de l'œuvre constitutionnelle (I) qui justifie souvent les « jurisprudences constituantes » (II).

I. L'INCITATION À L'EXCÈS : LA DÉFAILLANCE DES « ARTISTES » CONSTITUANTS

[10] Il est désormais établi que le droit comme la nature a horreur du vide (Jouanjan, 2007, p. 61). La constitution fournit une illustration éclairante de cette réalité. Les vides constitutionnels constituent souvent des terreaux fertiles qui fécondent l'activité du juge constitutionnel. Dans cette hypothèse, la constitution n'est pas une plénitude à découvrir, mais très souvent un vide à combler. Ce faisant, la défaillance des artistes constituants incite souvent à l'excès de pouvoir constitutionnel, voire au « dérapage » du juge constitutionnel.

A – L'INACHÈVEMENT DE L'ŒUVRE CONSTITUANTE DE L'ARTISTE DU « PREMIER TEMPS »

[11] Lorsque le « constituant du premier temps », soit le pouvoir constituant originaire rédige le texte constitutionnel, il ne s'agit pas d'une action qui clôture le processus constituant. Celui-ci continue après la rédaction de la constitution, à travers la lecture qu'en font les utilisateurs (Rousseau, 2010, p. 3). Cette continuité de l'œuvre constituante au-delà de l'office du constituant originaire révèle surtout l'inachèvement de son œuvre initiale et justifie alors l'intervention des « co-constituants ». Commençons par démontrer que les silences constituants sont inévitables.

1 – LES SILENCES DANS LA CONSTITUTION

[12] On a souvent cru que le choix de l'écriture de la constitution au détriment de l'option coutumière avait quelques mérites à l'instar de la garantie de la « sécurité juridique ». Sûrement ! L'écriture apparaît comme une condition de visibilité, d'accessibilité, de prévisibilité et en quelque sorte de stabilité de la constitution, du moins elle semble contrecarrer

l'aléatoire. Mais seulement, comme la plupart sinon la totalité des textes juridiques, l'énoncé constitutionnel est inévitablement inachevé. Malgré l'exhaustivité de certains textes constitutionnels, ils s'avèrent presque toujours « concis », du moins dans leur fonction d'encadrement des phénomènes politiques dont la teneur déborde toujours celle de constitution in « books ». De la sorte, ces phénomènes ne sont pas toujours complètement saisis par la constitution formelle. Le silence dans la constitution est donc inéluctable. Cela peut restreindre sa prévisibilité et, de ce fait, créer une insécurité juridique. Certains estiment que ce silence révèle l'inachèvement du texte constitutionnel et peut conduire à la substitution du pouvoir constituant par le pouvoir judiciaire (Guenette, 2015, p. 443). D'autres considèrent que ce silence trahit surtout la perfectibilité des instances de création du droit (Ngah Noah, 2015, p. 583).

[13] Quoi qu'il en soit, le constituant se réfère souvent dans son préambule à d'autres textes de références - censés couvrir certains domaines constitutionnels et revêtir la même autorité que l'ensemble du texte constitutionnel. C'est le cas en France lorsque le constituant de 1958 renvoie dans son préambule à certains textes de référence, en l'occurrence le préambule de la constitution du 27 octobre 1946, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la charte de l'environnement de 2004. En réalité, les matières dites « matériellement » constitutionnelles sont infiniment plus amples que le corpus d'une constitution formelle. Ceci peut justifier la démultiplication des foyers de la normativité constitutionnelle, parfois comme corollaire du silence du pouvoir constituant.

[14] Toutefois, tous les silences constitutionnels ne sont pas des vices constitutionnels, et donc ne sauraient justifier des « excès de pouvoirs » juridictionnels. Certains silences sont volontaires et même nécessaires, une sorte de mutisme instrumental de la part du constituant. En effet, l'œuvre constituante n'est qu'au commencement du processus d'ordonnancement juridique d'un État. Certes, elle trône au-dessus de la pyramide normative, mais n'épuise pas l'édifice. Le constituant est bien conscient qu'il ne se trouve qu'à la pointe étroite d'une pyramide dont la base est nécessairement plus large, et ce faisant comporte plus d'espace de normativité. Ainsi, le silence du constituant est parfois volontaire. Celui-ci laisse sciemment vierges certains espaces d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics qui sont ultérieurement défrichés par les pouvoirs institués qu'il désigne à cette fin. Ce silence-renvoi

s'illustre par une habilitation constitutionnelle préalable à travers laquelle le constituant délègue sa prérogative d'organisation de certains pouvoirs publics au législateur. En conséquence, ce dernier dans le cadre d'une loi organique peut combler le silence-renvoi du constituant, notamment dans les matières précisées par celui-ci. Ainsi, ce silence n'est pas faillible sinon coupable, car, le constituant lui-même prévoit son comblement en déterminant l'instance qui pourvoira aux modalités d'organisation de ces pouvoirs. En clair, il s'agit d'un silence « prémédité » voire « délibéré ». Il en résulte habituellement « un enrichissement législatif » de la matière constitutionnelle.

[15] Dès lors, toutes les matières ne sont pas sujettes à une constitutionnalisation y compris détaillée. On l'oublie souvent, la sobriété des énoncés constitutionnels a cet avantage qu'on peut changer tout ce qui n'est pas compris dans ces énoncés, sans effrayer l'opinion sur ces changements et sans donner à l'État une secousse toujours dangereuse. Or, si pour faire un changement à la constitution, il faut un changement de constitution, la secousse est trop forte (Constant et Laboulaye, 1861, p. 266).

[16] En tout état de cause, la constitution parfaite n'existe pas. La constitution n'est que le langage des hommes. Le constituant n'est pas Dieu ! Si le mécanisme de checks and balances de la constitution américaine est justement l'opinion que James Madison a fait valoir contre Thomas Jefferson, en lui opposant son idée « mythique » de la constitution « parfaite » (Pasquino, 2019, p. 22), ce dernier, considéra pour sa part, que la Convention de Philadelphie était une assemblée de demi-dieux (Hauriou et Gicquel, 1980, p. 335). Dans une lettre adressée à Lafayette, Jefferson admit lui-même l'existence d'éventuels vices dans la constitution américaine. À cet égard, il reconnut déjà quoiqu'implicitement l'idée de la faillibilité de l'œuvre des founding fathers. L'histoire lui donnera finalement raison. Dès 1791, plusieurs amendements constitutionnels sur les « Bill of right » sont adoptés. L'un des plus célèbres, soit le premier amendement consacre la liberté de religion, de la parole, de la presse, le droit des citoyens de s'assembler pacifiquement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour qu'il mette fin aux abus.

[17] En clair, la constitution est donc inapte à la finitude. Il est impossible d'arriver à la perfection avec une règle générale. La longévité de la

constitution des États-Unis a souvent laissé croire que la « convention » de Philadelphie de 1787 aurait atteint le « fin du fin » c'est-à-dire ce qu'il y a de mieux dans le genre, le sage Solon y aurait sans doute émis quelques réserves. Lorsqu'on lui demandait quelle est la meilleure constitution, il répondait ceci : « dites-moi d'abord pour quel peuple et à quelle époque ». Ce qui importe finalement c'est que la constitution serve les fins promises à la société à laquelle elle s'applique. Ainsi, pour connaître si une constitution est bonne, il faut nécessairement l'essayer. L'expérience seule en découvre les vices (Constant et Laboulaye, 1861, p. 264), y compris ceux que nous qualifierons de silences faillibles.

[18] À cet égard, parmi les omissions faillibles du constituant, certaines sont involontaires, néanmoins qualifiées de « coupables », et d'autres qui sont volontaires sont parfois considérées par la littérature comme des « hypocrisies constitutionnelles ».

[19] Dans tous les cas, les silences coupables constituent des vides constitutionnels dont la complétude n'est pas anticipée par le constituant contrairement au silence-renvoi. Dans ces conditions, il est clairement défaillant. Cependant, son silence est certes coupable, mais de « bonne foi », car il ne semble pas avoir eu conscience ab initio de la nécessité de « normer » certaines matières constitutionnelles. Son agenda étant souvent commandé par des nécessités sociopolitiques du moment et la gestion de l'héritage du passé, c'est l'avenir qui s'en trouve lésé parce qu'insondable.

[20] Quant à « l'hypocrisie constitutionnelle », elle semble être un silence constituant de « mauvaise foi » et a fortiori coupable. Elle évoque un certain malaise ou plutôt un tabou à réformer la constitution de manière qu'elle reflète réellement l'état des choses, le vécu constitutionnel. C'est donc une forme d'aveuglement volontaire servant à dissimuler un sujet controversé qu'il convient d'éviter (Guenette, 2015, p. 419). Au total, force est de constater que dans la constitution, le silence « renvoi » coexiste souvent avec les silences « faillibles ». Quid des (pén)ombres dans la constitution ?

2 – LES (PÉN)OMBRES DANS LA CONSTITUTION

[21] Pour parodier Georges Burdeau en remaniant le sens original de sa formule, nous dirions que la constitution est un temple habité par des ombres et la pénombre. Or, en parlant de cette notion de constitution, l'auteur affirmait plutôt ceci, « édifice rationnel élevé pour des êtres de

raison qui n'est plus qu'un temple allégorique habité par des ombres ». (Burdeau, 1956, p. 62). Précisons que notre étude s'éloigne du sens de cette citation. Notre propos vise simplement à examiner les incertitudes relatives à la signification du texte constitutionnel.

[22] À cet égard, l'indétermination du texte constitutionnel est une question de degré. Il s'agit d'une indétermination relative. Cette notion a un contenu spécifique dans la pensée de Herbert Hart qui affirme que les énoncés juridiques possèdent tous une texture ouverte, précisément un « noyau de certitudes (core of certainty) » où leur application n'est pas problématique et « des zones grises » où les critères utilisés jusqu'alors pour leur application deviennent insuffisants ou bien en contradiction avec d'autres significations déjà établies par des utilisateurs antérieurs de ces expressions (Blais, 1993, p. 20). Cela suppose que dans le texte constitutionnel coexistent un « noyau dur » clair et une périphérie passablement éclairée, c'est-à-dire une pénombre. On pourrait donc se référer ici à la notion de texture ouverte de la constitution pour justifier son indétermination relative.

[23] Toutefois, aussi pertinente soit-elle, cette dernière conception n'a pas souvent fait l'unanimité. La thèse radicale de l'indétermination absolue lui a opposé une fin de non-recevoir en postulant que le texte est dans son ensemble totalement imprécis et vague. Dans cette logique, il serait recouvert uniquement par des ombres dont seul le juge peut éclairer le sens, tout le texte n'ayant en tant que tel, aucune signification (Pfersmann, 2002, p. 293). Napoléon ne prétendait-il pas qu'une bonne constitution doit être obscure, peut-être pensait-il qu'une telle indétermination lui assurerait quelques brèches dans cette constitution dont le colmatage se réaliserait à son gré ?

[24] En toute hypothèse, l'indétermination textuelle, quelle que soit sa forme figure parmi les axiomes du réalisme juridique qui se heurte souvent à une virulente critique de la doctrine classique d'inspiration formaliste. Selon cette dernière, dont Hans Kelsen est l'un des plus éminents représentants, le système juridique est plutôt complet, rationnel, cohérent et parfait ; même si cela ne semble guère convaincant lorsqu'on scrute les lacunes que renferment les textes constitutionnels.

[25] À ce propos, nous estimons que certaines dispositions constitutionnelles ne recèlent que des « ombres », parce que totalement

indéterminées et obscures, tandis que d'autres sont dans la zone de « pénombre », parce que partiellement déterminées, et ce faisant dans le « clair-obscur ».

[26] Par exemple, il nous est loisible de constater que certaines catégories constitutionnelles sont « drapées dans leur seule lettre, ce qui est peu lorsque – comble de malchance – cette lettre est obscure » (Goesel-Le Bihan, 2003, p. 1). C'est l'hypothèse « d'ombre » dans la constitution qui correspond à ce que les réalistes radicaux identifient comme une indétermination totale. L'obscurité des dispositions y afférentes, pourrait alors inciter le juge à un excès de pouvoir. Cependant, cette situation peut également survenir dans l' hypothèse où des énoncés constitutionnels sont censés être clairs. Le pouvoir d'appréciation de cette clarté appartenant au juge constitutionnel, ce dernier pourrait l'utiliser à sa guise, le cas échéant un dérapage n'est pas impossible.

[27] En tout état de cause, lorsque les dispositions constitutionnelles sont a priori intelligibles le risque d'une interprétation inappropriée s'avère théoriquement faible. Cela assure une certaine sécurité juridique. Car, l'obscurité rend le droit imprévisible, en fait un instrument de l'arbitraire, parfois indulgent envers les habiles et les puissants, impitoyable envers les faibles et les maladroits, une source permanente de conflits; elle pourrait être un des moyens de mettre fin à l'état de droit (Malaurie, 2005, p. 131).

[28] Les conséquences fâcheuses de la situation précédente, sont certes similaires à celles que rencontrent les antinomies ou les contradictions entre les dispositions constitutionnelles, pourtant celles-ci comptent parmi les cas de « pénombres » dans la constitution, car elles font voir des situations d'indéterminations partielles, notamment d'incertitudes, d'insuffisances voire de flous sémantiques.

[29] Sous ce rapport, les antinomies se révèlent dans le texte constitutionnel, lorsque le sens d'un énoncé est contraire à une autre partie du même texte. La constitution de la République du Congo du 20 janvier 2002 nous fournit à cet égard une illustration. Elle semble étrangement se contredire. L'article 110 alinéa 1 dispose que le Parlement a l'initiative législative et vote seul la loi. Or, l'article 118 alinéa 1 précise que l'initiative des lois appartient concurremment au président de la République et aux membres du Parlement. L'indécision constituante est

manifeste. Le flou sémantique est saisissant. L'initiative de la loi appartient réellement à quelle instance? Nous n'en sommes plus si certains. En revanche, c'est incontestable que nous avons quitté le noyau de la règle pour ses limbes voire sa pénombre. Une cacophonie sinon une incertitude sémantique prévalent dans la lettre de ces dispositions constitutionnelles. Ce qui soulève d'inextricables difficultés quant à la détermination de leur signification. Pour démêler ces écheveaux, une interprétation systémique ou systématique est souvent requise. Elle vise à éclairer une des dispositions du texte constitutionnel par une ou plusieurs autres dispositions du même texte à travers une forme d'interprétation relationnelle.

[30] Il paraît donc évident que ces lacunes relatives à la signification de la constitution sont susceptibles de constituer des « hards cases » pour le juge constitutionnel. Ronald Dworkin suggérera une herméneutique judiciaire propre à cette situation. D'après lui, les « cas difficiles » peuvent être interprétés sur la base du droit existant. Ce dernier est conçu comme un mélange entre les règles positives et les principes - moraux - sous-jacents de l'ordre juridique. Dans cette perspective, lorsque les règles de droit positif sont incomplètes, le juge n'a aucun pouvoir créateur parce qu'il n'est pas légitime. En revanche, il lui appartient de combler les lacunes (constitutionnelles) en découvrant avec prudence et sagesse les principes et valeurs sous-jacents du système juridique (Dworkin, 1978, p. 81 et s.). Or, certains considèrent que l'imprécision des énoncés constitutionnels leur soustrait ipso facto leur caractère normatif et donc sanctionnable par le juge.

[31] En toute hypothèse, et pour des raisons évidentes, le juge constitutionnel ne peut pas imposer une exigence de clarté au constituant. Cependant, le Conseil constitutionnel français a souvent enjoint au législateur de respecter le principe de clarté de la loi avant d'y renoncer plus tard après de nombreuses critiques de la doctrine.

[32] En bref, tous les textes juridiques quels qu'ils soient sont susceptibles d'abriter des zones d'ombres et de pénombres. La présomption de rationalité du constituant comme celle du législateur n'est pas irréfragable. Toutefois, le juge constitutionnel n'est pas lui-même exempt de tout reproche. En tant qu'un des artistes constituants du second temps, son activité n'est pas infaillible.

B – LA FAILLIBILITÉ DES DEUX DIMENSIONS DE L'UN DES ARTISTES « DU SECOND TEMPS »

[32] Le couplage artificiel, au sens noble du terme, entre le corps institutionnel et le corps humain a depuis suscité la curiosité de la littérature. Pour mieux s'en convaincre, la métaphore « des deux corps du roi » avait déjà été admirablement « transposée de la pénombre chaleureuse du mythe et de la fiction à l'examen froid et scientifique des faits et de la raison » sous la plume de Ernst Hartwig Kantorowicz sans nécessairement perdre de son attrait comme il le redoutait (Kantorowicz, 1989, p. 17). Cependant, aujourd'hui le concept des deux corps du roi est pratiquement inconnu en droit ; mais davantage usitée en science politique. Cette métaphore fit florès sous la dynastie des Tudor et bien au-delà. Elle signifie que « le roi a deux corps : le premier est mortel et naturel, le second surnaturel et immortel. Parce qu'il est naturellement un homme mortel, le roi souffre, doute, se trompe parfois : il n'est ni infaillible ni intouchable, et en aucune manière l'ombre de Dieu sur Terre comme le souverain peut l'être en régime théocratique. Mais dans ce corps mortel du roi vient se loger le corps immortel du royaume que le roi transmet à son successeur » (Boucheron, 2006, p. 1). Ce second corps immortel survie lorsque le premier, le corps mortel, s'éteint assurant de ce fait la continuité de l'institution monarchique.

[33] Cette image « des deux corps » met en évidence les imperfections de la nature humaine voire la fragilité du corps humain comparé au corps institutionnel. Elle nous parait utile pour saisir la réalité du juge constitutionnel qui semble être impartial en tant que « corps institutionnel », mais comme « corps humain », il est parfois enclin à l'arbitraire. L'indivisibilité entre ces deux « corps » n'est qu'une pure fiction souvent d'ailleurs trahie par la réalité. Cependant, on se demande s'il faut continuer à faire usage de la notion de Corps ou s'il ne faut pas plutôt recourir à celle de « dimension » humaine (ou personnelle) et de « dimension » institutionnelle, termes moins anachroniques et exotiques, mais également moins confondants pour le lecteur.

[34] Il est cependant clair que la double dimension humaine et institutionnelle du juge constitutionnel amalgamé a une influence manifeste sur son office, malgré les garanties d'impartialité qui s'avèrent souvent perfectibles.

1 – LES GARANTIES PERFECTIBLES DE L'IMPARTIALITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL COMME INSTITUTION

[35] Le juge constitutionnel est investi des pouvoirs nécessaires à la stabilité politique, institutionnelle et sociale dans l'État. D'abord, il assure l'arbitrage entre les pouvoirs publics, de même qu'il statue sur la régularité des élections politiques nationales. Ensuite, il interprète et protège la suprématie de la constitution. Enfin, il garantit les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine y compris ceux des minorités. Ces objectifs ne sont pas souvent inconciliables (Delpérée, 1985, p. 209) parce qu'ils participent in fine à la garantie de l'État de droit et de la démocratie à la fois électorale et constitutionnelle. Cette dernière consistant à concilier les droits de la majorité avec ceux des minorités.

[36] Afin de permettre au juge constitutionnel d'atteindre ces missions, des garanties d'indépendance et d'impartialité voire de rémunérations sont souvent prévues au sein des États. Si l'indépendance du juge (constitutionnel) se conçoit dans ses rapports avec les autres pouvoirs institués dont l'un des plus gênants se trouve être le pouvoir exécutif, en revanche son impartialité est envisagée vis-à-vis des parties au procès.

[37] Il n'est pas inutile de rappeler que l'indépendance et l'impartialité du juge constitutionnel constituent un droit fondamental pour le justiciable même si dans le modèle européen de justice constitutionnel, récemment rénové, l'accès au prétoire est souvent fermé au justiciable ordinaire, ou à défaut d'être ignoré, fait parfois l'objet d'un filtrage juridictionnel comme c'est dorénavant le cas en France.

[38] Le pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 précise en son article 14 que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial ». Prima facie, une lecture littérale de cette disposition et surtout avec son usage du terme « tribunal » peut laisser croire qu'elle ne s'applique qu'aux matières civiles et pénales. Pourtant, le juge constitutionnel en tant qu'institution juridictionnelle n'échappe pas à l'exigence d'indépendance et d'impartialité prescrite par cette convention internationale.

[39] Cependant, un constat s'impose, à la suite des premiers travaux menés aux États-Unis à partir des années 1990, plusieurs études ont été réalisées en Europe afin de comprendre les déterminants des décisions des juges constitutionnels. Ces investigations statistiques ont permis de mettre en lumière la partialité des décisions constitutionnelles, le manque d'indépendance de ces juges et la nécessité de repenser leurs mécanismes de nomination (Espinosa, 2015, p. 1). Il apparaît donc clairement que la justice constitutionnelle est « en panne ». Dans plusieurs pays africains, lorsqu'elle ne se trouve pas en situation de « léthargie », elle intervient davantage dans la foulée des élections présidentielles parfois avec un soupçon de connivence avéré ou supposé avec l'une des formations politiques en compétition. Dans ces conditions, il semble nécessaire de la réformer pour éviter « une désaffection » des citoyens. Ce qui serait préjudiciable à sa légitimité et ce faisant à la force symbolique de ses sentences. Pierre Noreau souligne avec pertinence que « la légitimité de l'institution peut cependant être construite également sur la valeur constamment démontrée de son activité. On sait du moins qu'au sein des sociétés démocratiques pluralistes, les figures d'autorité sont régulièrement contestées. L'opinion exige une forme de correspondance entre les valeurs portées par l'institution et son activité avérée. S'agissant de l'institution judiciaire, cette autorité tient notamment à la mise en œuvre des principes qui sous-tendent cette autorité et justifient, en contexte démocratique, l'exercice de la puissance publique : égalité juridique des sujets de droit, équité procédurale, indépendance judiciaire, correspondance entre les lois et valeurs sociales, impartialité des tiers et, plus globalement encore, confiance dans les acteurs du système judiciaire » (Noreau, 2010, p. 25). Or, cette confiance est souvent elle-même sujette à caution au regard de la propension à l'arbitraire de la dimension humaine du juge.

2 – LA PROPENSION À L'ARBITRAIRE DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS SA DIMENSION HUMAINE

[40] Le prétoire de la juridiction constitutionnelle se confond souvent en arène politique surtout en matière de contentieux électoral, précisément des élections politiques nationales, à l'instar des élections présidentielles. Le cas échéant, le juge devrait être un arbitre, « un tiers désintéressé et impartial » qui veille au respect des règles processuelles qui balisent les

avenues qui mènent à son prétoire, ainsi qu'au respect du droit substantiel qui commande le fond du procès en la matière. Cependant, cette représentation n'est qu'un « idéal type » au sens où l'entend Max Weber, c'est-à-dire que l'on ne rencontre jamais dans la réalité ou très rarement à l'état pur. On s'éloigne souvent de l'image de Thémis arborant un bandeau sur les yeux pour illustrer l'impartialité de la justice surtout lorsqu'on quitte le champ du juridisme superficiel pour observer le vécu judiciaire. En fait, il n'y a pas vraiment de juge désintéressé, directement ou indirectement, il profite toujours de son intervention ou est lésé par elle (Kojève, 1981, p.78).

[41] L'arbitrage souhaité de l'institution juridictionnelle succombe parfois à l'inclination des personnes humaines qui l'incarnent et ce faisant, à l'arbitraire de certains juges constitutionnels. Dès lors, la « suspicion légitime » à l'égard de ces juges est souvent justifiée, leurs deux dimensions humaine et institutionnelle étant inséparables, la cohabitation s'avère difficile et semble parfois se réaliser au détriment d'une justice impartiale. Toutefois, il n'y a guère de doute quant à la supériorité formelle de la dimension institutionnelle, c'est-à-dire concernant la prééminence de la juridiction sur le(s) magistrat(s) qui l'incarne(nt).

[42] Seulement, malgré l'écran institutionnel, certains juges constitutionnels peuvent céder aux préférences personnelles. En conséquence, on peut observer que le concept de tiers désintéressé et impartial est lui-même un idéal type. En effet, dans la réalité, on ne rencontre que des êtres humains avec leurs faiblesses, leurs préjugés, et leurs intérêts qui ne constituent jamais qu'une approximation déficiente du tiers véritable. (Leben, 1990, p. 38).

[43] C'est la littérature juridique américaine qui semble le mieux mettre en évidence l'arrière-plan idéologique et politique du juge avec une certaine acuité. Les juges de Cour suprême des États-Unis sont différemment situés sur l'échiquier idéologique (Legrand, 2014 p. 277). Déjà, l'école du réalisme américain héritière de la sociological jurisprudence ambitionnait, entre autres, de révéler le lien de causalité entre la décision du juge - y compris de la Cour suprême - et son attitude. À cet égard, contrairement aux théories formalistes, qui supposent que les juges prennent des décisions fondées uniquement en droit, leurs travaux s'inspirent des prédictions développées par les théories

attitudinales, qui considèrent que les juges sont motivés par un ensemble de préférences idéologiques qui déterminent leurs décisions (Espinosa, 2015, p. 6). Il s'ensuit que l'existence d'inclinations idéologiques des juges constitutionnels n'est pas sérieusement contestable et expose en quelque sorte leur nature humaine sinon leur ontologie. Chaque juge est un « je » construit, c'est-à-dire un « je » qui, certes, s'est construit, mais qui a également été construit. On comprend qu'il peut être difficile pour ces juges, de sortir d'eux-mêmes pour échapper à leurs tropismes, leurs présupposés, leurs convictions et leurs investissements idéologiques (Legrand, 2014, p. 292).

[44] Le processus de nomination des juges peut parfois avoir une influence sur leur indépendance et leur impartialité. Le cas des juges à la Cour suprême des États-Unis révèle des enjeux qui président à leur nomination par le chef de la Maison-Blanche avec l'approbation du Sénat. À cet égard, le collège des neuf juges illustre souvent aux yeux de certains une forme de continuation de la politique par d'autres moyens, certes, assez éloignés du Capitole, mais avec une proximité idéologique conservatrice ou libérale.

[45] Pour autant, il ne faut pas surestimer ces accointances idéologiques. Dans la foulée des récentes élections présidentielles américaines de 2020, on se souvient que, distancé par Joe Biden, Donald Trump avait désigné la magistrate Amy Coney Barrett, fervente catholique conservatrice, pour remplacer la progressiste et féministe Ruth Bader Ginsburg. Cela n'aura eu aucune incidence sur le contentieux électoral. Sans préjuger de l'intégrité de cette magistrate, notons que lorsque les institutions (judiciaires) sont plus fortes que les personnes qui les animent, c'est la démocratie et l'État de droit qui s'en trouvent exaltés. Le juge constitutionnel est l'ultime régulateur du jeu démocratique dans un État. À ce propos, le juge progressiste Stephen Breyer, membre de la Cour suprême des États-Unis nommé par Bill Clinton, affirme que le rôle du juge constitutionnel est de « faire marcher (la) démocratie ».

[46] Au Canada, les affiliations idéologiques des juges de la Cour suprême ne sont pas aussi manifestes qu'aux États-Unis. En tout état de cause, les juges ont un « devoir d'ingratitude » à l'égard des institutions qui les désignent et de celui qui les nomme, sans oublier ceux qui approuvent, le cas échéant, leur nomination.

II – LA RÉALISATION DE L'EXCÈS : L'EXORBITANCE CORRÉLATIVE DE LA JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE

[46] À la lumière de ce qui précède, la faillibilité du juge constitutionnel ne semble pas être une illusion. De même, il n'y a guère de doute à propos de l'inachèvement de l'œuvre constituante qui révèle la défaillance du constituant. Cette dernière trace la voie non seulement au pouvoir interprétatif du juge constitutionnel nécessaire lorsque l'énoncé constitutionnel est présent, mais obscur, sinon clair-obscur, mais aussi à son pouvoir normatif indispensable lorsque cet énoncé s'avère incomplet, voire absent. On l'oublie souvent, si le constituant peut garder le silence, le juge n'a pas droit au silence en ce sens qu'il ne peut refuser de juger (Jestaz, 2015, p. 738).

[47] Afin de lutter contre les inconvénients d'une constitution imparfaite, il faut parfois violer celle-ci, c'est-à-dire, faire un mal beaucoup plus grand dans ses conséquences à venir que le bien présent que l'on veut atteindre (Constant et Laboulaye, 1861, p. 264). Manifestement, ce son de cloche a été entendu par le juge constitutionnel, mais pas toujours pour en faire un usage heureux.

A – L'EXCÈS DE POUVOIR INTERPRÉTATIF : LORSQUE « HERMES » DÉFIE « ZEUS »

[48] Tout comme les autres interprètes « institués » par la constitution, le juge constitutionnel exploite souvent toutes les virtualités sémantiques du texte constitutionnel. Il n'est pas qu'un messager qui porte fidèlement la parole du pouvoir constituant en dévoilant le sens originel et caché du texte constitutionnel, du temps de ses fondations. Il actualise la parole constituante en l'inscrivant dans une nouvelle temporalité. De ce point de vue, il opère une rupture avec le mythe d'Hermès serviteur de Zeus. Car, au-delà d'un simple « relai » passif et servile de l'énoncé de la parole constituante, il devient le maître de son énonciation. Cependant, toute interprétation n'est pas un excès de pouvoir interprétatif.

1 – L'INTERPRÉTATION DISCRÉTIONNAIRE DE LA CONSTITUTION

[49] La politique du « self-restraint » mise en œuvre par certains juges les conduit à une autorestriction de leur compétence et surtout de leurs

pouvoirs interprétatif et normatif. Dans cette attitude de « retenue judiciaire », le juge est souvent peu enclin à un excès de pouvoir, et donc à une extrapolation de son pouvoir interprétatif. Cette posture que prend le juge semble convenir à la doctrine dont Montesquieu est l'un des chantres lointains, à savoir celle qui considère que le juge est « bouche qui prononce les paroles de la loi » (de Secondat alias Montesquieu baron de La Brède, 2008). Cette formule a connu un écho favorable sinon une audience assez remarquable chez les adversaires du « gouvernement des juges » dont Édouard Lambert parle avec brio.

[50] Cependant, lorsqu'une constitution s'exprime en termes très généraux laissant planer des incertitudes sur certains points, en étant silencieuse sur d'autres, n'offre-t-elle pas trop de latitude à l'interprète ? (Delpérée, 1985, p. 209). L'interprétation judiciaire de la constitution tire une part de son opportunité du fait qu'elle s'impose comme un rempart contre les silences constitutionnels voire contre l'indétermination des énoncés de la constitution. Si on ne considère que les cas d'une indétermination relative, l'on dira que le juge constitutionnel assure leur co-détermination.

[51] En outre, c'est aussi le laconisme de la constitution américaine qui a fait la fortune de la Cour suprême en matière d'interprétation constitutionnelle (Delpérée, 1985, p. 209). De plus, cette constitution reste muette quant à la manière dont elle prévoit la participation à sa lecture par ses interprètes autorisés. En conséquence, toute stratégie d'interprétation mise en avant par un interprète donné ne peut être élaborée qu'à partir d'une conception de l'interprétation dont la constitution ne fait pas elle-même état (Legrand, 2014, p. 292). De la sorte, il n'est pas impossible qu'un excès de pouvoir interprétatif se produise.

[52] Toutefois, il est en général difficile d'établir l'excès de pouvoir interprétatif d'un juge quel qu'il soit, y compris le juge constitutionnel surtout dans une perspective herméneutique réaliste à laquelle Kelsen semble avoir partiellement souscrit. D'ailleurs, sous sa plume, il apparaît clairement que le juge en tant qu'organe d'application du droit est un interprète authentique.(Kelsen, 1962, p. 461). Toute application d'un texte constitutionnel implique alors une interprétation authentique du juge constitutionnel.

[53] Dans cette logique, il faut soigneusement distinguer l'interprétation authentique de l'interprétation connaissance. Cette taxinomie que l'on doit précisément à Kelsen permet d'éclairer la distinction qui existe entre l'interprétation du juge constitutionnel et celle de la doctrine constitutionnelle. Dans la pensée du maître de Vienne, l'interprétation authentique n'est pas seulement celle qui émane de l'auteur de l'acte, mais plus généralement celle qui est donnée par une autorité habilitée à l'interpréter. Ainsi, l'interprétation du juge constitutionnel présente le caractère d'une interprétation authentique. Contrairement à cette interprétation d'où résulte le sens conférant à l'énoncé constitutionnel sa qualité normative, l'interprétation attribuée à la doctrine qui est plutôt scientifique vise seulement d'après Kelsen à décrire tous les sens possibles d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer entre eux un choix (Kelsen, 1962, p. 462).

[54] Au total, le juge constitutionnel en tant qu'interprète authentique exerce un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il choisit une signification - parmi d'autres - de l'énoncé constitutionnel. La « signification objective » qui procède de son interprétation forme une norme constitutionnelle qui est censée s'imposer dans l'ordonnancement juridique. Plus clairement, si l'interprétation de la doctrine constitutionnelle en tant qu'elle constitue un acte de connaissance peut être vrai ou fausse, celle du juge constitutionnel comme acte de décision, n'est ni vrai ni fausse, mais valide ou non valide.

[55] En matière d'application judiciaire du droit, deux idéologies coexistent et s'opposent presque radicalement : d'un côté l'idéologie de la décision déterminée (ou de la décision non libre d'application du droit) et de l'autre, l'idéologie de la libre décision judiciaire qui naît comme critique radicale de l'idéologie précédente (Arnaud, 2018, p. 284). Cette controverse va se prolonger dans la théorie constitutionnelle. On y retrouve un désaccord théorique sur la qualification de la fonction du juge constitutionnel et, ce faisant, sur la conception même de la constitution. Certains la considèrent comme un « texte fermé » offrant moins de latitude au juge et d'autres comme un « texte ouvert » et par conséquent modulable par le juge en fonction des défis non prévus par les pères fondateurs.

[56] Cette dernière option à laquelle nous souscrivons semble rejoindre l'herméneutique judiciaire proposée par Hebert Hart dont nous avons déjà parlé. En reconnaissant la texture ouverte du texte constitutionnel, on admettra que le juge constitutionnel bénéficie d'une marge d'appréciation voire d'une « discrétion judiciaire » dans l'activité d'interprétation. Sur ce point, la théorie pure du droit ne fut pas la première à souligner le fait que les juridictions, sous prétexte d'interpréter le droit existant, c'est-à-dire d'en éclaircir le sens, créent très souvent du droit nouveau. Elle a davantage accentué la différence qui existe entre l'interprétation inhérente à chaque application du droit, précisément celle pratiquée par l'autorité juridique habilitée et l'interprétation opérée par la science du droit (Kelsen, 1992, p. 558).

[57] Au demeurant, le pouvoir d'interprétation discrétionnaire du juge constitutionnel n'équivaut pas à un pouvoir arbitraire. Pourtant, il peut arriver qu'il détourne ce pouvoir en l'exerçant ad nutum.

2 - LE DÉTOURNEMENT ARBITRAIRE DU POUVOIR INTERPRÉTATIF

[58] D'emblée, il faut reconnaître qu'il y a une étrange incompatibilité entre la conception kelsenienne de la structure du système juridique et sa théorie de l'interprétation. D'après cet auteur, les organes d'application d'une norme juridique, en interprétant celle-ci, malgré leur situation de subordination, sont amenés à déterminer partiellement sa signification, voire à créer une norme qui ne trouverait pas son fondement en elle (Kelsen, 1992, p. 558). Pourtant, il considère par ailleurs que la structure de l'ordre juridique est sans lacune. On croyait par-là que le juge ne serait pas partie prenante à sa construction. Or, il semblerait qu'il reconnaisse implicitement le pouvoir normatif du juge, mais sous les apparences d'une interprétation. Dès lors, « la participation du juge constitutionnel à l'exercice du pouvoir de révision et par extension, à l'écriture constitutionnelle peut aussi être informelle. C'est généralement le cas en matière d'interprétation constitutionnelle plus précisément, dans le cadre de l'interprétation-création. (Ondoua, 2018, p. 74).

[59] Toutefois, le juge constitutionnel peut détourner ce pouvoir d'interprétation par nature créateur de sens, et donc d'énonciation constitutionnelle, pour (ré)écrire formellement l'énoncé constitutionnel. Dans ce cas, on dira qu'il n'est plus dans son orbite, voire son champ de

compétence « naturelle ». Il intervient *ex orbita*, soit hors de son ornière, d'où l'exorbitance de sa fonction. Il dit souvent utiliser son pouvoir d'interprétation. Pourtant, on observe que cet usage est effectué à des fins autres que celles pour lesquelles ce pouvoir lui a été confié. Dans cette perspective, l'excès de son pouvoir interprétatif est ostensible. En apparence, le juge constitutionnel joue « solo » dans la confection de l'œuvre constitutionnelle et devenant étrangement l'artiste constituant du premier temps. En réalité, il n'est pas solitaire dans cette fabrique constitutionnelle, n'étant pas l'unique opérateur constituant dans la chaîne d'interprétation voire de reconstruction continue de la constitution. On l'oublie souvent et comme le souligne fort à propos, Riccardo Guastini, les opérateurs de la constitution sont multiples et intègrent les autorités publiques de l'État. Toutefois, toutes les normes dont discutent ces opérateurs juridiques ne peuvent pas être considérées comme des significations plausibles des énoncés normatifs préexistantes. De nombreuses voir d'innombrables normes sont le résultat d'activités qui ne sont pas « interprétatives » dans un sens strict, mais bien plutôt « constructives ». (Guastini, 2013, p. 120).

[60] Au demeurant, le détournement du pouvoir interprétatif par le juge constitutionnel n'est pas un artifice intellectuel, une pure spéculation pour satisfaire, voire plaire à la pensée. Une curieuse jurisprudence constitutionnelle gabonaise permet d'observer son atterrissage dans le réel. À vrai dire, c'est cette jurisprudence audacieuse qui justifie sa théorisation dans notre propos. Cette décision offre une illustration particulièrement éclairante de l'analyse précédente.

[61] Dans la décision du 14 novembre 2018 rendue par la cour constitutionnelle du Gabon (Décision numéro 219/CC du 14 novembre 2018), on constate que le juge ne se contente pas seulement de dépasser son simple pouvoir d'interprétation (Monembou, 2020, p. 795), mais se livre à un véritable détournement du pouvoir interprétatif à des fins de réécriture d'un énoncé constitutionnel et non pas d'attribution de sa signification. Il poursuit clairement d'autres fins que celles pour lesquelles ce pouvoir lui a été confié. Cela est d'autant plus étrange qu'il s'adosse à l'une des dispositions constitutionnelles qui lui confèrent le pouvoir d'interprétation constitutionnelle pour asseoir son opération de réécriture de l'article 13 de la constitution gabonaise du 26 mars 1991 (Loi numéro 3/91 du 26 mars 1991).

[62] C'est le constat préalable d'une lacune dans la constitution, soit d'un silence faillible du constituant sur la situation et le régime d'indisponibilité temporaire du président de la République qui aurait motivé la Cour constitutionnelle gabonaise à ajouter un alinéa à l'article 13 de la Constitution et donc à réécrire cet article. À cet effet, la cour constitutionnelle – constituante en l'espèce – énonce clairement qu'en « cas d'indisponibilité temporaire du Président de la République pour quelque cause que ce soit, certaines fonctions dévolues à ce dernier, à l'exception de celles prévues aux articles 18,19 et 109, alinéa 1er , peuvent être exercées, selon le cas, soit par le vice-président de la République, soit par le premier ministre, sur autorisation spéciale de la Cour constitutionnelle, saisie par le premier ministre ou un dixième des membres du Gouvernement, chaque fois que nécessaire ». Selon certains, la Cour aurait possiblement voulu préserver le mandat du président Ali Bongo en évitant de constater son empêchement définitif à la suite d'un accident vasculaire cérébrale dont il a été victime.

[63] Au-delà du détournement de pouvoir interprétatif et de son incompétence en matière constituante, notamment au premier temps de l'écriture, cette attitude du juge constitutionnel gabonais révèle une méconnaissance de sa fonction de découverte des principes sous-jacents à l'ordre juridique. Celui-ci aurait peut-être dû découvrir les principes à valeur constitutionnelle dont font partie la continuité de l'État et des services publics, y compris ceux constitutionnels, au moins pour justifier la tenue du conseil des ministres malgré l'absence du président Ali Bongo qui n'était pas en mesure de le convoqué encore moins de le présider. Ce faisant, le juge constitutionnel aurait alors exercé son pouvoir normatif en matière constitutionnelle au lieu d'empiéter sur le pouvoir normateur du constituant. Cet empiétement illustre alors un excès de pouvoir normatif parce que le juge a basculé dans le champ du pouvoir normateur du constituant sans habilitation. Dans cette activité normatrice, le juge constitutionnel prend la forme de Janus, ce dieu romain à deux visages ambivalents. Examinons de plus près cette posture.

B – L'EXCÈS DE POUVOIR NORMATIF : LE JUGE CONSTITUTIONNEL DANS LA POSTURE DE « JANUS »

[64] Une frange importante de la littérature constitutionnelle imprégnée d'une conception étroite du processus constituant considère la

constitution comme « un acte mort », clos par le seul travail d'écriture. Or, il se trouve qu'elle est un acte vivant, ouvert et en formation continue(Dominique Rousseau et Alexandre Viala, 2004, p.44). En droit constitutionnel canadien, la théorie de la constitution comme arbre vivant est à l'origine une création jurisprudentielle (Edwards c. A.-G. for Canada, [1930] A.C. 124, 136-137). Elle ressort clairement de la « décision Edwards rendue en 1930 par le Comité judiciaire du Conseil privé qui était alors appelé à déterminer si l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867 devait être interprété de façon à permettre la nomination d'une femme au Sénat : « Art. 24 : Le gouverneur général mandatera de temps à autre au Sénat [...], des personnes ayant les qualifications voulues ». En d'autres termes, le terme « personne » devait-il être interprété comme incluant les femmes ? La réponse du Comité fut positive. C'est dans ce contexte qu'il affirma que : « L'Acte de l'Amérique du Nord britannique a planté au Canada un arbre susceptible de croître et de se développer à l'intérieur de ses limites naturelles. » (Brouillet et Gagnon, 2017, p. 84). La Cour Suprême du Canada a sans doute tiré profit de cette métaphore pour combler les lacunes constitutionnelles.

[65] Or, toute « glaciation » du temps de la production constitutionnelle a souvent des conséquences sur la conception du pouvoir normatif du juge constitutionnel. En effet, en « gêlant » le temps du processus constituant dans l'écriture, la production de l'œuvre constitutionnelle s'apparente à « un art à un temps » et en conséquence le second temps, celui du juge constitutionnel semble inexistant et « les jurisprudences constituantes » inopérantes. C'est dans la pensée de Bodin exposée par Dominique Rousseau et Alexandre Viala dans l'ouvrage précité que provient initialement l'idée selon laquelle la constitution s'opère par un acte constituant « à un temps ». Ce moment constituant originaire au cours duquel se révèle la souveraineté constituante initiale est assurément important dans la mesure où il est, au sens premier du terme, constitutif de la société. Cependant, il n'est pas ultime, car il n'aboutit qu'à l'écriture de « mots » (des figures rhétoriques) dont la signification n'est pas arrêtée une fois pour toutes au moment de cette écriture (Dominique Rousseau, 2010, p.3). Qui plus est, la nomenclature de ces mots n'est pas toujours complète.

1 – LE COMBLEMENT DE L'ŒUVRE CONSTITUTIONNELLE

[66] Le comblement de l'œuvre constitutionnelle par le juge constitutionnel prend souvent la forme d'une continuité s'exprimant sous l'apparence d'un dialogue sinon d'une tension voire d'une querelle entre l'œuvre de l'auteur (initial) du texte et celle de ses interprètes. Quoi qu'il en soit, comme nous l'avons indiqué, la constitution n'est pas un processus qui s'engendre d'un seul coup. Si on s'autorise une métaphore artistique, on dira que l'art constitutionnel n'est pas figé, mais forme un mouvement. C'est un art à plusieurs temps qui ne correspond pas à l'activité artistique du peintre sur sa toile, laquelle s'opère en un seul temps et se clôture dans la réalisation du tableau final (Cayla, 1990, p. 133-134) ?

[67] Or, l'art constitutionnel est un art à la chaîne, comme une composition musicale ou une pièce de théâtre, qui ne s'épuise pas dans l'acte initial, celui-ci précède souvent l'activité d'un ou de plusieurs interprètes qui, dans leur partition respective, continuent l'œuvre créatrice en y projetant souvent leur propre imaginaire. Ainsi, bien que l'œuvre musicale ou la pièce de théâtre soit souvent initialement conçue par un auteur, celui-ci peut s'absenter sur la scène lors de la représentation musicale ou théâtrale, les musiciens ou acteurs pouvant recréer son œuvre. La scène peut révéler un spectacle plus ou moins fidèle, sinon parfois indocile à l'égard de la représentation de l'auteur, comme une forme de transgression de l'œuvre initiale. Nombre d'interprètes rejettent souvent une œuvre parce qu'ils n'arrivent pas à trouver leur propre monde dans celui de l'œuvre. La création de l'œuvre constituante en Afrique s'opère souvent selon ce schéma. Dans cette perspective, il ne s'agit pas d'une complétude, mais d'une violation de la constitution.

[68] Cependant, on ne peut pas nier que l'interprète peut souvent se muer en co-créateur et participer utilement à la complétude des failles que comporte l'œuvre initiale. C'est souvent le cas d'une jurisprudence constitutionnelle « praeter constitutionem », c'est-à-dire qui intervient à côté de la constitution pour compléter l'œuvre constituante. Aux États-Unis, on parlerait de « constitution in action ».

[69] En France, la constitutionnalisation par la jurisprudence des droits et libertés précisés de façon insuffisante dans le texte de la constitution en propose un exemple saisissant. Certains y voyaient une « charte jurisprudentielle des droits et libertés » (Rousseau et Vedel, 2013, p. 447). Rappelons que la constitutionnalisation des libertés de la personne par le Conseil constitutionnel français trouvait déjà une expression convaincante dans sa décision du 16 juillet 1972 sur la liberté d'association. « Il lui a appartenu d'affirmer l'État de droit, en intégrant globalement le préambule de 1958 au principe de constitutionnalité » (Gicquel et Gicquel, 2018, p. 133). Ainsi, cette complétude de l'œuvre constituante initiale apparaît comme la conséquence logique de la faillibilité du pouvoir constituant dans la détermination de la constitution sociale. Dans quelle mesure aurait-il pu y parvenir, tant les matières matériellement constitutionnelles sont plus étoffées que la constitution in « books » ? Comme dit le dicton, « à l'impossible, nul n'est tenu » comme le dit le dicton. Au demeurant, aussi pertinente soit-elle, cette complétude de l'acte constituant inaugural par le juge constitutionnel peut connaître des dérapages.

2 – L'USURPATION DE LA FONCTION CONSTITUANTE

[69] La complétude de l'œuvre constitutionnelle s'effectue parfois au prix d'une usurpation de la fonction constituante par le juge constitutionnel. Or, en principe, c'est la constitution qui prévoit elle-même la façon de remédier à ses propres défaillances à travers la procédure de révision constitutionnelle qui implique l'intervention du pouvoir constituant dérivé. La question du contrôle sur les tentatives des pouvoirs constitués de changer leurs compétences fixées par la constitution est une question discutée maintes fois par les constituants au XVIIIe siècle. Elle était notamment au cœur du débat que James Madison engagea avec son ami Thomas Jefferson dans les Federalist Papers 49 et 50 (Pasquino, 2019, p. 22). L'intérêt que ceux-ci portaient déjà à cette question était sans doute justifié et s'est avéré pertinent y compris dans d'autres contextes.

[70] À cet égard, la Cour constitutionnelle du Gabon semble être allée plus loin que l'exercice d'un simple pouvoir normatif en arrachant la plume de la main du constituant pour réécrire l'énoncé d'une constitution qui lui paraissait lacunaire. Le doyen Vedel aurait pu se retourner dans sa

tombe, lui qui affirmait que « le juge constitutionnel à la gomme et non le crayon ».

[71] L'ajout de la moindre virgule dans la constitution ou la correction d'une faute d'orthographe, fût-elle insignifiante, doit strictement suivre la procédure de modification de la constitution. A fortiori, la rédaction d'un nouvel alinéa, à laquelle le juge constitutionnel gabonais s'y était consciemment livré, en usurpant au passage la fonction constituante. Or, l'on se souvient qu'en France, en 2018, à travers une révision constitutionnelle, les députés corrigeaient une coquille vieille de 60 ans apparaissant à l'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958. Le terme « menacés » devait en effet s'écrire « menacées ».

[72] Cependant, au-delà de l'élaboration inconstitutionnelle de la norme fondamentale par le juge constitutionnel, la continuité par ses soins de l'œuvre constituante s'impose parfois comme une nécessité pour parer au déni d'une certaine justice constitutionnelle, voire pour contourner l'incompatibilité de certaines dispositions constitutionnelles avec les exigences qu'imposent à certains moments critiques la survie, l'équilibre, et l'évolution des institutions de l'État. Ainsi, un « délit » d'usurpation de la part du juge constitutionnel est souvent commis pour éviter un déni de justice constitutionnelle et un dysfonctionnement institutionnel. Le sursis d'agir du juge constitutionnel peut paralyser le fonctionnement des institutions. On aurait pu imaginer un tel scénario, au Gabon, en 2018, n'eût été la contestable intervention du Conseil constitutionnel dans le champ « compétentiel » du pouvoir constituant afin d'assurer la continuité de l'exercice de la fonction suprême. Tout ceci, au détriment de la spécialisation fonctionnelle des pouvoirs constituants et constitués. Ce faisant, le moment jurisprudentiel devait alors fusionner avec le moment constituant. Dès lors, en se déplaçant hors de son orbite, le juge constitutionnel a pu transformer le moment jurisprudentiel en un moment constituant. Cette exorbitance traduit sans doute un excès de pouvoir du juge constitutionnel. Celui-ci n'ayant pas de jure la compétence constituante.

CONCLUSION

[73] En tout état de cause, l'étendue des pouvoirs du juge constitutionnel dans l'activité de « jurislation » constitutionnelle soit dans le processus de création de la norme constitutionnelle est intimement liée à la politique jurisprudentielle qu'il s'attribue lui-même. En effet, l'acte de juger qu'il

soit interprétatif ou « normatif » est toujours et fondamentalement un acte politique (de Béchillon, 2005, p. 975). En clair, « l'art de juger », y compris celui mis en œuvre par le juge constitutionnel n'est pas axiologiquement neutre. Le juge exprimant presque toujours ses préférences idéologiques, philosophiques et parfois politiques. Cependant, sa politique jurisprudentielle oscille entre la « retenue judiciaire et l'activisme judiciaire » (Woehrling, 1975, p. 493). Cette attitude a des conséquences ambivalentes autant sur l'exercice du pouvoir constituant par le pouvoir judiciaire que sur l'excès de pouvoir du juge, que cet exercice soit jugé heureux ou malheureux. Cependant, une question demeure, si le juge constitutionnel est le gardien de la constitution, lorsqu'il y a un excès de pouvoir de son fait, qui gardera le gardien? « Quis custodiet ipsos custodes ? est une locution latine généralement attribuée au poète romain Juvénal. »

Références bibliographiques

Ouvrages

- Alexandre Kojève, Esquisse d'une phénoménologie du droit: exposé provisoire, Paris, Gallimard, 2007.

- André Hauriou & Jean Gicquel, Droit constitutionnel et institutions politiques, 7e éd, Paris, Montchrestien, 1980.

- Arnaud, André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Anthologie du droit, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2018.

- Charles-Louis de Secondat Montesquieu baron de La Brède et de, *De l'esprit des lois*, Le Monde de la philosophie ; 21, Paris, Flammarion, 2008.

- Constant, Benjamin & Édouard Laboulaye, Cours de politique constitutionnelle, ou, Collection des ouvrages publiés sur le gouvernement représentatif, Paris, Guillaumin, 1861.

- Dworkin, Ronald M, *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978.

- Gicquel, Jean & Jean-Éric Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 32e éd, Précis Domat Droit public, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, Lextenso éditions, 2018.

- Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962.

- Kantorowicz, Ernst Hartwig, Les Deux corps du roi: essai sur la théologie politique au Moyen Âge, Bibliothèque des histoires, Paris, Gallimard, 1989.

- Lambert, Édouard, Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris, Dalloz, 2005.

- Legrand, Pierre, Pour la relevance des droits étrangers, Paris, IRJS Editions, 2014.

- Rossi, Pellegrino, Cours de droit constitutionnel, Paris, Guillaumin, 1877.

- Rousseau, Dominique & Georges Vedel, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10e éd, Paris, LGDJ-Lextenso, 2013.

- Rousseau, Dominique & Alexandre Viala, *Droit constitutionnel*, Pages d'amphi, Paris, Montchrestien, 2004.

- Troper, Michel, *La philosophie du droit*, 5e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2018.

Articles

- Béchillon, Denys de, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre » dans Michel Troper, Véronique Champeil-Desplats & Christophe Grzegorczyk, dir, *Théorie Contraintes Jurid*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

- Bihan, Valérie Goesel-Le, « À propos d'une catégorie constitutionnelle obscure : les traités ou accords qui engagent les finances de l'État » (2003) 53:1 Rev Francaise Droit Const, en ligne: <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2003-1-page-55.htm>.

- Blachèr, Philippe, « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? » (2003) 105:2 Pouvoirs, en ligne: <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2003-2-page-17.htm>.

- Blais, François, « La philosophie du droit de H. L. A. Hart » (1993) 8:2 Can J Law Soc, en ligne: <www.cambridge.org/core/journals/canadian-journal-of-law-and-society-la-revue-canadienne-droit-et-societe/article/la-philosophie-du-droit-de-h-l-a-hart/E0595BF9F42282238F4839E54EF377FB>.

- Boucheron, Patrick, « Les Deux Corps du roi" d'Ernst Kantorowicz » (2006) 315 L'histoire, en ligne: <www.lhistoire.fr/classique/les-deux-corps-du-roi-dernst-kantorowicz>.

- Brouillet, Eugénie & Alain-G Gagnon, « La constitution canadienne et la métaphore de l'arbre vivant » dans Alain-G Gagnon & Pierre Noreau, dir, *Const Droits Divers Mélanges En L'honneur José Woehrling*, Montréal, Les éditions Thémis, 2017.

- Burdeau, Georges, « Une survivance: la notion de Constitution » dans *L'évolution Droit Public. Études Offertes À Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956.

- Cayla, Olivier, « La souveraineté de l'artiste "du second temps" » (1990) 12 Droits.

De Lacharrière, René, « Opinion dissidente » (1980) 13, en ligne: <https://revue-pouvoirs.fr/Opinion-dissidente.html>.

- Delpérée, Francis, « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle » (1985) 26:1 Cah Droit.

- Delpérée, Francis , « L'interprétation de la constitution ou la leçon de musique » dans Ferdinand Mélin-Soucramanien, dir, *Interprétation Const*, Paris, Dalloz, 2005.

- Espinosa, Romain, « L'indépendance du Conseil constitutionnel français en question » (2015) 4:4 Cah Justice, en ligne: <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2015-4-page-547.htm>.

- Guastini, Riccardo, « Le réalisme juridique redéfini » (2013) 19 J Const Theory Philos Law.

- Guenette, Dave, « Le silence des textes Constitutionnels canadiens - expression d'une Constitution encore inachevée » (2015) 56:1 Cah Droit, en ligne: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcdd56&i=415>.

- Jestaz, Philippe, « Épilogue : libres propos sur le silence » (2015) 56:1 Cah Droit, en ligne: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcdd56&i=415>.

- Jouanjan, Olivier, « Faillible droit » dans Olivier Jouanjan & Friedrich Müller, dir, *Avant Dire Droit Texte Norme Trav Droit* Collection Dikè, Québec, Presses de l'Université Laval, 2007.

- Kelsen, Hans, « Qu'est-ce que la théorie pure du droit ? » (1992) 22:1 Droit Société, en ligne: <www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1992_num_22_1_1187>.

- Leben, Charles, « Droit : quelque chose qui n'est pas étranger à la justice » (1990) 11 Droits Rev Fr Théorie Jurid.

- Malaurie, Philippe, « L'intelligibilité des lois » (2005) 114:3 Pouvoirs, en ligne: <www.cairn.info/revue-pouvoirs-2005-3-page-131.htm>.

- Monembou, Cyrille, « De "l'excès de pouvoir juridictionnel" en Afrique noire francophone. Réflexions à partir des décisions récentes de la cour constitutionnelle du Gabon » dans Frédéric Joël Aivo et al, dir, *Amphithéâtre Prétoire Au Serv Droits Homme Démocr*, Paris, Harmattan, 2020.

- Ngah Noah, Marcel, « Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation » (2015) 56:1 Cah Droit, en ligne: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/lcdd56&i=415>.

- Noreau, Pierre, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans *Révolutionner Justice*, Montréal, Thémis, 2010.

- Ondoua, Alain, « Notule sur l'écriture de la constitution en Afrique. Le cas des États d'Afrique subsaharienne francophone » dans Oumarou Narey, dir, *Const Actes Sémin Sci Tenu À Niamey 24 Au 26 Octobre 2018*, Senégal, L'Harmattan, 2018.

- Ost, François & Michel van de Kerchove, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? » (2000) 44:1 *Rev Interdiscip Etudes Jurid*, en ligne: <www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2000-1-page-1.htm>.

- Pasquino, Pasquale, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple » dans Vincent Denis, Pierre-Yves Quiviger & Jean Salem, dir, *Fig Sieyès* Philosophie, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2019.

- Pfersmann, Otto, « Contre le néo-réalisme juridique. » (2002) 50:2 Rev Francaise Droit Const, en ligne: <www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2002-2-page-279.htm>.

- Ponthoreau, Marie Claire, « Réflexions sur le pouvoir normatif du juge constitutionnel en Europe continentale sur la base des cas allemand et italien » (2008) 24 Cah Cons Const, en ligne: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel-en-europe-continentale-sur-la-base-des>.

- Rousseau, Dominique, « La construction constitutionnelle de l'identité des sociétés plurielles » (2010) 73 Conflu Méditerranée.

- Troper, Michel, « L'interprétation constitutionnelle » dans Ferdinand Mélin-Soucramanien, dir, *Interprétation Const*, Paris, Dalloz, 2005.

- Woehrling, Jose, « Entre la retenue Judiciaire et l'activisme judiciaire : le conseil constitutionnel français et la Protection des droits Fondamentaux » (1975) 10:3 Rev Jurid Themis, en ligne: <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/revjurns10&i=497>