

## À PROPOS DE LA FONCTION RÉGULATRICE DU JUGE ÉLECTORAL AFRICAIN

Jean-Louis ESAMBO KANGASHE\*

Dans les pays habitués à la tenue régulière d'élections, l'organisation du contentieux offre au juge l'occasion de participer à la légitimation des suffrages et, conséquemment, la désignation des gouvernants. Par elle, le juge s'autorise à vérifier la conformité des actes et procédures électoraux, la régularité des opérations et l'intégrité du vote, ainsi que la sincérité des résultats. Il est, quoiqu'on dise, un acteur clé dans le jaugeage de la légitimité des gouvernants et de leurs politiques publiques<sup>1</sup>.

Riche, le contentieux électoral couvre, en Afrique comme ailleurs, plusieurs aspects, allant des actes préparatoires<sup>2</sup> jusqu'aux résultats. Rares sont, en effet, les systèmes juridiques africains qui ne reconnaissent pas au juge électoral le pouvoir de sanctionner toute irrégularité constatée lors de la préparation et l'organisation d'un scrutin.

Diverse et variée, la réglementation africaine indique que la Cour constitutionnelle ou le Conseil constitutionnel est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. Elle (il) juge de la régularité des consultations référendaires, des élections présidentielle et législatives. Le juge électoral se voit ainsi reconnaître le pouvoir de réguler la vie politique<sup>3</sup>, même si l'imprécision sur la nature de la fonction peut faire craindre, en cas d'abus<sup>4</sup>, des dérives. Le caractère imprécis de la fonction régulatrice aurait convaincu certains esprits à douter du bien-fondé, dans un régime démocratique, arguant, quelque fois, le spectre d'autosuffisance du juge<sup>5</sup>.

Jadis assurée dans les domaines autres que le droit—à l'exemple de l'économie, la médecine ou la psychologie—, la régulation a fini par avoir raison des disciplines juridiques au premier rang desquelles le droit administratif où elle est perçue comme relevant d'une attribution de la puissance publique tournée, par ailleurs, vers la satisfaction de l'intérêt général. De ce point de vue, la régulation est pérenne et non épisodique.

Le droit constitutionnel et, à sa suite, le droit électoral ne connaissent que tardivement la justesse de la fonction régulatrice. Et pour cause, la doctrine semble hésiter à lui donner une définition extraite des appréhensions approximatives des uns et des autres. On ne peut espérer mieux tant la simple évocation donne l'air d'une nouveauté que l'on découvre à peine. Il est, en même temps, admis qu'en raison des enjeux qu'elle suscite, la régulation disparaisse vite

---

\* Professeur de droit public et ancien juge à la Cour constitutionnelle de la République Démocratique du Congo.

<sup>1</sup> ESAMBO KANGASHE J.-L., *Le droit électoral congolais*, Louvain-la-Neuve, Académia-l'Harmattan, Coll. « Bibliothèque de droit africain » 11, 2014, p.157.

<sup>2</sup> Tels que l'inscription sur les listes électorales, la réception et le traitement de candidatures, ou encore l'organisation de la campagne électorale.

<sup>3</sup> On cite en exemple les articles 114 de la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, 88 de la Constitution de la République de Côte d'Ivoire du 8 novembre 2016, 165 de la Constitution de la République du Congo du 6 novembre 2015, 83 de la Constitution de la République du Gabon du 12 janvier 2011, 85 de la Constitution de la République du Mali du 12 janvier 1992, 99, al. 2 et 104, al. 2 de la Constitution de la République du Togo du 27 septembre 1992, telle révisée par la Loi n°2002-09 du 31 décembre 2002.

<sup>4</sup> ECK. I, *L'abus de droit en droit constitutionnel*, Paris, L'Harmattan, 2010, p. 32.

<sup>5</sup> Aucune législation n'indique avec précision qu'en régulant le fonctionnement des institutions et l'activité des pouvoirs publics, le juge est autorisé à donner des injonctions.

des radars des acteurs politiques, des chercheurs, en droit public et, naturellement, du juge qui l'assure.

Dans ces conditions, et au lieu de s'accrocher à la conjoncture et la contingence des répercussions émotionnelles, on devrait admettre, même avec quelques voix discordantes, l'évidence qu'il faut situer, non pas dans l'imaginaire individuel, mais bien dans l'activité prétorienne du juge.

Réguler, n'est rien d'autre qu'ajuster une attitude afin de la conformer à la norme ou à une exigence préétablie. La régulation indique la voie idoine et participe, de ce fait, à l'équilibre institutionnel sans lequel l'exercice harmonieux d'une fonction publique ne serait qu'une utopie.

Prévenant tout risque de dérapage, la régulation n'admet pas de désordre, ni d'anarchie dans l'accomplissement d'une tâche ou d'une mission, mais assurée par le juge, elle peut être perçue comme une technique de lutte contre tout abus, dans le fonctionnement d'une institution de l'État ou un contrôle de certains comportements politiques déviants.

On voit que, de la régulation préventive qui a longtemps occupé l'office du juge électoral, succède celle curative; les deux visant à limiter toute dérive autoritaire, au profit de la protection des libertés publiques et des droits fondamentaux. Faisant du juge l'arbitre des différends politiques, la régulation ne participerait-elle pas au mouvement de juridicisation de la vie politique<sup>6</sup>, sa justiciarisation, voire la judiciarisation des rapports sociaux ?<sup>7</sup>

Si la juridicisation autorise l'incursion de la règle du droit dans le domaine politique auquel il n'avait naguère accès, la justiciarisation offre la garantie du bénéfice égal que chaque citoyen est en droit d'attendre de l'administration de la justice cantonnant, du coup, la politique dans le droit, pour mieux le domestiquer. La judiciarisation évoque, quant à elle, l'idée d'un contrôle juridictionnel des actes des gouvernants.

Ephémère, l'inquiétude sur le dépassement des bornes que tenterait de s'offrir le juge n'a de sens que lorsqu'on s'accorde sur l'essentiel de la fonction régulatrice, la justesse du procès contre le juge qui l'assure et, plus généralement, sur l'issue du procès constitutionnel<sup>8</sup>. Dans ces conditions, il apparaît justifier de dégager, à partir de quelques précédents tirés de la pratique, la tangente prise, pour en saisir la portée. On aboutira ainsi à la conviction que la régulation peut être une aiguille au service de l'État de droit et de la démocratie ou une épine sur l'activité du juge.

## **1. La régulation, une aiguille au service de l'État de droit et de la démocratie**

Dans toute société humaine organisée, la régulation évoque l'idée de modulation ou de redressement d'un secteur bien précis d'activités. Dans ces conditions, et au regard des compétences du juge, la régulation décline, à la fois, une mission normative<sup>9</sup> et celle

---

<sup>6</sup> COMMAILE J., DUMOULIN I. et ROBERT C. (dir), *La juridicisation de la vie politique*, Paris, LGDJ/Lextenso, coll. « Droit et Société », 2010, p. 14.

<sup>7</sup> ESAMBO KANGASHE J.-L., *Le droit constitutionnel*, op.cit, pp. 9, 12, 13, 14, 44, 109, 122 et 179.

<sup>8</sup> PASCAL J, *Le procès constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2001.

<sup>9</sup> Comme au Bénin, au Cameroun, au Gabon, en Côte d'Ivoire, au Mali, en République du Congo ou encore au Togo.

d'attribution<sup>10</sup>. Comment pouvait-il en être autrement dès lors que les législations électorales africaines font du juge électoral le vérificateur de la conformité des actes et procédures de vote, ainsi que le régulateur des consultations référendaires et électorales?

Juge de la régularité des opérations, de l'intégrité du vote et de la sincérité des résultats, le juge électoral africain ne peut s'interdire de réguler la vie politique.

### **1.1 La régulation est une mission traditionnelle du juge électoral**

Partageant les modèles et pratiques de gestion du contentieux électoral, un nombre relativement limité de systèmes africains reconnaissent au juge le pouvoir de réguler le fonctionnement des institutions<sup>11</sup> et l'activité des pouvoirs publics<sup>12</sup>. Les quelques espèces répertoriées permettent d'avancer vers l'effectivité, au sein des juridictions électorales suprêmes.

La première est tirée de la position prise, le 11 février 2016<sup>13</sup>, par le juge béninois qui permit de désamorcer un blocage, dans la poursuite du processus électoral menacé d'impasse à cause du retard pris, par le Conseil d'orientation et de supervision de la liste électorale permanente et informatisée, COS-LEPI, en sigle, dans la fabrication et la distribution des cartes d'électeurs.

Saisi, le juge ordonna le retrait de cet organe de la production et la distribution des cartes d'électeurs au profit du Centre national de traitement, ce qui permit la poursuite, sans conséquences majeures, du processus jusqu'à la tenue effective, en mars 2016, du premier tour de l'élection présidentielle.

Plus controversée est la décision du 1<sup>er</sup> février 2019<sup>14</sup> par laquelle le même juge reconnut la constitutionnalité du décret n°2019-042 du 9 janvier 2019 portant convocation du corps électoral, pour l'élection des députés à l'Assemblée nationale et sa conformité à la loi n°2018 - 23 du 17 septembre 2018 portant charte des partis politiques en République du Bénin, en ce qu'elle oblige les partis politiques dûment enregistrés à se conformer, lors du dépôt des listes de candidatures, aux nouvelles dispositions légales<sup>15</sup>. Il adjugea la pertinence de la délivrance, par le ministère de l'intérieur et de la sécurité, du certificat de conformité, pour les candidatures aux élections législatives du 28 avril 2019.

---

<sup>10</sup> À l'exemple de la République Centrafricaine, de la République Démocratique du Congo ou de la République du Madagascar.

<sup>11</sup> Art. 46 de la Constitution de la République du Cameroun du 14 avril 2008.

<sup>12</sup> À l'exemple des articles 114 de la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990, 88 de la Constitution de la République de Côte d'Ivoire du 8 novembre 2016, 165 de la Constitution de la République du Congo du 6 novembre 2015, 83 de la Constitution de la République du Gabon du 12 janvier 2011, 85 de la Constitution de la République du Mali du 12 janvier 1992.

<sup>13</sup> Il s'agit de la Décision n°DCC16-044 du 11 février 2016.

<sup>14</sup> Décision n°DCC19-001 du 1<sup>er</sup> février 2019.

<sup>15</sup> L'article 56, alinéa 2 de cette loi précise que les partis politiques dûment enregistrés disposent d'un délai de six mois pour se conformer aux nouvelles dispositions. Passé ce délai, ils perdent leur statut juridique.

Sélective dans son application<sup>16</sup>, la décision était loin de contribuer à l'apaisement avant le scrutin, plusieurs partis d'opposition ayant décidé d'appeler au boycott<sup>17</sup>, attitude qui a favorisé la constitution d'une Assemblée nationale quasi monocolor.

La deuxième découle de la décision prise, en 2012, par le juge gabonais qui permit d'étouffer une crise politique autour d'un conflit d'attributions entre le gouvernement et le Conseil économique et social, mais aussi entre la majorité et l'opposition, à l'Assemblée nationale, au sujet de la convocation, par deux membres du bureau,<sup>18</sup> de la deuxième session de cette chambre parlementaire.

Prenant une autre posture, le même juge n'a pas hésité de dissoudre l'Assemblée nationale<sup>19</sup>, reconnaissant l'exclusivité de la fonction législative au seul Sénat ordonnant, par même occasion, la démission du gouvernement qui n'a pu organiser le scrutin, initialement prévu en décembre 2016<sup>20</sup>.

La troisième fait appel à la position arrêtée, en 2007, par la Cour suprême malgache qui permit de résoudre les conflits entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, ainsi qu'entre l'État et l'église catholique, au sujet de la gestion du processus électoral qui semblait trainer.

Se fondant sur la Constitution du 11 décembre 2010<sup>21</sup> qui l'autorise à régler les conflits de compétences entre deux ou plusieurs institutions de l'État ou entre l'État et une ou plusieurs collectivités territoriales décentralisée ou entre deux ou plusieurs collectivités territoriales décentralisées, la juridiction s'est, en 2018, opposée aux mesures présidentielles visant la restriction des droits des citoyens pourtant garantis par la Constitution et à la tentative de révision constitutionnelle<sup>22</sup>. Elle finit par rappeler l'importance de la *sauvegarde de la sécurité juridique*, la *cohésion nationale* et le *consensus national* érigés en principes à valeur constitutionnelle.

Dans une autre circonstance, et en déférence à la Constitution qui oblige le président de la République en fonction désireux d'être candidat à une nouvelle élection, de démissionner, soixante jours, avant le scrutin présidentiel<sup>23</sup>, la Cour prit acte, le 7 septembre 2018, de la démission de Andry Rajoelina, constata, du coup, la vacance de la présidence de la République et désigna le président du Sénat en vue d'assurer l'intérim jusqu'à l'investiture du nouveau président de la République élu<sup>24</sup>.

Dans l'exercice de la fonction régulatrice, le juge peut, pour l'affermissement de la démocratie, être amené à donner une tonalité particulière à ses décisions, à travers notamment les injonctions faites aux pouvoirs constitués. Deux espèces ont été, à cet égard, retenues.

---

<sup>16</sup> En ce qu'elle viserait plus les partis politiques de l'opposition que ceux proches de la majorité au pouvoir.

<sup>17</sup> Il est également rapporté que ce scrutin aurait connu un taux de participation le plus bas, soit 27, 12% et qu'il a débouché sur des violences, avec morts d'hommes.

<sup>18</sup> À savoir le vice-président assumant l'intérim du président empêché et celui-ci pendant l'exercice de l'intérim. .

<sup>19</sup> Dont les membres étaient fin mandat.

<sup>20</sup> Décision n° 022/CC du 30 avril 2018.

<sup>21</sup> Art. 116, point 2.

<sup>22</sup> Avis n°07-HCC/AV du 25 avril 2019.

<sup>23</sup> Art. 46, al. 2 de la Constitution Malgache du 11 décembre 2010.

<sup>24</sup> Il s'agit de la Décision n°30-HCC/D3 du 7 septembre 2018.

Craignant une crise politique que provoquerait la mise en accusation<sup>25</sup> du président Hery Rajaonarimampianina, par l'Assemblée nationale, la Haute Cour constitutionnelle malgache reçut la requête, mais décida du maintien du président de la République à son poste. Elle ordonna aux institutions de la République<sup>26</sup> d'exercer pleinement leurs fonctions conformément à la Constitution et de *respecter les principes de séparation et de collaboration des pouvoirs, fondement du régime semi-présidentiel de la quatrième République et à œuvrer tous en faveur d'un pacte de responsabilité, garant du bon fonctionnement de l'État, dans le cadre de la Constitution en vigueur*<sup>27</sup>.

De son côté, et en vue de prévenir tout retard dans l'organisation de l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs de nouvelles provinces déjà programmée<sup>28</sup>, la Cour constitutionnelle congolaise intima *l'ordre au gouvernement à doter à la Commission électorale nationale indépendante les moyens nécessaires pour la poursuite du processus électoral menacé de blocage*<sup>29</sup>. L'injonction permit l'organisation, le 26 mars 2016, de l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs de provinces concernées<sup>30</sup>.

Prévue ou pas, la régulation ne doit, en principe, pas s'accompagner des injonctions faites aux pouvoirs institués, les décisions du juge régulateur étant immédiatement exécutoires, mais en interprétant ses compétences constitutionnelles et légales, le juge s'est permis, du fait que ses décisions ne soient pas frappées d'appel, de donner plus de tonalité à son activité prétorienne.

## **1.2. La régulation dérive de l'activité prétorienne du juge**

Plutôt que d'être une fonction essentiellement normative, la régulation dérive aussi de l'idée que le juge se fait de ses compétences et son rôle dans la consolidation de l'État de droit, le respect de la Constitution, ainsi que la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques<sup>31</sup>.

C'est ainsi qu'appelée à contrôler la constitutionnalité de lois, par voie d'exception, la Cour suprême des États-Unis n'a pas hésité de s'attribuer, le 24 février 1803, le pouvoir de réguler l'activité des pouvoirs publics<sup>32</sup>, en s'assurant du bien-fondé, pour tout citoyen américain d'être notifié de l'acte de sa nomination à une fonction publique, en l'occurrence, en qualité de magistrat.

---

<sup>25</sup> À l'initiative de soixante-treize députés de l'opposition.

<sup>26</sup> Notamment le président de la République, le Gouvernement et l'Assemblée nationale.

<sup>27</sup> Décision n°24-HCC/D3 du 12 juin 2015.

<sup>28</sup> Suivant la décision n°003/CENI/BUR/6 du 12 février 2016 portant réaménagement du calendrier de l'élection des gouverneurs et vice-gouverneurs de nouvelles provinces.

<sup>29</sup> Dans son arrêt R. Const. 0089 du 8 septembre 2015, lequel aurait, selon une certaine opinion, fait basculer la posture du juge en direction de la majorité alors au pouvoir, mais à y regarder de près, c'est moins l'évocation du pouvoir régulateur qui ferait redouter sa justesse, mais bien l'usage qui est ou peut être fait. Cette peur qui tenait, d'une part, aux injonctions faites au gouvernement et à la Commission électorale nationale indépendante et, d'autre part, à la nature des mesures exceptionnelles envisagés, s'est vite dissipée, après leur exécution, ouvrant la voie à l'organisation effective des élections.

<sup>30</sup> Aux termes de l'article 198, alinéa 2 de la Constitution congolaise du 18 février 2006, telle que révisée à ce jour le gouverneur et vice-gouverneurs de province sont élus pour un mandat de cinq ans renouvelables une fois par les députés provinciaux au sein ou en dehors de l'Assemblée provinciale.

<sup>31</sup> ESAMBO KANGASHE J.-L., *Traité de droit constitutionnel congolais*, Paris, L'Harmattan, Coll. *Études africaines*, Série Droit, 2017, p. 101.

<sup>32</sup> Dans l'arrêt William Marbury contre Madison.

De même, et se définissant comme régulateur de l'activité des pouvoirs publics, le Conseil constitutionnel français prit, le 6 novembre 1962, une décision aux termes de laquelle, il donna une définition plus générale de sa mission <sup>33</sup> que ne fit la Constitution.

Est également convoqué, l'arrêt du 8 septembre 2015 de la Cour constitutionnelle congolaise l'autorisa à réguler, pour asseoir la démocratie, le fonctionnement des institutions et l'activité des pouvoirs publics. <sup>34</sup>

Evoquée, pour la première fois, le 28 août 2015<sup>35</sup>, la fonction régulatrice du juge congolais a été, auparavant, exercée dans une décision du 13 septembre 2006<sup>36</sup>, laquelle insiste sur la protection des droits et des libertés publiques garantis par la Constitution, notamment, le droit d'être électeur ou éligible, dans les conditions prévues par la loi<sup>37</sup>.

Lors du règlement du contentieux à l'élection présidentielle couplée à celle des députés à l'Assemblée nationale, du 30 décembre 2015, la Cour constitutionnelle centrafricaine de transition reconnut l'importance des anomalies, irrégularités et fraudes qui ont entaché les scrutins et ont, gravement, porté atteinte au droit de vote du citoyen, en ce qu'elles sont contraires au principe d'égalité de traitement des candidats, désorientent les électeurs et impactent sérieusement leur choix.

La Cour résolut d'annuler, dans leur ensemble, les élections législatives<sup>38</sup>, mais valida, pour besoin de stabilité politique<sup>39</sup>, les résultats du premier tour de l'élection présidentielle<sup>40</sup>, également affectée par les anomalies, irrégularités et fraudes. Du fait qu'aucun candidat n'a pu obtenir la majorité absolue des suffrages exprimés, un deuxième tour fut organisé, les résultats provisoires de cette élection ne furent pas contestés par le perdant. La Cour les a donc validés, mais le fait d'orienter l'action du juge vers la stabilité politique fait-il de lui un acteur politique, au point d'entamer sa neutralité?

Non moins importante est la question d'auto saisine du juge et qui peut être à la base d'abus. Il est admis que l'instance judiciaire résulte de la saisine du juge par les parties d'un litige qui les oppose. Il n'y a, donc, pas d'action en justice qui ne soit l'œuvre des parties.

Considéré comme arbitre, le juge, fut-il régulateur, ne peut s'autosaisir, il doit attendre d'être sollicité par les parties. Ce n'est, certainement, pas l'avis d'une opinion qui voit, dans

---

<sup>33</sup> Il s'agit de la décision DCC n°62-20 du 6 novembre 1962.

<sup>34</sup> Saisie en interprétation de l'article 10 de la loi de programmation n°15/004 du 28 février 2015 déterminant les modalités d'installation de nouvelles provinces.

<sup>35</sup> Dans l'arrêt R.Const. 038/2015 rendu en matière d'interprétation de la Constitution à la requête de madame MUGOMBE Olive contre le Sénat.

<sup>36</sup> Sur demande de la Commission électorale indépendante, la Cour suprême de justice, exerçant provisoirement les attributions de la Cour constitutionnelle autorisant, par son arrêt R. Const. 037/TSR du 13 septembre 2006, à l'administration électorale d'organiser, pour de raisons de force majeure, le deuxième tour de l'élection présidentielle au-delà du délai constitutionnel de quinze jours, après la publication des résultats définitifs du premier tour.

<sup>37</sup> Art. 5, al. 5 de la Constitution congolaise du 18 février 2006, telle que révisée à ce jour.

<sup>38</sup> Décision n° 005/16 du 25 janvier 2016 proclamant les résultats de l'élection présidentielle du 30 décembre 2015.

<sup>39</sup> Au motif que cette élection comporterait beaucoup moins d'irrégularités au niveau des élections législatives provoquées par les candidats à la députation et que le pays avait besoin de passer d'un régime de transition à un autre issu des élections.

<sup>40</sup> Décision n° 006/16 du 25 janvier 2016 proclamant les résultats de l'élection présidentielle du 30 décembre 2015.

certaines décisions sur régulation-notamment celles qui donnent des injonctions-une porte à l'auto saisine du juge. Rien de tel sauf à considérer que l'entreprise porte un coup sur l'impartialité du juge et la garantie des droits, dont il est le garant. Or il suffit que le juge s'adjuge un tel pouvoir pour apparaître comme une partie à l'instance.

Révérencielle, cette crainte ne peut convaincre tant le juge régulateur agit, non pas par auto saisine, encore moins par autosuffisance mais bien par évocation. Il est, en effet, reconnu à chaque législation la possibilité de doter le juge de deux types de pouvoir, l'un de *juridictio* lui permettant de trancher les conflits qui lui sont soumis et, l'autre, d'*imperium* en vertu duquel il peut donner des ordres, disposer de la force publique, ordonner des saisies et astreintes. Sur pied de la loi d'évocation, le juge est fondé à donner une tonalité singulière à sa décision, sans que cela soit considéré comme une violation de la loi.

## **2. La régulation, une épine sur l'activité du juge**

Là où elle est autorisée ou pratiquée, la régulation semble être redoutée non pas par évocation, mais en regard de la pratique qui ferait du juge la lisière entre la politique et le droit. On n'hésite pas à lui prêter l'intention de faire le lit au gouvernement de juges ou à déplacer les questions juridiques vers un terrain politique, au risque qu'il devienne un facteur de crise politique plutôt que d'en être gestionnaire.

Or, il est reconnu que l'office du juge permet, quelque fois, d'affirmer son immixtion dans le champ politique, l'impliquant dans le débat politique qu'il ne saurait ignorer. On reconnaît que par définition le juge constitutionnel et, à sa suite, celui électoral tranche des conflits de nature politique, au point de ne pas être tenu à l'écart des discussions politiques<sup>41</sup>, même alors qu'il ne porte pas le chapeau. Sans mesure, la régulation prédisposerait le juge à accomplir une activité politique déguisée.

### **2.1. La régulation fait du juge un acteur politique déguisé**

Au vu de ce qui se dit et de ce que l'on pense d'elle, la régulation semble, *apriori*, poser problème en raison, sans doute, de l'imprécision du contenu, de la portée et, peut-être, des limites. Dans ces conditions, on ne peut douter qu'elle est soit, en cas d'un maniement abusif, une épine sur l'activité du juge.

D'une manière certaine, la question du détachement du juge est si capitale pour ne pas être occultée, son activité se trouvant au cœur de la réflexion. Plus subjective est l'appréciation que l'on peut avoir du positionnement du juge régulateur, en dehors du contexte de son activité. En Afrique, on le voit plus proche de la majorité au pouvoir que de l'opposition<sup>42</sup>.

Si l'intervention du juge, dans le domaine politique, ferait craindre son instrumentalisation, il serait vain de douter qu'elle ne puisse permettre le contrôle de la régularité d'une élection, pour établir la vérité des urnes et gérer les crises politiques potentielles.

---

<sup>41</sup> FAVOREU L, « Crise du juge et contentieux constitutionnel en droit français » in LENOBLE J., *La crise du juge*, Paris, Story-Scientia/LGDJ, 1990, p.71.

<sup>42</sup> Cette appréhension a été exprimée par DEMBA Sy, à l'égard du juge constitutionnel sénégalais et, Mamadou DAGRA, pour le juge constitutionnel nigérien.

Potentielle ou avérée, la gouvernance du juge résulterait de l'interprétation de la loi, dont il détermine la signification officielle et l'exécution de ses décisions frappées, par ailleurs, du sceau d'inopposabilité. C'est à juste titre que la doctrine constitutionnelle<sup>43</sup> trouve de l'intérêt à s'en occuper, les questions lui soumises présentant un enjeu politique de taille, en raison des fréquentes sollicitations qui laissent croire qu'à son office<sup>44</sup> sont, quotidiennement, transférées les luttes politiques.

Si le juge peut apprécier l'influence de tel comportement ou acte politique sur l'issue du contentieux électoral, il ne peut, de ce fait, avoir la qualité d'acteur politique déguisé, son rôle se limitant à redresser, là où c'est nécessaire, le processus de vote en fixant clairement les frontières à l'intérieur desquelles la compétition politique ne peut dégénérer, détruire l'édifice institutionnel, ni compromettre la stabilité politique.

Contrastée, cette image du juge est si révélatrice de la complexité du contenu que l'on croit doter d'énigme gardée dans une *boite noire*, dont le secret serait connu que de seuls initiés. Il importe de rechercher cette vérité, dans le langage et le raisonnement du juge<sup>45</sup> desquels les parties seront persuadées qu'à défaut d'avoir raison, elles auraient été, au moins, écoutées<sup>46</sup>.

Plus que celle du contentieux constitutionnel, la gestion du contentieux électoral peut être à la base d'incompréhensions ou de polémiques, si les décisions du juge ne sont pas bien cernées, alors qu'elles sont censées l'être, parce que rédigées selon les règles de l'art. La pratique offre le choix entre le style sobre et stéréotypé<sup>47</sup> et celui libre et prolixe, entre la brièveté et la longueur ; le plus difficile résidant dans la maîtrise du langage et l'idée que le juge se fait du droit applicable.

La qualité du raisonnement du juge impacte, bien souvent, sur la décision attendue, exigeant une certaine constance, afin de la préserver de critiques, parfois, outrancières. Portée vers la clarté, dans le style et le raisonnement, la décision du juge est susceptible de compréhension facile et les destinataires disposés à lui accorder une autorité certaine et, partant, une légitimité voulue. On voit combien, il n'est pas toujours aisé de se livrer aux commentaires des décisions dont le contour et le processus, très complexe, de fabrication<sup>48</sup> ne sont pas maîtrisés.

À l'inverse, il s'observe que ce qui est à la base de critiques et commentaires de la doctrine est moins la décision en soit, mais bien l'incohérence et le manque de pertinence dans le

---

<sup>43</sup> DEMBA Sy, « Les fonctions de la justice constitutionnelle en Afrique » in NAREY O (dir ), *La justice constitutionnelle*, Actes du colloque international de l'Association nigérienne de droit constitutionnel, Paris, Le Harmattan, pp. 58-61, DAGRA M, « Le pouvoir judiciaire comme contre-pouvoir institutionnel au Niger », in NAREY O (dir ), *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs*, Actes des premières journées scientifiques de droit constitutionnel, Dakar, Le Harmattan, 2018, p. 226.

<sup>44</sup> SÉNAC C-É, *L'office du juge constitutionnel. Étude du contrôle de constitutionnalité par les juridictions françaises*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2015.

<sup>45</sup> Sur l'importance de la motivation des décisions des juridictions suprêmes en droit comparé français, lire notamment HOURQUEBIE F. et PANTHEREAU M.-C, *La motivation des décisions des cours suprêmes et constitutionnelles*, Paris, Bruylant-LGDJ, 2012.

<sup>46</sup> BOLARD G. et GLINCHARD S., *Le juge de la cité*, Paris, JCPI-137, 2002, p. 977.

<sup>47</sup> Rédigé en articles et soutenu par les « *considérants* » et les « *attendus* », ce style est d'usage, dans plusieurs juridictions constitutionnelles d'expression française. Il ne permet pas de découvrir facilement la pensée logée dans le raisonnement du juge.

<sup>48</sup> Au sujet du processus très complexe d'élaboration des décisions, au sein d'une juridiction constitutionnelle, on se rapportera à ESAMBO KANGASHE J.-L, *Traité de droit constitutionnel congolais, op. cit.*, pp. 135-139.

raisonnement du juge régulateur<sup>49</sup> qui, de toute évidence, ne présente pas une seule et unique image, mais bien plus. Si le béninois est taxé d'en faire trop, le gabonais aurait, quelque fois, pris la posture du constituant, allant jusqu'à écrire certaines dispositions de la Loi fondamentale, alors que le congolais déborderait les limites de ses compétences, ce qui serait inacceptable, même de l'avis des esprits avisés<sup>50</sup> ; la voix discordante serait venue du malgache ou du centrafricain.<sup>51</sup>

Là encore, deux fenêtres s'offre à la réflexion. Le juge peut s'accommoder du profit minimaliste, avec risque de tomber dans un déni de justice, ou jouer un rôle maximaliste guidé, sans doute, par l'effet utilitaire et réaliste de sa décision.<sup>52</sup> Avec ou sans injonction, la régulation doit, pour chaque cas, éviter une prise rapide d'ascenseur, ni une voie relativement longue d'escalier, alors que le temps presse. Le juge doit, en toute circonstance, s'assurer que par la nécessaire mesure son autorité ne soit restreinte, ni élargie.

## 2.2. La fonction régulatrice exige de la mesure

L'acceptation, en Afrique, du pouvoir régulateur du juge se mesure, d'une part, par l'interprétation qu'il fait de ses attributions et, d'autre part, du rôle qu'il est appelé à jouer dans la protection des libertés fondamentales, le caractère exécutoire de ses décisions lui conférant une autorité incontestable.

La montée en puissance de la justice électorale fait qu'à la suite de celle constitutionnelle, il n'est plus possible de considérer son office comme un simple faire valoir, mais bien le cadre d'arbitrage des conflits politiques, faisant de lui un acteur titulaire, certes, d'une redoutable autorité, mais détenteur, aussi, d'un pouvoir d'orientation des actions politiques.

On ne peut, à ce jour, douter de la capacité du juge régulateur d'insuffler les attitudes politiques et, par conséquent, la marche des affaires de l'État: il est capable d'établir, dans le cadre de la gestion du contentieux électoral, les équilibres politiques nécessaires. Plus de doute sur la fonction régulatrice du juge électoral africain qui est, désormais, doté d'une gamme importante de pouvoir d'appréciation sur tel ou tel autre comportement politique et son incidence sur le fonctionnement des institutions et la stabilité politique.

Gestionnaire des conflits politiques, le juge régulateur doit s'autogérer, afin ses décisions ne soient pas source d'insécurité, mais plutôt de sécurité juridique. N'ayant ni l'épée ni la bourse nécessaire, il dispose, néanmoins, du pouvoir d'injonction garanti par le caractère exécutoire de ses décisions.

---

<sup>49</sup> Le juge doit, autant que faire se peut, veiller à ce que la qualité du raisonnement ne nuise ni à la considération, encore moins à la légitimité de la juridiction dont il est membre.

<sup>50</sup> En République Démocratique du Congo, l'acceptation de la fonction régulatrice est saisonnière. Lorsqu'elle aboutit à la stabilité politique ou à l'équilibre institutionnel, le juge qui l'assume est crédité d'être courageux et audacieux, mais lorsque sa décision fait plus des mécontents que des satisfaits, on le voit courtiser le régime en ou politiquement aligné.

<sup>51</sup> Plutôt que d'essayer les critiques, comme ailleurs, le juge centrafricain a, dans la décision sus évoquée été, au contraire, ovationné, en raison de la liesse populaire qui a suivi la proclamation définitive des résultats.

<sup>52</sup> ESAMBO KANGASHE J.-L « Du réalisme constitutionnel au réalisme en droit constitutionnel, vers quel modèle de constitutionnalisme en République Démocratique du Congo ? », *Cahiers Africains des Droits de l'Homme et de la Démocratie*, Vol. I, n°031, janvier-juin, Kinshasa, 2011, pp. 251-262.

On doit également reconnaître, le caractère exaltant et difficile<sup>53</sup>, de la fonction régulatrice, exigeant du juge plus de créativité et de la mesure, au point de rechercher, dans chaque cas, l'équilibre institutionnel nécessaire et la stabilité politique<sup>54</sup>. Il suffit de donner à la régulation le ton essentiel et le contenu qui n'énerve pas la Constitution pour qu'elle serve de relais à l'État de droit et à la démocratie.

### 3. Conclusion

Au regard du nombre relativement limité des systèmes qui l'autorisent et de sa pratique souvent controversée, la fonction régulatrice du juge semble mal comprise, sinon redoutée en raison, non pas de l'évocation, mais de l'usage qui est ou peut être fait. À vouloir circonscrire le rôle du juge aux énoncés généraux et imprécis, on court le risque de reconnaître, indirectement, le bien-fondé du fait seul contact de la réalité. Il faut, en même temps, se garder de jauger l'influence du risque découlant de l'auto saisine du juge ou de l'usage démesuré de son pouvoir d'injonction.

Dans l'une ou l'autre hypothèse, on est loin de créer une nouvelle norme juridique que le juge se chargerait d'appliquer, ni un espace d'opposition aux pouvoirs institués. La régulation rappelle plutôt les principes qui s'imposent à tous y compris les acteurs politiques parmi lesquels les élus.

Du fait que les esprits semblent moins préparés, l'exercice compte plus de pourfendeurs que d'admirateurs, mais à la vérité, ce qui est redouté, c'est moins l'évocation que le contenu. Au-delà de cette posture apparemment contrastée, les chercheurs africains sont-ils indéfiniment condamnés à la résignation, se contentant d'étaler, à partir de quelques espèces, le danger plutôt que de chercher à découvrir la réalité cachée dans la boîte noire?

Quoiqu'on dise, la régulation est indispensable à l'activité du juge électoral africain tant qu'elle peut prévenir les crises politiques ou institutionnelles et garantir la protection des droits et libertés constitutionnellement affirmés. C'est aussi le sens à donner à l'État de droit et la démocratie en Afrique.

**Niamey, République du Niger, 10 octobre 2019**

---

<sup>53</sup> Notamment dans les pays en transition démocratique, sortis de crises, ceux où les menaces de remise en question de l'ordre constitutionnel sont présentes.

<sup>54</sup> ESAMBO KANGASHE J.-L., *Traité de droit constitutionnel congolais*, op. cit, p. 106.