

# COUR CONSTITUTIONNELLE



Jurisprudence de la Cour constitutionnelle :  
————— **LA RÉGULATION** —————

**Etudes en l'honneur de la  
4<sup>ème</sup> mandature présidée par  
le Bâtonnier Robert DOSSOU  
(2008 – 2013)**

TOME II

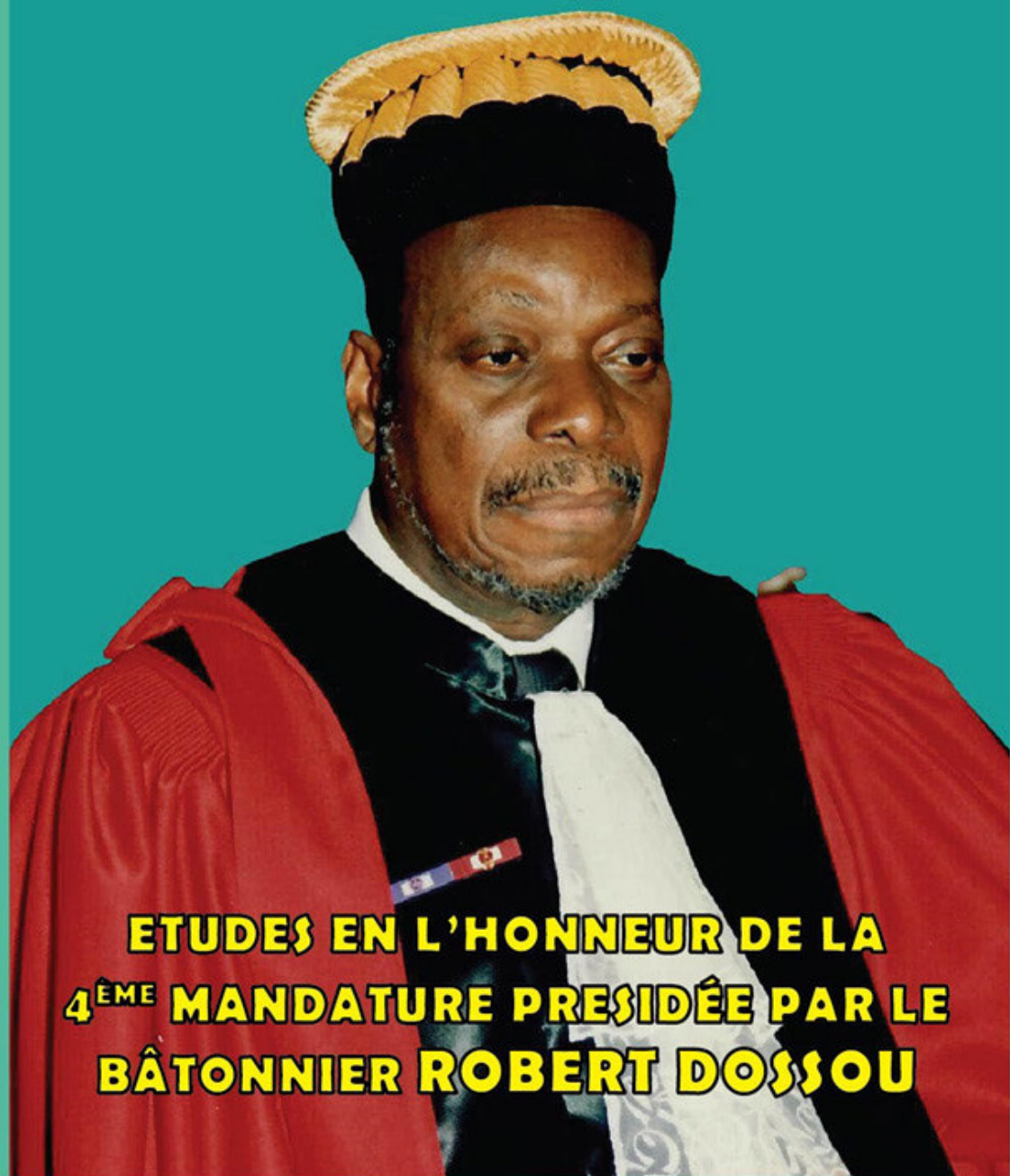
**Etudes en l'honneur de la  
4<sup>ème</sup> mandature présidée par  
le Bâtonnier Robert DOSSOU  
(2008 – 2013)**

**Jurisprudence de la Cour  
constitutionnelle : La régulation**

TOME II



**JURISPRUDENCE DE LA COUR  
CONSTITUTIONNELLE: LA RÉGULATION**



**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA  
4<sup>ÈME</sup> MANDATURE PRESIDÉE PAR LE  
BÂTONNIER ROBERT DOSSOU**

**Copyright :**

Cour constitutionnelle

**Mise en pages & Impression :**

Imprimerie COPEF

+229 61 61 65 38 / 229 95 84 34 34

imprimerie\_copef2006@yahoo.fr

Cotonou - Bénin

**ISBN :** 978-99982-1-085-1

**Dépôt légal :** N° 14794 du 17/02/23

1<sup>er</sup> trimestre - Bibliothèque Nationale du Bénin

**Distribution :** 00229 21 31 14 59

---

Droit de reproduction, de traduction, d'adaptation réservés pour tout pays.  
(Loi n°2005-30 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins  
en République du Bénin)

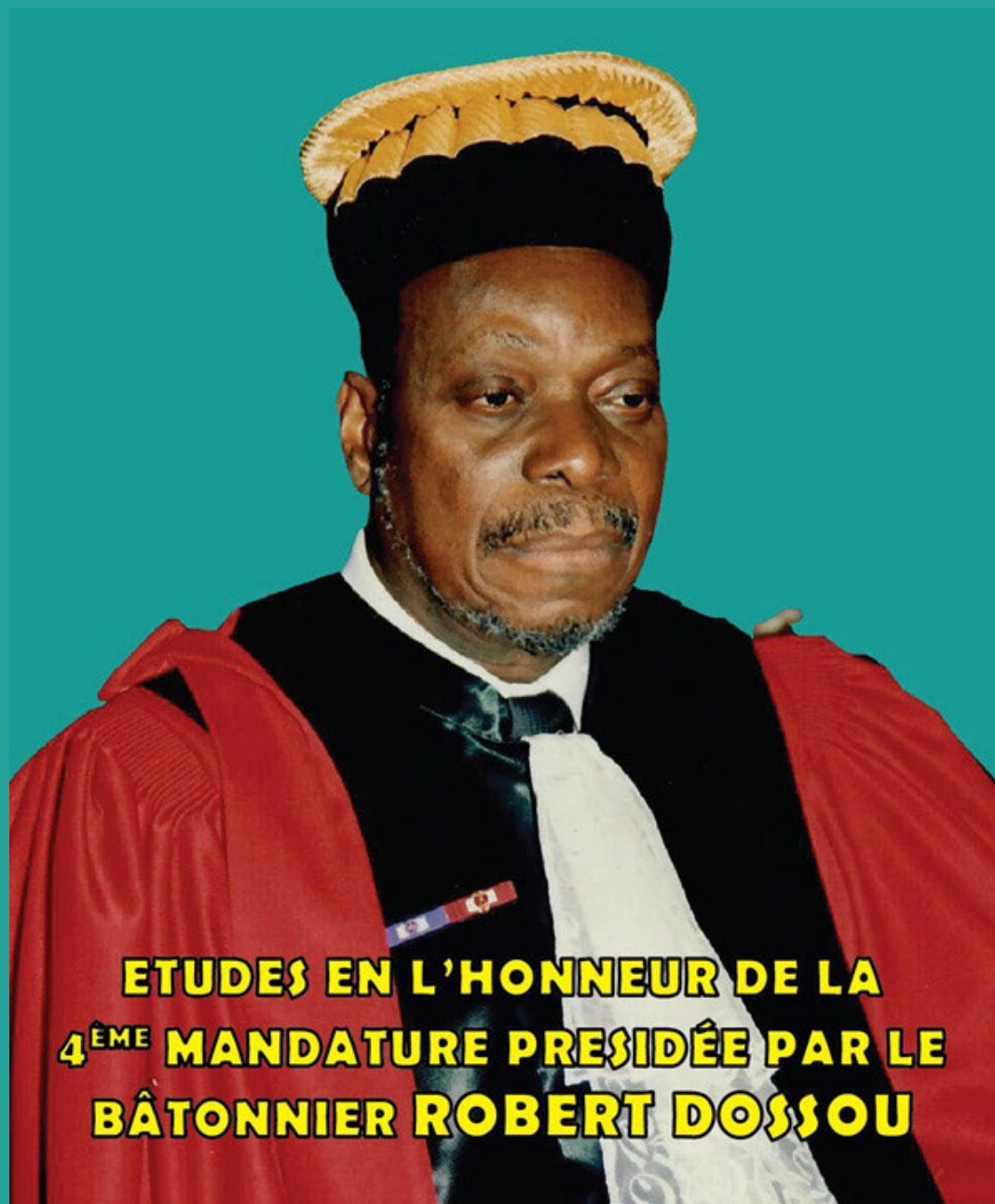
# SOMMAIRE

---

## 2<sup>ÈME</sup> PARTIE LA RÉGULATION DANS SES ÉTATS

Les rapports entre les juridictions constitutionnelles et juridictions communautaires en Afrique de l’ouest , <b>Dandi GNAMOU</b> .....	31
Les tiers et l’office du juge constitutionnel, <b>Gildas Enagnon NONNOU</b> .....	77
La primauté du droit de l’intégration (OHADA- UEMOA) devant la Cour constitutionnelle du Bénin, <b>Gilles BADET</b> .....	109
Le juge béninois constitutionnel et la régulation de la communication médiatique, <b>Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI</b> .....	179
L’Assemblée nationale dans la jurisprudence constitutionnelle au Bénin, <b>Akouègnon Clément DASSI</b> .....	231
L’exercice du mandat du député béninois, <b>Vigny Landry AMOUSSOU</b> .....	253
L’exception d’inconstitutionnalité devant la cour constitutionnelle sous la mandature DOSSOU, <b>Issaou SOUMANOU</b> .....	267
L’inégalité des époux dans la transmission du nom : La lecture audacieuse du juge constitutionnel béninois de la loi n°2002-07 du 24 août 2002, <b>Codjo Bienvenu LASSEHIN</b> .....	281

Le délit d’adultère devant le juge constitutionnel : retour sur la décision dcc 09-081 du 30 juillet 2009, <b>Sri Amor M. COOVI</b> .....	305
Le statut constitutionnel d’ancien chef d’état en Afrique noire Francophone, <b>Eric SIMO</b> .....	319
Commentaire de l’article 14 al. 2 de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972, <b>Émile MENGUE MBOUE</b> .....	369
Le contentieux de la régulation dans les Etats d’Afrique subsaharienne francophone : Les cas du Cameroun et de la Côte d’ivoire, <b>Éric Stéphane MVAEBEME</b> .....	377
Les marchés de conception-réalisation en droit des marchés publics au Cameroun, <b>Joseph Valerie EVINA</b> .....	421
L’incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire, <b>Simplice Comlan DATO</b> .....	477
L’exception d’inconstitutionnalité fait sa toilette, <b>Kenneth KPONOU</b> .....	525
Table des matières .....	537



**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA  
4<sup>ÈME</sup> MANDATURE PRESIDÉE PAR LE  
BÂTONNIER ROBERT DOSSOU**





# BIOGRAPHIE

## **Robert Servais Marcellin DOSSOU**

Né le 13 Mai 1939 à Covè (Bénin) ;

Grand Officier de l'Ordre National du Bénin ;

Commandeur des Palmes Académiques (France) ;

Avocat au Barreau du Bénin ;

Ancien Bâtonnier ;

Arbitre International, Consultant ;

Président de l'Association africaine de droit international ;

Doyen Honoraire de la Faculté de droit et de science politique de l'Université d'Abomey-Calavi (Bénin) ;

Membre Associé de l'Académie des sciences d'Outre-Mer (France) ;

Ancien Président de la Cour constitutionnelle (Bénin) ;

Président d'honneur de la Conférence des juridictions constitutionnelles africaines ;

Président d'honneur de l'Association des Cours et conseils constitutionnels francophones ;

Ancien député - Ancien président de la Commission des lois de l'Assemblée nationale ;

Ancien Ministre du Plan ;

Ancien Ministre des affaires étrangères ;

Etudes secondaires au lycée Victor BALLOT (actuel Lycée Béhanzin)  
à Porto-Novo (1952-1959) ;

Baccalauréat philo : Juin 1959 ;

Etudes supérieures à Bordeaux puis à Paris (France) ;

Auditeur à l'Académie de droit international de la Haye (1963).

### **I- DIPLOMES**

- Diplôme de l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux (Juin 1962) ;
- Licence en Droit Public (Paris, Juin 1964) ;
- Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat (Paris, 1965) ;
- Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Public (Paris, Mars 1966) ;
- Diplôme d'Etudes Supérieures de Droit Privé (Paris, Mars 1968) ;
- Diplôme d'Etudes Supérieures de Sciences Criminelles (Paris, Mars 1968).

### **II-ACTIVITÉS SCIENTIFIQUES ET PÉDAGOGIQUES**

- **En France (Paris) : du 1<sup>er</sup> Décembre 1968 au 30 Septembre 1973**
  - Assistant à la Faculté de droit et sciences économiques de l'université de Paris, puis à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne ;
  - Enseignements radiodiffusés d'institutions internationales et de droit financier et fiscal ;

- Travaux dirigés (Droit international public ; institutions internationales ; grands problèmes politiques et juridiques du tiers-monde) ;
- Assistant de coordination d'équipe pédagogique ;
- Chargé de recherches au laboratoire d'informatique de droit international : responsable de la préparation du manuscrit des volumes du «Recueil Général des Traités et Accords de la France», sous la direction du Professeur Roger PINTO (publiés à partir de 1976 par la Documentation française dans la collection «Travaux et Recherches de l'Université de Paris I, Laboratoire d'informatique de Droit International) ;
- Membre élu de la Commission technique du Centre audio-visuel des universités de Paris (1970 - 1972).
- **Au Bénin, depuis le 08 octobre 1973**
  - Enseignements à la Faculté des sciences Juridiques, économiques, et politiques de l'université nationale du BENIN (FASJEP) et à l'Ecole nationale d'administration (Droit constitutionnel ; Droit international public ; Droit fiscal ; Droit maritime ; Droit judiciaire privé ; Voies d'Exécution ; Grands systèmes Juridiques contemporains ; Contrats internationaux et Arbitrage international ; Droit civil) ;
  - Délégué du personnel enseignant de la faculté au Conseil de l'Université (1974-1978) ;
  - Chef de la section juridique à la faculté (1976-1978) ;
  - Doyen de la faculté (Avril 1978 à Mai 1991, réélu quatre fois) ; Création d'un enseignement sur les Droits de l'Homme à la faculté en 1983 ;

- Expert-visiteur à l'Institut international de droit du développement (actuellement IDLO), Rome, depuis 1985. Contrat de travaux, Contrat de Financement et Arbitrage, reformes judiciaires en Afrique).

### **III- AUTRES ACTIVITÉS SCIENTIFIQUES**

- Membre du Comité scientifique de l'Encyclopédie Juridique de l'Afrique (Nouvelles Editions Africaines) ;
- Membre-correspondant du Comité de rédaction de la Revue internationale de droit contemporain (Bruxelles) ;
- Expert-juriste de l'OUA pour la rédaction du projet de Convention sur le Mercenariat (1977) ;
- Expert-consultant de la Commission économique des nations-unies pour l'Afrique (Droit de l'Environnement et Protection de la Nature 1979-1980) ;
- Membre correspondant du Comité scientifique du Centre d'étude de l'association internationale des juristes démocrates ;
- Membre du Comité exécutif de l'Association africaine de science politique (1983-1985) ;
- Membre fondateur de l'Association africaine de Droit international (créée à LUSAKA en Avril 1986) et actuel Président de l'association ;
- Vice-président de l'Association des publicistes et politologues Africains ( Rabat - Maroc) ;
- Membre du Conseil d'administration du Centre africain et mauricien de perfectionnement des cadres (1975-77) ;

- Membre du Comité de rédaction de l'Annuaire africain de droit international (1986-1991) ;
- Membre du Conseil d'administration de l'Association internationale d'arbitrage (FRANCARBI) ;
- Membre du Comité scientifique préparatoire du Symposium international de Bamako sur les pratiques de la démocratie, des droits de l'homme et des libertés, Symposium ayant abouti à la Déclaration de Bamako pour les Etats Francophones (03 novembre 2000) ;
- Membre associé de l'Académie des sciences d'Outre-mer (France).

#### **IV- EXPERTISES ET PARTICIPATION AUX COLLOQUES, CONGRES ET SÉMINAIRES INTERNATIONAUX**

- Rapporteur au séminaire régional sur les droits de l'Homme organisé par la Commission internationale de juristes et l'Association sénégalaise d'études et de recherches juridiques (Dakar 1978 ; séminaire ayant lancé le processus pour la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples) ;
- Conférence mondiale UNESCO sur l'enseignement des droits de l'Homme (Vienne 1978) ;
- Congrès mondial sur l'indépendance de la justice (Montréal, 1983) ; Congrès mondial sur l'arbitrage (RIO - 1985) ;
- Conférence du 60<sup>o</sup> anniversaire de la Cour internationale d'arbitrage (Paris 1982) ;
- Congrès mondial de l'Association internationale de science politique (Paris 1985) ;

- Séminaire régional sur l'assistance juridique en milieu rural organisé par la Commission Internationale de Juristes (Lomé - Février 1987) ; Conférence sur le Français dans les organisations Internationales (Paris 1987) ;
- Colloque de Dakar sur les droits de l'Homme dans l'espace francophone (1989) ;
- Conférence Banque mondiale PREM. WORK. Université de Maryland. USA. 1998. Rapport inaugural avec les Professeurs Jeffrey SACHS et Kwessi BOTCHWEY de l'Université de HARVARD ;
- De nombreuses conférences et consultations sur les processus de démocratisation en Afrique et les Conférences nationales (depuis 1990) ;
- Expertise politico-juridique à Madagascar (Chef de la mission CEE/CIJ Mars 1992) ;
- Conférences et séminaires aux universités de Dakar (1990), de Paris I (1988, 1990 et 1992), de l'Illinois (USA 1992) et Catholique de Lyon (1992) ;
- Conférence panafricaine sur la démocratie et la maîtrise de la transition démocratique en Afrique (Dakar - Mai 1992) ;
- Expert de la Banque mondiale pour la stratégie du développement (Berlin 1988) ;
- Diverses conférences à l'Union africaine et mauricienne des banques de développement, notamment sur «l'Extranéité dans les sûretés bancaires» ;
- Expert PNUD et ONUDI pour le rôle du secteur privé dans le développement économique (Cotonou 1988 et 1989 - Présidence

et animation de trois séminaires destinés aux opérateurs économiques privés) ;

- Expert de l'ACCT pour la coopération juridique et judiciaire (1990-1991) ;
- Expert de la Banque mondiale (Département juridique) sur l'environnement juridique et judiciaire des activités économiques (1992) ;
- Correspondant du Journal of Energy and natural resources law ;
- Séminaire régional sur l'assistance juridique en milieu rural organisé par la Commission internationale de juristes (Lomé - Février 1987) ;
- Conférence sur le français dans les organisations internationales (Paris 1987) ;
- Colloque de Dakar sur les droits de l'Homme dans l'espace francophone(1989) ;
- Conférence internationale sur démocratie et développement (Dakar 1990).

#### **V- BARREAU**

- 1967-1969 : Stage à l'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation (Paris) ;
- 1969-1973 : Avocat au Barreau de Paris ;
- 1967-1973 : Collaboration au cabinet de feu Maître Jean COLAS DE LA NOUE, Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation Paris, 28 Rue Mahias - 92100 Boulogne-France ;



- Depuis 1973 - Avocat au Barreau du BENIN, plusieurs fois membre du Conseil de l'Ordre ;
- Bâtonnier de l'Ordre (Janvier à Août 1989) ;
- 1983-1987 : Cours de contentieux bancaire notamment les voies d'exécution en rapport avec les sûretés bancaires (Notions, procédure et exercices pratiques) ; (Institut technique de banque cycle supérieur- Centre de Cotonou) ;
- Cours aux étudiants préparant le Certificat d'aptitude à la profession d'avocat (arbitrage international, déontologie).

## **VI- AFFAIRES TRAITÉES**

- Avocat-conseil de diverses banques et institutions financières ;
- Avocat-conseil de diverses sociétés de transit ou de transport maritime ;
- Conseil et assistance à de nombreuses sociétés commerciales (choix de la forme sociale, structure du capital et de l'administration, gestion, litiges entre associés, difficultés au sein de l'entreprise, fusion, liquidation ... etc ...) ;
- Contentieux de travaux, de fourniture ou de livraison devant diverses juridictions arbitrales nationales (ex : Tribunal arbitral du CACAO-France) ou internationales : (ex : Cour d'arbitrage de la chambre de commerce international de Paris, CIRDI, etc ...) ;
- Plusieurs fois arbitre international et parfois Président de juridiction arbitrale ou membre d'instance d'appel arbitral ;
- Cour internationale de justice (CIJ), La Haye : Avocat du Bénin dans le litige frontalier avec le NIGER (2002-2005) ;

- Négociation aux fins de solution amiable de saisies pratiquées dans le cadre de contentieux financier international (ex : affaire du TWIN-OTTER Béninois et autres) ;
- Conseil et assistance pour la constitution d'hypothèque sur aéronefs et sur navires ; contentieux de responsabilité en matière de transport maritime, aérien et terrestre ;
- Conseil, assistance, rédaction et contentieux en matière de divers contrats internationaux : énergie, travaux, fourniture financement, etc ;
- Nombreux dossiers de contentieux immobiliers, commerciaux de toute nature, d'état de personne, de contentieux social, de propriété industrielle et artistique, de brevets et modèles ;
- Nombreux procès criminels au Bénin et à l'étranger (Procédure à Paris contre les mercenaires Bob Denard et autres : 1977-1993; Affaire Moussa Traoré et autres au Mali : 1992-1993 ; Affaire Alpha Condé et autres en Guinée 2000 ; Affaire dite des disparus du Beach, Brazzaville 2005) ;
- Droit de l'environnement ;
- Droit communautaire africain (CEDEAO - UEMOA – SADCC-CEMAC - OHADA).

## **VII- AUTRES ACTIVITÉS PROFESSIONNELLES**

- 1962 : Stage au Comptoir National d'Escompte de Paris (aujourd'hui disparu au profit de la BNP) dans le cadre des stages organisés par l'Association des Etudiants de l'Institut d'Etudes Politiques de Bordeaux ;
- 1965-1966 : Rédacteur juridique au service contentieux de la Caisse centrale de sécurité sociale de la région parisienne ;

- 1974-1991 : Membre de diverses Commissions nationales de réforme législative, et membre de la commission nationale des frontières ;
- 1980-1990 : Conseiller technique juridique près du Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Révolutionnaire.

### VIII- ACTIVITÉS SOCIALES ET POLITIQUES

- 1957-1959 : Président du Collège du Scoutisme du Lycée Victor Ballot ;
- 1962-1965 : Président de diverses associations d'Etudiants (Association des étudiants dahoméens en France ; Union générale des élèves et étudiants dahoméens - Fédération des étudiants d'Afrique noire en France ; Vice-président de l'Association des étudiants d'Outre-mer de bordeaux et du comité anti-colonialiste des Etudiants de Bordeaux) ;
- 1969-1971 : Président de l'Association des travailleurs Dahoméens en France ;
- Membre de la Commission internationale d'enquête sur le mercenariat et co-rédacteur de l'avant-projet de convention pour l'incrimination et la répression du mercenariat (Luanda 1976) et pour le projet de la convention OUA (Addis-Abeba 1977) ;
- 1979 : Membre de la Commission internationale d'enquête sur les droits de l'Homme en Iran (Mars-Avril) ;
- Membre du Groupe de consultation MAC-BRIDE aux entretiens de Téhéran, avec les autorités iraniennes pour la libération des otages américains (Déc.1979) ;
- Membre du Rotary-Club de COTONOU (depuis 1978 – Président 1989- 1990) ;

- Trésorier général de l'Union inter-africaine des avocats ;
- Membre du Bureau exécutif de l'Association pour le développement des initiatives villageoises ( formation à la culture attelée et formation de parajuristes en milieu rural ) ;
- Commissaire du peuple (Député) à l'Assemblée nationale révolutionnaire (2° et 3° Législature - 1984-1990 ; Vice-président de la Commission des affaires constitutionnelles et des lois) ;
- 28 Juillet 1989 : Déclaration en qualité de député et en compagnie du Professeur et député René AHOUANSOU, en faveur de l'Amnistie générale, de négociation avec les grévistes du multipartisme intégral et du retour à la démocratie ;
- Ministre délégué auprès du président de la République, chargé du plan et de la statistique (Aout 1989-Mars 1990.). En cette qualité, membre du Conseil des ministres de l'UMOA, Gouverneur de la banque mondiale et de diverses banques de développement ; Président du Comité national préparatoire de la conférence nationale (Décembre 1989-Février 1990) ;
- Membre de la Commission internationale de juristes (Mai 1990 - Septembre 1993) ;
- Membre de la Commission constitutionnelle, chargée de la rédaction de la constitution (Février 1990-Décembre 1990) ;
- 1991-1993 : Député à l'Assemblée nationale et président de la Commission des lois, de l'administration et des droits de l'Homme ;
- Candidat à l'élection Présidentielle de Mars 1991 ;
- Président de la Commission béninoise du PANAFRICANISME (PANAFRICA-BENIN) 1991-2001 ;

- Président de l'Alliance pour la social-démocratie (ASD) ;
- Vice-président de l'Action mondiale des parlementaires (1991-1993) ;
- Ministre des affaires étrangères et de la coopération (1993 - 1995) ;
- Président de la Conférence ministérielle de la francophonie (1994 - 1995) ;
- Assistance à diverses ONG et coopératives pour la confection de différents projets à soumettre au Financement ;
- Participation à trois films sur la démocratie en Afrique et la démocratie au Mali (Agence internationale de la francophonie 1997-1998 et BLACKSIDE- USA 1999) ;
- Président de la Cour constitutionnelle (2008-2013) ;
- Président de la Conférence des Cours constitutionnelles Francophones (ACCPUF) (2009-2011), puis Président d'honneur ;
- Président de la Conférence des juridictions constitutionnelles africaines (2011-2013), puis Président d'honneur.

## **IX- PRINCIPALES PUBLICATIONS**

- Le Marxisme, le droit et la justice (ronéoté-1976) ;
- Sur l'élimination du mercenariat en Afrique (Revue internationale de droit contemporain - Bruxelles -1978 N°2) ;
- La Science juridique exclut-elle la philosophie ? (Séminaire international de philosophie - Cotonou 1978) ;
- La démocratie et les droits de l'Homme (Symposium 10<sup>o</sup> anniversaire de l'université nationale du Bénin 1980) ;

- La responsabilité de l'administration (Commentaire d'Arrêt Revue béninoise de science juridique et administrative 1980 N1) ;
- L'Etat, le pouvoir et l'armée (Conférence AASP-DAKAR 1983) ;
- La perception africaine de la notion de sécurité (UNESCO-1983) ;
- Le Bénin : du monolithisme à la démocratie pluraliste, un témoignage in ; l'Afrique en transition, vers le pluralisme politique - ouvrage collectif. Sous la direction de Gérard CONAC, Editions ECONOMICA. Paris 1993 ;
- L'économie béninoise et la démocratie pluraliste - AFRICA RECOVERY-New-York. Volume 6 N°3 Novembre 1992 ;
- L'arbitrage OHADA - historique et objectifs (CIB - Ouagadougou) Déc. 1996 ;
- L'instruction et les pouvoirs du juge (Congrès IDEF, Le Caire - Déc. 1997) ;
- Les élections en Afrique - in " Aspects du contentieux électoral en Afrique". Actes du Séminaire de Cotonou - Nov 1998, OIF, Paris, Janvier 2000, p.19 ;
- The effect of the arbitration clause : the african perspective in Improving the efficiency of arbitration agreements and awards. ICCA Congrès-Series N° 9-KLUWER LAW INTERNATIONAL. THE HAGUE-1999-p. 268 ;
- La pratique de l'arbitrage en Afrique, in l'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique - Centre René-Jean Dupuy. Université internationale de langue française d'Alexandrie, Editions Bruylant, Bruxelles, 2000 p. 125 ;

- L'expérience de la Conférence nationale béninoise, Cotonou, Février 2000, in Bilan des Conférences nationales et autres processus de transition démocratique, Editions Pedone et Bruylant, actes de la conférence de Cotonou, Février 2000. p. 205 ;
- Systémique de la transition démocratique en Afrique, Communication à la conférence panafricaine sur la démocratie et la maîtrise de la transition, Dakar 1992 ;
- Le juge administratif et les droits économiques et sociaux au Bénin in «le juge de l'administration et les droits fondamentaux dans l'espace francophone», ouvrage collectif sous la Direction de Etienne PICARD. Editions BRUYLANT, IDEF. AIF et Institut roumain pour les droits de l'homme, p. 492 ;
- Voies diverses de la transition démocratique en Afrique in Prévention des crises et promotion de la paix volume 2 : Démocratie et élections dans l'espace francophone. Ouvrage collectif sous la direction de Jean-Pierre VETTOVAGLIA, Editions Bruylant, Bruxelles, 2010, p.140;
- Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain. Revue du conseil constitutionnel d'Algérie. Actes du colloque de novembre 2014 N 04-2014 ;
- Le contexte historique international et les enjeux, In ; De Dakar à Dakar-ouvrage collectif sur la Francophonie sous la direction de Christine DESOUCHES et autres-Editions Bruylant, Bruxelles, 2015 p.23 ;
- L'Afrique et la justice pénale internationale ; Académie des sciences d'Outre-Mer, Tome LXXVII, 2017, p.302) ;

- L'Union africaine : Une organisation d'intégration ou de coopération ? Université de Carthage (Tunis), Colloque international sur : Intégration et régionalisme africain : Où en est l'Union Africaine aujourd'hui ? Ouvrage collectif à paraître sous la direction des professeurs Rafâa Ben Achour et Hajer Guldich.

## **X- DISTINCTIONS HONORIFIQUES**

- Grand Officier de l'Ordre National du BENIN ;
- Commandeur des Palmes Académiques (France) ;
- Paul Harris Fellow-4 Rubis avec distinction Bienfaiteur (Fondation du Rotary International) ;
- Ambassadeur de bonne volonté de l'Etat d'Arkansas -USA (Distinction conférée par le Gouverneur Bill CLINTON, le 03 février 1992);
- Leading lawyer (Londres 2001) ;

Autres distinctions, notamment le prix 2012 du Conseil international des managers africains.





N°	NOM et Prénoms	Date et lieu de naissance	Situation matrimoniale	Qualité	Fonction
1	<b>DOSSOU Robert</b>	13 Mai 1939 à Covè	Marié	Juriste de haut niveau	<b>Président</b>
2	<b>GBEHA AFOUDA Marcelline</b>	16 Janvier 1955 à Abidjan	Mariée	Magistrat	<b>Vice-Président</b>
3	<b>HOLO Théodore</b>	15 Avril 1948 à Porto-Novo	Marié	Juriste de haut niveau	<b>Membre</b>
4	<b>YIMBERE DANSOU Clémence</b>	07 Mai 1953 à Aledjo	Mariée	Magistrat	<b>Membre</b>
5	<b>DEGBOE Bernard D.</b>	Vers 1951 à Djègbadji	Marié	Magistrat	<b>Membre</b>
6	<b>ZINSOUNON Jacob</b>	Vers 1952 à Bonou Adokota	Marié	Personnalité de grande réputation professionnelle	<b>Membre</b>
7	<b>KORA YAROU Zimé Yérima</b>	Vers 1947 à N'dali	Marié	Personnalité de grande réputation professionnelle	<b>Membre</b>



## AVANT-PROPOS

Le Bâtonnier Robert DOSSOU et les conseillers de la Cour constitutionnelle du Bénin (4<sup>ème</sup> mandature), méritent d'être célébrés tant par la Communauté scientifique que par la postérité. Cet hommage leur est dû, eu égard à leur part active dans l'édification de l'Etat de droit par la justice constitutionnelle au Bénin.

Certes, pour qu'une démocratie prospère, il faut qu'il y ait un garant efficace du fonctionnement régulier des institutions.

Ce rôle de mise en équilibre, aux fins d'assurer le fonctionnement correct du système est la régulation de l'activité des pouvoirs publics. La quatrième mandature sous la présidence du Bâtonnier Robert DOSSOU s'est employée de manière particulière à cette activité de régulation.

De même qu'elle est une condition substantielle de l'Etat de droit, elle s'analyse comme le mécanisme destiné à assurer un bon équilibre fonctionnel des institutions de l'Etat en assurant par là-même, l'existence de l'Etat dans une démocratie libérale.

A cet égard, les réflexions proposées apportent une vue panoramique de la régulation en mettant en évidence d'une part l'état de la régulation, d'autre part, la régulation dans ses états. Ainsi, le premier axe de ces réflexions doctrinales met en évidence comment percevoir la fonction de régulation. Il présente à cet égard « **l'état de la régulation** », tandis que le second en révèle les différentes facettes de la mise en œuvre. C'est « **la régulation dans ses états** ». Ces deux axes fondent la notion et en assurent l'équilibre.

Avant d'inscrire la présente contribution dans les annales de la source complémentaire illuminant les ouvriers de la pérennisation de l'Etat de droit, il convient de ne pas oublier que c'est l'ensemble de la sixième mandature, sous l'impulsion du Président Joseph DJOGBENOU, qui a décidé d'honorer leurs devanciers en particulier ici, le Bâtonnier Robert DOSSOU.

C'est avec bonheur que nous conduisons ce chantier à son terme, en espérant que cette publication agisse comme un ferment en suscitant d'autres études qui la rectifient ou la complètent. Nous n'en serons que plus heureux, ayant alors le sentiment d'avoir fait œuvre utile.

**Razaki AMOUDA ISSIFOU**  
*Président de la Cour constitutionnelle*

**2<sup>ÈME</sup> PARTIE**  
**LA RÉGULATION DANS SES ÉTATS**



LES RAPPORTS ENTRE LES JURIDICTIONS  
CONSTITUTIONNELLES ET JURIDICTIONS  
COMMUNAUTAIRES EN AFRIQUE DE L'OUEST<sup>1</sup>

**Dandi GNAMOU**

*Agrégée des facultés de droit,  
Professeure titulaire de droit public,  
Présidente de la chambre de contrôle des comptes  
des entreprises publiques à la Cour des comptes.*

*« Si les dispositions conventionnelles qui instituent les organes d'intégration juridique ou économique ont une valeur supra législative, elles ont également une valeur infra constitutionnelle ; qu'elles ne valent ni n'équivalent les dispositions de la Constitution dont le juge constitutionnel est l'interprète exclusif et authentique », Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 20-641 du 19 novembre 2020.*

*« La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et, même, constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. Les Etats ont le devoir de veiller à ce qu'une norme de droit national incompatible avec une norme de droit communautaire qui répond aux engagements qu'ils ont pris,*

---

<sup>1</sup> La présente étude en l'honneur de Maître Robert DOSSOU, Président de la Cour constitutionnelle, a fait l'objet d'une communication intitulée « Les rapports entre les juridictions constitutionnelles et les juridictions communautaires en Afrique : Difficultés et propositions de solutions », lors du colloque conjoint entre la Cour constitutionnelle et la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), 30 ans de justice constitutionnelle au Bénin, juin 2022, Palais des congrès, Cotonou. La communication a été densifiée suite aux débats et aux questions suscitées pour être dédiée à un homme cultivé, avocat de renom à la fois internationaliste et constitutionnaliste donc attaché tant au respect de la Constitution qu'à celui des engagements internationaux.



*ne puisse pas être valablement opposée à celle-ci* », Cour de justice de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), arrêt n° 005/2020 du 08 juillet 2020.

Ces deux extraits respectivement d'une décision de la Cour constitutionnelle du Bénin et de la Cour de justice de l'UEMOA<sup>2</sup> sont révélateurs de l'enjeu principal des relations entre juridictions constitutionnelles et juridictions communautaires : la nécessité de prévenir tout conflit entre hautes juridictions, dans un monde globalisé<sup>3</sup> où les interactions normatives<sup>4</sup> sont de mise.

La notion de juridiction renvoie à une série de compétences et au pouvoir de juger<sup>5</sup>. En tant que tel, la fonction juridictionnelle est présentée « comme une manifestation spéciale de la puissance étatique »<sup>6</sup>, une prérogative de puissance publique, qui comme le soulignait le Doyen Vedel, n'est pas seulement réservée à l'exécutif puisque « *le juge en tant qu'il a la possibilité d'émettre des décisions*

---

2 L'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) est une organisation créée par le traité de Dakar du 10 janvier 1994. Les Etats membres sont le Benin, le Burkina-Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissau, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo.

3 Selon le professeur Auby, bien que reconnaissant la difficulté à définir la globalisation, mouvement de nature d'abord économique, les termes globalisation et mondialisation sont souvent utilisés comme des synonymes pour désigner un mouvement général d'ouverture et de compénétration de systèmes qui se trouvent tant au niveau mondial qu'à d'autres niveaux. L'auteur examine particulièrement la dimension juridique de la globalisation à travers les phénomènes de changement du mode de production du droit, la complexité des hiérarchies normatives, la transformation des pratiques du droit et l'impact des droits externes sur le droit interne. J.-B. AUBY, *La globalisation, le droit et l'Etat*, LGDJ, 2020, 3<sup>ème</sup> édition, 264p. Voir particulièrement sur les définitions de la globalisation, p. 13 et 17 de l'ouvrage cité.

4 La globalisation juridique entraîne une interconnexion des systèmes juridiques, des systèmes nationaux, du droit interne et du droit international. Sur les interactions normatives, voir, A. PELLET in L. BURGORGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE, S. TOUZÉ, « Les interactions normatives : Droit de l'Union européenne et droit international », *Cahiers Européens n°2*, éd. Pedone 2012 ; J.-M. SOREL, « La constitutionnalisation du droit international : conflits et concurrence des sources du droit? : fausse querelle, mais vraies questions », in H. RUIZ FABRI et M. ROSENFELD, *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p.32.

5 J. SALMON, dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, p. 624.

6 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 2, p. 691.

*ayant force de vérité légale et susceptible d'être exécutées par la contrainte bénéficie aussi du régime de puissance publique*<sup>7</sup>.

En reconnaissant à un organe interne ou international la qualité de « juridiction », c'est la manifestation de sa capacité à trancher dans l'exercice de la compétence contentieuse qui est mise en avant, bien que sa compétence consultative ne soit pas ignorée. Juridictions constitutionnelles et juridictions communautaires présentent chacune leurs spécificités.

En charge de la justice constitutionnelle, les juridictions constitutionnelles, ne constituent pas une catégorie homogène, puisqu'« *une multitude de juridictions très disparates peuvent être considérées comme constitutionnelles, soit parce que leur existence est reconnue par la Constitution, soit parce qu'elles exercent un contrôle de constitutionnalité, soit parce qu'elles disposent de compétences spécifiques liées à des contentieux touchant aux pouvoirs institués (pouvoirs exécutif, législatif et juridictionnel)* »<sup>8</sup>. Au sens strict, la justice constitutionnelle s'identifie au contrôle de la constitutionnalité de la loi. Elle « *regroupe l'ensemble des attributions des cours constitutionnelles* » et « *englobe tous les contentieux où un juge, quel qu'il soit, est amené à appliquer et à interpréter immédiatement des dispositions du texte de la Constitution* » de sorte que « *relèvent de la justice constitutionnelle, toutes les procédures juridictionnelles portant sur la matière constitutionnelle* »<sup>9</sup>. Parlant indifféremment de Cour ou de juridiction constitutionnelle, il s'agit de viser, dans cette étude, la juridiction en charge du contrôle de constitutionnalité des normes en

---

7 G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.*, 1954, p. 43, n°42. F. Moderne souligne dans le même sens que « la fonction législative n'est pas la seule à traduire l'exercice de la puissance publique dans l'État : il faut également faire une place à la fonction juridictionnelle. (...) Lorsque le juge exerce ses fonctions (réprimer et sanctionner), il manifeste une mise en œuvre de la puissance publique » (*Recherches sur la puissance publique et ses prérogatives en droit administratif français*, t. 1, p. 86)

8 *Mélanges Pierre BON, Long cours*, Dalloz, 2014.

9 L. HEUSCHLING, « Justice constitutionnelle et justice ordinaire. Epistémologie d'une distinction historique », in C. GREWE, O. JOUANJAN, E. MAULIN et P. WACHSMANN, dir. *La notion de « justice constitutionnelle »*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2005, pp. 88-89.

dernier ressort, quelle que soit sa dénomination, cour constitutionnelle, conseil constitutionnel et autres hautes cours. Ce qui est donc la base de la différenciation entre la juridiction constitutionnelle et les autres juridictions, ce sont les compétences dévolues en dernier ressort à un organe indépendant en charge de résoudre les litiges portant sur la conformité à la Constitution.

Quant aux cours ou juridictions communautaires<sup>10</sup>, il s'agit principalement des organes juridictionnels, mis en place dans le cadre des organisations régionales d'intégration<sup>11</sup> et qui sont chargés de trancher les litiges par des décisions obligatoires opposables aux Etats membres, aux organes de l'organisation et aux particuliers.

---

10 KAMTO (M.), « Les cours de justice des communautés et organisations d'intégration économique africaine », *Annuaire africain de droit international*, vol. 6, 1998, pp. 107-150. Nous avons une nette préférence pour le terme « intégration ». Le droit communautaire est né et s'est affirmé d'abord dans le contexte de la construction de l'organisation européenne d'intégration. Aussi, dans le *Lexique des termes juridiques*, l'entrée « droit communautaire » renvoie au « droit européen aujourd'hui droit de l'Union européenne », ou l'« acquis communautaire », (ou de l'Union européenne). Voir le *Lexique des termes juridiques*, 2017-2018, Dalloz, 25<sup>ème</sup> édition. Toutefois certains auteurs défendent l'adjectif « communautaire », au sens de « l'appartenance à une communauté » ou de « ce qui se rapporte à une communauté ». Ce qui retient l'attention pour une partie de la doctrine en faveur du terme « communautaire » au sens du « droit communautaire », ce n'est donc pas la création des communautés européennes devenue Union européenne et qui a permis de conceptualiser le droit communautaire et de le diffuser dans les processus régionaux mais bien l'existence d'une communauté, c'est-à-dire, « un ensemble de personnes ou d'Etats ayant des intérêts communs ». Voir D.C. SOSSA, « Une branche du droit controuvé : le droit pénal communautaire des affaires OHADA », in *Justice et intégration*, Mélanges en l'honneur du professeur Ndiaw DIOUF, Tome 2, Intégration, p. 633 ; J.D. LEKEBE OMOUALI, « L'avènement d'un ordre juridique communautaire et l'équation de la « partition » des Etats parties : l'exemple de l'OHADA », *Palabres Actuelles* n°6, « La fabrique du droit en Afrique », pp. 277-296. Particulièrement pour le droit OHADA, l'auteur cite le professeur POUGOUE qui considère que l'intégration juridique au sein de l'OHADA est étrangère au droit communautaire. V. P. G. POUGOUE, « Doctrine OHADA et théorie juridique », *Revue de l'ERSUMA*, numéro spécial nov-déc. 2011, p. 11. Voir aussi A. SOMA, « Les caractères généraux du droit communautaire », *Revue CAMES/SJP*, n°001/ 2017, p.1-10 ; Sur l'existence d'un droit communautaire, voir Joseph KAZADI MPIANA qui propose une modélisation autour du droit communautaire largement effectif ; le droit communautaire partiellement effectif et le pseudo droit communautaire. J. KAZADI MPIANA, « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *Revue libre de Droit*, 2014, p. 45 ; Voir aussi O. NDESHYO RURIHOSE (dir.), *Manuel de droit communautaire africain. Tome I. Introduction générale : objet, sources, caractéristiques et domaines*, Kinshasa, Editions Etat et Société, 2011.

11 On exclut les juridictions de droit interne en tant que juge de droit commun du droit communautaire, pour nous intéresser à la juridiction créée directement dans le cadre de l'organisation d'intégration, en tant que juridiction ayant le dernier mot.

La mission même des juridictions d'intégration consiste à assurer le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités constitutifs et de leurs actes dérivés.

Les deux catégories de juridictions connaissent dans l'espace ouest africain des relations qui sont loin d'être toujours apaisées comme le révèle la contrariété de jurisprudence entre la Cour constitutionnelle du Bénin<sup>12</sup> et la Cour de justice de l'UEMOA<sup>13</sup>.

Le choix géographique de l'Afrique de l'ouest vise prioritairement à retenir un espace harmonisé en termes d'intégration<sup>14</sup>, tant du point de vue de l'existence d'une organisation pilote, reconnue et bien implantée, la CEDEAO<sup>15</sup>, que du point de vue de l'intégration monétaire, l'UEMOA<sup>16</sup>. Cet espace géographique est aussi intéressant au regard de la multiplicité<sup>17</sup> de différentes organisations qui s'y

---

12 Cour constitutionnelle du Bénin, *DCC 20-641 du 19 novembre 2020*.

13 Cour de justice de l'UEMOA, *Arrêt N° 005/2020 du 08 juillet 2020*.

14 L'intégration est en réalité un terme commode qui a le mérite de laisser dans le flou les principes et les méthodes de la marche vers l'Unité. Braudel définit l'intégration régionale comme « un mouvement de rapprochement qui mobilise avec une plus ou moins grande intensité les « copartageants » de l'espace et du temps que sont l'économie, la politique, la culture et la société ». F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, Economie et capitalisme, XVème-XVIIIème siècles. Tome III, Le temps du monde*, Armand Colin, Paris, 1979. L'intégration juridique se donne plusieurs finalités : « [elle] renforce le droit national, régional et constitue une tentative de réaction à un environnement international défavorable en créant un réseau dense de coopération avec des mécanismes de direction et de contrôle prévus par le droit communautaire dérivé. Il s'agit d'un ensemble normatif dont la vocation est de coordonner les politiques économiques des États membres ou d'harmoniser leurs législations et d'imposer une cohérence entre les niveaux nationaux et les niveaux communautaires. Ce droit génère un ordre juridique particulier... », Voir S. N TALL, *Droit des organisations internationales africaines. Théorie générale, droit communautaire comparé, Droits de l'homme, Paix et sécurité*, Paris, L'Harmattan, Crédila, 2015, p. 48.

15 La Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est créée par le Traité de Lagos du 28 mai 1975 entre 16 Etats membres. Il est révisé par le Traité de Cotonou en date du 24 juillet 1993. L'organisation est composée, du fait du retrait de la Mauritanie, de 15 membres (Bénin, Burkina Faso, Cap-Vert, Côte d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée, Guinée-Bissau, Liberia, Mali, Niger, Nigeria, Sénégal, Sierra Leone et Togo). La Mauritanie et le Maroc sont depuis 2017 dans une procédure d'adhésion à la CEDEAO.

16 Ce sont les deux grandes organisations d'intégration de l'Afrique de l'Ouest. A. SALL, *La justice de l'intégration, Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Editions Credila, 2011 ; p. 15.

17 Voir à ce propos M. FAU-NOUGARET, dir., *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, L'Harmattan, 2012, 450p.

côtoient et qui visent l'intégration. L'espace ouest africain est donc révélateur du phénomène d'enchevêtrement et de chevauchement d'organisations<sup>18</sup> et qui participent tous d'une dynamique de l'intégration africaine<sup>19</sup> et de la tension entre d'une part, un ordre juridique interne à la fois désireux d'afficher sa priorité et de participer à l'intégration régionale et d'autre part, un ordre « d'intégration » à la recherche de son unité et qui doit reposer sur des Etats en construction et jaloux de leurs identités souveraines<sup>20</sup>. Le regard sur l'espace ouest africain n'empêche cependant pas de bonifier l'analyse avec les expériences d'autres régions géographiques ou d'autres espaces d'intégration plus large. D'ailleurs la constatation par la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>21</sup> de la contrariété de la Constitution Tanzanienne à la Charte africaine des

---

18 Voir à propos des conflits de normes entre organisations internationales, notamment F.M. SAWADOGO, « Les conflits entre normes communautaires : aspects positifs et prospectifs », in M. FAU-NOUGARET dir., *La concurrence des organisations régionales en Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 283-314 ; S. DOUMBE-BILLE, « La multiplication des organisations régionales en Afrique : concurrence ou diversification », in M. FAU-NOUGARET dir., *op. cit.*, pp. 15-28 ; E. FOLEFACK, « Traité d'Abuja et foisonnement des institutions d'intégrations régionales en Afrique : problèmes de coordination, de compatibilité des projets et de la gestion des appartenances multiples. Les cas de l'Afrique centrale, de l'Afrique orientale et australe », in M. FAU-NOUGARET M. dir., *op. cit.*, pp. 175-195. Voir aussi dans le même ouvrage la contribution de J-L. ATANGANA AMOUGOU, « Multiplication des juridictions internationales et sécurité juridique en Afrique », pp. 135-152 et D. KOKOROKO, « La coexistence entre organisations sous-régionales : limites et perspectives », *ibidem*, pp. 197- 205.

19 V. M. MAKANE MBENGUE et O. ILLY, « Les interactions institutionnelles dans le régionalisme africain », in S. DOUMBE- BILLE dir., *La régionalisation du droit international*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 303-328. ; S. KARANGIZI, « Les communautés économiques régionales », in, A.A. YUSUF et F. OUGUERGOUZ, *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, pp. 207-222.

20 S. F. SOBZE, « Régionalisme et souveraineté des Etats en Afrique », in *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 173-193.

21 F. OUGUERGOUZ, « La Cour africaine de justice et des droits de l'Homme » in A.A. YUSUF et F. OUGUERGOUZ, *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, pp. 113-131.

droits de l'Homme et des peuples portait déjà, bien que peu abordée<sup>22</sup>, les germes dans le contexte africain, du débat sur la contrariété des décisions<sup>23</sup> entre juridiction suprême nationale et juridiction créée dans le cadre d'une organisation d'intégration<sup>24</sup>. Elle est encore plus perceptible ces dernières années à cause de l'inexécution des décisions des juridictions d'intégration, suite à des décisions des

- 
- 22 Les commentateurs se sont beaucoup plus focalisés sur l'argumentaire de la Cour africaine que sur la contrariété entre la position de la Cour d'Appel de Tanzanie, juridiction en dernier ressort, et celle de la Cour africaine. Le domaine visé, les droits de l'Homme, semblait rendre inutile tout débat sur l'application ou les difficultés d'exécution d'une décision internationale en contradiction avec une décision d'une juridiction interne, bénéficiant de l'autorité de chose jugée. Il faut souligner que la Commission africaine des droits de l'Homme avait déjà, en 2008 dans l'affaire *Mouvement ivoirien des droits humains c. Côte d'Ivoire*, constaté la violation par la Constitution ivoirienne de 2000 en ses articles 35 et 65 du droit à participer aux fonctions publiques garantis à l'article 13 de la Charte africaine. L'exigence outre la nationalité ivoirienne d'être né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine et de n'avoir jamais obtenu une autre nationalité paraissait une restriction qu'elle a jugée non nécessaire. Voir COM.ADHP, *Mouvement ivoirien des droits humains c. Côte d'Ivoire*, 29 juillet 2008, Communication n°246/2002.
- 23 Dans un arrêt du 17 juin 2010, la Cour d'appel de Tanzanie, Cour suprême de la République Unie de Tanzanie avait validé l'interdiction des candidatures indépendantes aux élections locales, législatives et présidentielles. Saisie sur le fondement de la violation du droit à participer aux affaires publiques de leur pays, droit protégé par la Charte, la Cour africaine constatera la violation de l'article 13 (1) de la Charte relatif au droit à participer librement à la direction des affaires de son pays et à la violation de l'article 10 (2) de la Charte relatif à la liberté d'association ; V. *Tanganyika Law Society, the Legal and Human Rights Center et Révérend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie* (fond), 14 juin 2013.
- 24 Il est vrai, l'Union africaine en tant qu'organisation d'intégration n'a pas encore réussi à imposer au sein des Etats membres un droit non soumis au principe de la « médiation » des Etats. Les tentatives de création des Etats Unis d'Afrique puis de l'Autorité de l'Union africaine ou d'un Gouvernement de l'Union africaine ont échoués. Voir, M. BEDJAOU, « Bref survol historique des accomplissements vers l'Unité africaine », in A.A. YUSUF et F. OUGUERGOUZ, *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, p. 31. Mais la vocation de l'Union africaine est celle d'une organisation d'intégration, ce qui se reflète dans ses objectifs et principes. Voir S. DOUMBE-BILLE, « L'Union africaine : objectifs et principes », in A.A. YUSUF et F. OUGUERGOUZ, *Union africaine, Manuel sur l'Organisation panafricaine*, Paris, Pedone, 2013, pp. 57-76.

juridictions constitutionnelles internes<sup>25</sup>, ou à raison du retrait de la reconnaissance de la juridiction obligatoire de ces juridictions<sup>26</sup>. Il suffit de rappeler les refus du Sénégal, du Niger, du Burkina Faso, de se plier aux décisions de la Cour de justice de la CEDEAO qui leur demandaient respectivement, de respecter les droits de Karim Wade, de libérer le président Mamadou Tandja (alors en résidence surveillée) et de ne pas exclure certains acteurs politiques des élections couplées de novembre 2015<sup>27</sup>. A cela il faut ajouter les retraits du Bénin, de la Côte d'Ivoire, du Rwanda et de la Tanzanie de la déclaration d'acceptation de compétence de la Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples<sup>28</sup> telle que prévue à l'article 34 (6) du protocole portant création de la Cour africaine.

Les risques de confrontation ne sont donc pas anecdotiques et ont des conséquences sur l'exécution des décisions, surtout dès que l'on touche aux droits de l'Homme, généralement domaine de

- 
- 25 Arrêt *Tanganyika Law Society, the Legal and Human Rights Center et Révèrend Christopher R. Mtikila c. Tanzanie* (fond) 2013, sur l'inconventionnalité de modifications constitutionnelles tanzaniennes validée par la Cour d'Appel de Tanzanie. Voir aussi l'arrêt *Action pour la protection des droits de l'Homme c. Côte d'Ivoire* du 18 novembre 2016 de la Cour africaine des droits de l'Homme sur la Commission électorale indépendante par suite de la déclaration de conformité par le conseil constitutionnel ivoirien de la loi 2014-335 du 18 juin 2014 créant la Commission électorale indépendante et à ce propos, J. E. TIEHI, « L'exécution minimaliste de l'arrêt de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire « *Actions pour la protection des droits de l'homme (APDH) c. République de Côte d'Ivoire* » : much ado about nothing ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 18 | 2020, mis en ligne le 15 juin 2020, consulté le 06 juin 2022. ; Décision de la Cour de justice de l'UEMOA en date du 08 juillet 2020 par suite de celle DCC 19-287 du 22 août 2019 de la Cour constitutionnelle du Bénin, *Décisions des 15 et 26 septembre 2020 de la Cour Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* enjoignant l'intégration de Guillaume SORO et Laurent Gbagbo en tant que candidats au présidentielles suite aux décisions d'exclusion du Conseil constitutionnel ivoirien.
- 26 Voir D. PAVOT., « Le retrait de la déclaration du Rwanda permettant aux individus et ONG de saisir la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue québécoise de droit international*, Volume 30, numéro 2, 2017, p. 221–237 ; A signaler aussi le retrait du Bénin de la juridiction de la Cour de justice de la CEDEAO dans sa compétence relative aux individus, par suite de la décision DCC 20-434 du 30 avril 2020 de la Cour constitutionnelle du Bénin.
- 27 CJCEDEAO, *Congrès pour la démocratie et le Progrès et a. c. Etat du Burkina*, 13 juillet 2015.
- 28 T. ONDO, « La Cour africaine des droits de l'Homme et des peuples : entre particularisme et universalité » *Palabres actuelles* n°7, 2017, « Les usages du droit en Afrique », pp. 83-98.

prédilection, en Afrique, des juridictions constitutionnelles<sup>29</sup> et de plus en plus des juridictions d'intégration. La question est donc d'actualité et d'importance dans un contexte général d'affirmation du nationalisme normatif<sup>30</sup>.

Du duel par décisions interposées, révélateur de la « guerre du dernier mot »<sup>31</sup> entre des juridictions suprêmes, plusieurs raisons peuvent notamment être avancées : le déficit de dialogue, l'absence de *self restraint* des juges internationaux, la connaissance parfois superficielle des problématiques d'intégration<sup>32</sup> ou des théories à la base des constructions jurisprudentielles européennes<sup>33</sup> ou encore l'absence de projet unificateur partagé.

---

29 A. SALL, « Le droit national dans la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO », in *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 269.

30 Voir à ce propos S. PIERRE-CAPS, « La mondialisation et la crise de l'Etat national », in SFDI, *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, 2013, p. 48 ; S. TOUZE, « La remise en cause de l'autorité des cours supranationales », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGUORGUE-LARSEN, S. TOUZE, *La protection des droits de l'Homme par les cours supranationales*, Fondation René Cassin, Pédone, 2016, p. 201 ; N. PERLO, « Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux », *RTD Eur.* 2020, p.195 ; H. LABAYLE, « Identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. Libres propos sur une décision récente du Conseil constitutionnel », *Europe*, n° 12, Décembre 2021 ; G. BADET., « La primauté du droit de l'intégration (OHADA-UEMOA) devant la Cour constitutionnelle du Bénin », *R.B.S.J.A.* n° 41 Année 2019-2020, pp. 93-148, B. COULIBALEY, « Réflexions sur le conflit des normes constitutionnelle et communautaire dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine », *Afrilex*, janvier 2022.

31 A. SUPIOT, « La guerre du dernier mot », in *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière. Droit social international et européen en mouvement*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2019, p. 489- 503.

32 A. ONDOUA, « Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire en Afrique francophone », *Palabres Actuelles* n°6, « La fabrique du droit en Afrique », p. 43.

33 A. KPODAR ; C. MONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », *RCC* 2020 n°2 et 3, pp. 217-232.



Au fond, les rapports entre juridictions constitutionnelles et juridictions d'intégration procèdent en réalité des phénomènes d'internationalisation du droit constitutionnel<sup>34</sup>, d'imbrication des droits internes avec le droit de l'intégration ou de l'internalisation du droit international. Ils interrogent généralement les rapports entre norme constitutionnelle et droit international<sup>35</sup> mais aussi les rapports entre les décisions, les juges et les juridictions des différents ordres<sup>36</sup>.

L'étude des rapports entre juridictions constitutionnelles et juridictions communautaires présente dès lors un intérêt scientifique certain. Sur le plan théorique, les rapports entre juridictions constitutionnelle et communautaire en Afrique de l'Ouest ont fait l'objet de peu

- 
- 34 B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Le droit constitutionnel international*, Paris, Sirey, 1933. Voir aussi G. SCILLE, « Le droit constitutionnel international » in *Mélanges offerts à Raymond Carré de Malberg*, Paris, Librairie E. Duchemin, 1977, pp. 501-515 ou encore L. FAVOREU, « Le contrôle de constitutionnalité du traité de Maastricht et le développement du « droit constitutionnel international » », *RGDIP* 1993, n°1, p. 39-65 ; M. TROPER et al. dir., *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, t. I, p. 422 ; G. DOR, « Contribution à l'étude du problème de l'internationalisation des règles du droit public interne », *Mélanges Ernest MAHAÏM*, tome 2, Sciences juridiques, Paris, Sirey, 1935, pp. 115- 133; V. Mélanges en l'honneur de Yvon LOUSSOUARN, *L'internationalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994, 416 p.
- 35 Ces rapports sont envisagés selon la vision moniste ou dualiste. Dans la vision moniste, les deux ordres appartiennent à un ordre juridique global où l'on affirme soit la primauté de l'ordre juridique international, soit la primauté de l'ordre juridique interne. Selon la vision dualiste les ordres juridiques forment des ensembles clos et étanches. Voir à ce propos, historiquement le débat entre Hans Kelsen, H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926-IV, p. 231 et Heinrich Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *RCADI* 1923 ou encore « Droit international et droit interne », R. BRUNET (trad.), Paris, A. Pedone, 1920. V. plus récemment R. BEN ACHOUR et al. (dir.), *Droit international et droits internes, développements récents*, Paris, Pedone, 1998, et B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 208p.
- 36 L'ordre juridique est un « ensemble organisé d'éléments interdépendants formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes ». Sur la notion d'ordre juridique et les catégories, V. notre synthèse et les indications bibliographiques, dans, D. GNAMOU, « Rapports de systèmes et intégration africaine », *Revue burkinabè de droit*, n° 53, 2<sup>ème</sup> semestre 2017, pp. 124-127.

d'analyses<sup>37</sup> mais sont largement guidées par des théories classiques qu'il convient de revisiter à l'aune des interactions normatives induites par la mondialisation.

Sur le plan pratique il est utile de comprendre les difficultés à la base de la contrariété entre les décisions des juridictions constitutionnelles et communautaires pour proposer des solutions permettant *in fine* d'assurer l'exécution des décisions des juridictions communautaires, gage de l'efficacité pleine et entière du droit communautaire et de l'approfondissement du projet d'intégration africaine.

Au cœur de la problématique se pose donc la question de savoir comment assurer une relation coordonnée et un dialogue pacifié entre les hautes Juridictions constitutionnelles et d'intégration ? L'analyse des rapports entre juridictions constitutionnelles et d'intégration éclairée par la longue construction de l'espace d'intégration européen<sup>38</sup> révèle que les obstacles à une relation coordonnée et pacifiée viennent d'une vision « trop » classique entre les différents ordres juridiques et qui repose sur la hiérarchie des normes<sup>39</sup>. Cette vision pyramidale

---

37 A. SALL, *Le contentieux de la violation des droits de l'Homme devant la Cour de justice de la CEDEAO*, L'Harmattan, Sénégal, 2019, p. 213 et suivants consacrées aux relations entre la Cour de justice de la CEDEAO et les autres ordres judiciaires ; D. G. LAWSON, « Les interactions entre le droit constitutionnel et le droit communautaire en Afrique de l'Ouest francophone », *Afrilex*, octobre 2019 ; G. BADET., « La primauté du droit de l'intégration (OHADA-UEMOA) devant la Cour constitutionnelle du Bénin », *R.B.S.J.A.* n° 41 Année 2019-2020, pp. 93-148, A. KPODAR et C. MONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », *RCC 2020*, n° 2 et 3, pp. 217-232. ; B. COULIBALEY, « Réflexions sur le conflit des normes constitutionnelle et communautaire dans les Etats membres de l'Union économique et monétaire ouest-africaine », *Afrilex*, janvier 2022 ; sur la concurrence entre l'ordre juridique de la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) et celle du droit interne gabonais, C. MBA-OWONO, « Des vicissitudes de la coordination des ordres juridiques communautaire et national. (A propos du nouveau code pénal gabonais) », *in Droit et investissement*, Mélanges en l'honneur du professeur Dorothé Cossi SOSSA, CREDIJ, 2021, pp. 361-382.

38 J.-M. SAUVE, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », Colloque organisé par le Conseil d'État et la Cour de cassation, Conseil d'État, vendredi 10 avril 2015, ([conseil-etat.fr](http://conseil-etat.fr)), consulté le 6 juin 2022.

39 D. de BECHILLON, *Hiérarchie des normes et hiérarchie des fonctions normatives de l'Etat*, Paris ; Economica 1996 ; O. PFERSMANN, « Carré de Malberg et la hiérarchie des normes », *RFDC* n°31-1997, pp. 481-509.

n'est pas dénuée d'intérêt, mais n'est pas à même d'apporter des réponses satisfaisantes en cas de concurrence entre ordres juridiques ou de contrariétés entre décisions des juridictions constitutionnelles et celles des juridictions communautaires, l'interpénétration des ordres juridiques<sup>40</sup> n'ayant pas créé un ordre juridique unifié.

C'est dire que la coexistence pacifiée entre hautes juridictions nécessite une vision renouvelée des rapports d'ordres pour sortir de la conflictualité. C'est ce qui justifie à bien des égards la nécessité, dans un monde globalisé, d'ordonner le pluralisme<sup>41</sup> en recourant à une logique de réseau<sup>42</sup>. C'est tout l'intérêt des rapports de systèmes, « ultime étape de l'intégration respective des ordres juridiques »<sup>43</sup>. Dès lors, évoquant les rapports entre les juridictions constitutionnelles et celles communautaires il y a lieu de constater l'existence d'une logique irrésoluble de la hiérarchie des normes (I), et qu'il convient, pour en sortir, de proposer une logique conciliatrice, celle des rapports de systèmes (II).

### **I. La logique irrésoluble de la hiérarchie des normes**

La théorie du droit nous l'enseigne, la hiérarchie des normes appelle une « structure hiérarchique du droit » où « chaque degré de l'ordre juridique constitue (...) une production du droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur ». L'édifice à plusieurs étages qui a conduit à soutenir la « pyramide de Kelsen », entrevoit dès lors les rapports entre normes sous le prisme

---

40 G. ABI-SAAB et M. GRANGE, « Repenser la notion d'ordre juridique », in B. BONNET dir., *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, p. 481.

41 M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », Texte inspiré d'une conférence présentée le 26 janvier 2006 à l'Université Bordeaux IV sur l'invitation de M.- C. PONTTHOREAU, par renvoi au livre *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

42 F. OST et M. Van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau. Pour une dialectique du droit*, éd. Presses des facultés universitaires de Saint Louis, 2002 ; B. BARRAUD, *Repenser la pyramide des normes à l'ère des réseaux. Pour une conception pragmatique du droit*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », Paris, 2012, 394p.

43 B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, éd. Lextenso, 2013, p. 72.

hiérarchique. Pour marquer que chacun est au degré supérieur vis-à-vis de l'autre, chaque ordre prône sa supériorité (A), ce qui du reste est lié au cantonnement ontologique de chaque juge à son ordre (B).

### **A. L'affirmation parallèle de la supériorité des ordres**

L'affirmation par chacun des juges l'un de la suprématie de la Constitution (1), l'autre de la primauté du droit communautaire (1) ne peut être que source de conflits irrésolubles<sup>44</sup>.

#### **1. La suprématie totale et universelle de la Constitution**

Chaque Etat a un ordre juridique interne constitué par les normes d'origine interne et les normes d'origines externes qui ont été « internalisées » ou intégrées par une procédure de réception dans son ordre juridique interne. La structure hiérarchique de l'ordre juridique s'est imposée dans le droit contemporain avec l'idée qu'au sein de l'ordre juridique national, « *le degré supérieur du droit positif est la Constitution, entendue au sens matériel dont la fonction essentielle est de désigner les organes chargées de la création de normes générales et de déterminer la procédures qu'ils doivent suivre.* »<sup>45</sup>. La Constitution, en tant qu'elle est l'émanation du pouvoir constituant a donc toujours été considérée dans l'ordre interne comme la norme suprême<sup>46</sup>, la norme première<sup>47</sup> ; celle qui bénéficie d'une primauté logique<sup>48</sup>.

---

44 B. BONNET, « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable », Titre VII [en ligne], n° 2, De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr> consulté le 4 avril 2021, J.-M. SAUVE, « L'autorité du droit de l'Union européenne : le point de vue des juridictions constitutionnelles et suprêmes », Congrès du 25ème anniversaire de l'Académie de droit européen (ERA), Trèves, le 19 octobre 2017, (conseil-etat.fr), consulté le 6 juin 2022 ; J.-M. SAUVE, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », *op. cit.*

45 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1934.

46 O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, 3<sup>ème</sup> éd., p. 164.

47 M. A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, LGDJ, 2013, p. 69.

48 O. DUHAMEL ; G. TUSSEAU ; *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Seuil ; 5<sup>ème</sup> éd., 2020.

La cohérence d'ensemble au sein de l'ordre juridique national prédispose donc les traités à un niveau infra constitutionnel mais supra législatif dès lors que les dispositions en termes de ratifications et de réciprocité sont remplies. La spécificité reconnue au droit communautaire qui en fait un droit international spécifique<sup>49</sup>, permet de retenir son intégration à l'ordre juridique interne<sup>50</sup>, et de ne pas rendre opposable au droit secrété par l'organisation d'intégration, ni la réserve classique de réciprocité, ni la procédure de ratification<sup>51</sup>.

C'est en réalité ce caractère intégré du droit communautaire à l'ordre juridique interne qui pose la question de la norme qui prime dans cet ordre juridique intégré et hiérarchisé. Et dans ce contexte, il ne semble pas avoir un doute pour le juge constitutionnel. Il reconnaît la supériorité ou la primauté du droit de l'intégration, sur le droit infra constitutionnel<sup>52</sup> mais ne donne pas, au droit communautaire, au regard de l'ensemble de la jurisprudence des juridictions constitutionnelles un statut supérieur à la Constitution, dans cet ordre interne<sup>53</sup>.

---

49 V. M. BENLOLO-CARABOT, U. CANDAS, E. CUJO, *Union européenne et droit international*, En l'honneur de Patrick Daillier, Paris, éd. Pédone, 2012, 912p.

50 Cour constitutionnelle du Togo, *Décision n° C-003/20 du 13 mai 2020, Maître Akakpo Assignon Kokouda c. Ordre des avocats du Togo*, §. 7, et 8.

51 O. GOHIN, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 167.

52 Cour constitutionnelle du Togo, *Décision n° C-003/20 du 13 mai 2020, op.cit.*, §. 7, et 8

53 « (...) Que le Règlement est en dessous de la Constitution et, de manière générale à l'ensemble du bloc de constitutionnalité et des traités (...) » ; Cour constitutionnelle du Togo, *Décision n° C-003/20 du 13 mai 2020, op.cit.*, §. 8.

Il faut rappeler que la reconnaissance de la primauté du droit international sur la loi dans l'exemple européen a été lente<sup>54</sup>, surtout relativement à la loi postérieure<sup>55</sup>. L'appartenance tant au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne, dans la création d'une communauté de valeurs n'a pas changé pour autant la position du juge interne sur la place des normes d'origine externes, même internalisées. Aucune cour constitutionnelle francophone membre de l'Association des cours constitutionnelles francophones (ACCF) n'a admis la supériorité des normes d'intégration sur celle de la Constitution<sup>56</sup>. Au mieux, elle acquiert un même rang constitutionnel comme cela a été le cas en Autriche, sinon communément, l'affirmation de la suprématie constitutionnelle est claire et nette.

La Cour constitutionnelle de Russie l'a rappelé, « *La CEDH et les décisions prises sur son fondement ne peuvent remettre en cause la priorité de la Constitution. Leur mise en œuvre dans le système juridique national n'est possible qu'à la condition de reconnaître à notre loi fondamentale une force juridique supérieure* »<sup>57</sup>.

---

54 B. STIRN, « Droit de l'Union – droit national : enjeux d'influences », Faculté de droit de Lille. 14 septembre 2018, Rencontres interrégionales de droit public. Journée Jacques Lepers, septembre 2018, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)

55 V. M. R. DONNARUMMA, « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des Cours constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010/4 (n° 84), p. 719-750. ; B. MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/4 (n° 72), p. 675-693. ; F. CHALTIEL, « Droit constitutionnel et droit communautaire. Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4 (n° 68), p. 837-847; E. BRUCE, « Faut-il intégrer le droit communautaire aux normes de référence du contrôle de constitutionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/3 (n° 63), p. 539-560.; Conseil d'Etat, *La norme internationale en droit français*, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 19 juin 2000, La documentation française, Paris, 190 p.

56 ACCF, Actes du 7<sup>me</sup> congrès, *La suprématie de la Constitution*, 2015 ; <https://accf-francophonie.org/> consulté le 03 juin 2022. On remarque une divergence de jurisprudence sur ce sujet entre la Cour de cassation belge qui semble reconnaître la valeur supraconstitutionnelle du droit européen et la Cour constitutionnelle qui reste dans la jurisprudence classique de la suprématie de la Constitution. La Suisse et les Comores sont un système moniste avec primauté du droit international.

57 C. const. Russie, *Avis du 14 juillet 2014*, rendu à la demande de la Douma sur l'affaire Ioukos.

Le juge constitutionnel béninois va dans le même sens puisqu'il retient que « *Si les dispositions conventionnelles qui instituent les organes d'intégration juridique ou économique ont une valeur supralégislative, elles ont également une valeur infra constitutionnelle ; qu'elles ne valent ni n'équivalent les dispositions de la Constitution dont le juge constitutionnel est l'interprète exclusif et authentique* »<sup>58</sup>, suivi par son voisin togolais qui relève « *Considérant que dans l'ordre juridique des Etats membres d'une organisation d'intégration économique régionale, le Règlement est supérieur aux lois ordinaires et aux dispositions nationales infra-législatives ; que le Règlement est en dessous de la Constitution et de manière générale à l'ensemble du bloc de constitutionnalité et des traités* »<sup>59</sup>. Le Conseil constitutionnel français examinant le traité établissant une constitution pour l'Europe affirme « *cette dénomination est sans incidence sur l'existence de la Constitution française et sa place au sommet de l'ordre juridique interne* »<sup>60</sup> dans la droite ligne de la jurisprudence des deux autres juridictions suprêmes françaises<sup>61</sup>. Cette position de la Constitution au sommet de l'ordre juridique est celle de l'Allemagne<sup>62</sup>, de l'Italie<sup>63</sup>,

---

58 Cour constitutionnelle du Bénin, *DCC 20-641 du 19 novembre 2020*.

59 Cour constitutionnelle du Togo, *Décision n° C-003/20 du 13 mai 2020, op.cit.*, §. 7, et 8.

60 Conseil constitutionnel français, *Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, Traité établissant une Constitution pour l'Europe ; 10 juin 2004, n° 2004-496 DC. Loi pour la confiance dans l'économie numérique ; 27 juillet 2006, n° 2006-540 DC Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société d'information ; 12 juin 2018, n° 2018-765 DC, loi relative à la protection des données personnelles.*

61 CE, Ass., 30 octobre 1998, *M. Sarran, M. Levacher et autres* et Cass., Ass. plén., 2 juin 2000, *Mlle Fraisse*.

62 Cour constitutionnelle fédérale allemande, BVerfG, 5 mai 2020 ; BVerfG, 30 juin 2009, Lissabon, 2 BVerfG 2/08, §. 241 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 15 décembre 2015, 2 BvR 2735/14 ; Cour constitutionnelle fédérale allemande, 21 juin 2016, 2 BvR 2728/13 ; BVerfG, Solange, 29 mai 1974.

63 Cour const. ordinanza n° 24/2017 du 26 janv. 2017 ; V. N. PERLO, « Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux », *RTD Eur.* 2020, p. 195.

de l'Autriche, de la Pologne<sup>64</sup> et de la Grande Bretagne<sup>65</sup>, du Sénégal, du Mali ou du Burkina Faso.

Sans aucun doute, « dans l'ordre interne, tout procède de la Constitution. (...) Cette suprématie est donc, aussi longtemps que la société internationale sera fondée sur le fait politique de la souveraineté des États, une vérité première et incontournable »<sup>66</sup>. C'est la Constitution qui est au sommet de l'ordre juridique interne. Sa supériorité, sa suprématie est totale et universelle...tout comme le droit communautaire affirme sa primauté absolue.

## **2. La primauté absolue et inconditionnelle du droit de l'intégration**

L'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et la primauté du droit de l'intégration sur le droit interne est une nécessité logique pour

---

64 Tribunal constitutionnel polonais, 24 nov. 2010, Traité de Lisbonne, K 32/0. La Cour de Varsovie avait ainsi affirmé la « priorité de validité et d'application » de la Constitution polonaise dans l'ordre juridique interne, en estimant qu'un éventuel « conflit irréductible » entre la Constitution et le droit de l'Union ne pourrait être « en aucun cas résolu par la reconnaissance de la supériorité de la norme communautaire ». V. aussi la décision K3/21 du Tribunal constitutionnel polonais du 07 octobre 2021 ; F. MARTUCCI, « La Pologne et le respect de l'État de droit - . - Réflexions suscitées par la décision K 3/21 du Tribunal constitutionnel polonais », *La Semaine Juridique Edition Générale* n° 45, 8 Novembre 2021, doct. 1181.

65 Décision de la Cour suprême du Royaume Uni du 22 janvier 2014, HS2, V. A. LEVADE., « Identités constitutionnelles et hiérarchies », in: *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 26-2010, 2011 ; Constitutions et droit pénal - Hiérarchie(s) et droits fondamentaux. pp. 453-486; LEVADE A., « Identité constitutionnelle et exigence existentielle, comment concilier l'inconciliable », *Mélanges en l'honneur de P. Manin*, Paris, Pedone, 2020, pp. 109-128.

66 ABRAHAM R., *Droit international, droit communautaire et droit français*, éd. Hachette, 1989, pp. 35-36.



l'organisation d'intégration<sup>67</sup>. Elle est inhérente à la création même d'une communauté de droit. Comment assurer la cohérence d'un ordre juridique et l'atteinte des objectifs de la Communauté si chacun des Etats membres a, dans les domaines intégrés ou de cession de souverainetés, une interprétation à géométrie variable ?

C'est d'ailleurs l'existence de cette communauté de droit qui repose sur le contrôle des actes des Etats membres et des institutions par la Cour de justice qui aura justifiée, l'affirmation de l'instauration d'abord d'un « nouvel ordre juridique de droit international »<sup>68</sup>, puis celle d'un « nouvel ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres »<sup>69</sup> au profit duquel les Etats ont limité leurs droits souverains dans certains domaines.

La communauté s'estimant désormais détentrice d'un titre de compétences semble à même d'assurer l'exercice et la mesure de ses compétences par-delà les Etats, désormais privés de ces compétences. L'attribution de titres de compétences dépouille les Etats de pouvoirs normatifs dans les domaines, les obligeant à ne pouvoir exercer des compétences dans ce domaine qu'à la demande de la Communauté. Tel est en tout cas le schéma promu dans le cadre de l'Union européenne, entre compétences exclusives, compétences partagées guidées par le principe de préemption et compétences propres des Etats dont l'exercice reste encadré par le principe de coopération loyale.

---

67 L'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire intégré avec la primauté du droit de la Communauté sur celui des Etats et l'effet direct est une caractéristique du droit de l'intégration. Elle repose dans le contexte européen sur les arrêts *Van Gend en Loos* puis *Costa c. ENEL* qui ont permis la construction de l'unité et la cohérence de l'ordre communautaire. CJCE, 5 févr. 1963, Aff. 26/62, *Van Gend en Loos c/ Administration fiscale néerlandaise*, et *Costa c. ENEL*, CJCE, 15 juill. 1964, Aff. 6/64. Voir par exemple pour une réflexion récente sur le sujet, Y. PETIT, « L'arrêt Costa c/ ENEL, grand arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes », *Revue de l'Union européenne*, 2015 p.554 et ss, et plus généralement *La Revue de l'Union européenne 2015* qui a publié une série d'articles consacrés au dossier sur la primauté ; G. MARTI et Y. PETIE, « Table ronde sur les 50 ans de l'arrêt Costa : de la primauté absolue au dialogue des juges ? », p. 553 ; S. VAN RAEPENBUSH, « L'arrêt Costa c/ Enel et ses prolongements jurisprudentiels », et A. VAUCHEZ, « Retour sur l'Europe de Costa », p. 570.

68 CJCE, *Van Gend en Loos*, 5 février 1963, Aff. 26/62.

69 CJCE, *Costa c. ENEL*, 15 juill. 1964, Aff. 6/64.

Si la construction de la communauté de droit et de l'ordre juridique nouveau est manifestement liée à l'Europe des juges<sup>70</sup>, Frédéric ROUVILLOIS n'ayant pas manqué de rappeler à propos de la primauté « absolue » du droit européen, qu'elle a été introduite « *subrepticement, presque clandestinement, puis maintenue quasi frauduleusement* »<sup>71</sup>, en ce qui concerne notre sous-région, les organisations d'intégration posent directement le principe de primauté dans les actes constitutifs.

En effet, la primauté est consacrée notamment à l'article 6 du traité révisé créant l'UEMOA qui dispose « *Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent traité et conformément aux règles de procédures instituées par celui-ci, sont appliquées dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure* ». L'article 10 du traité créant l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA) consacre aussi le principe de primauté en ce que « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.* ». Le traité de la CEDEAO de 1975 ne mentionnait pas le principe de primauté. Mais la révision de 1993 puis la réforme du 16 février 2010 consacrent la montée en puissance de la supranationalité à travers les conditions d'entrée en vigueur des normes secrétées par la CEDEAO<sup>72</sup>. Dans le cadre de la Communauté économique des Etats d'Afrique centrale (CEMAC),

---

70 Arrêts Costa c/ ENEL du 15 Juillet 1964, Simmenthal du 9 mars 1978, *Internationale Handelsgesellschaft* CJCE 17 déc. 1970, aff. 11/70 qui avait déjà posé la question des rapports hiérarchiques entre normes communautaires et normes constitutionnelles et qui semblait avoir été dépassé avec les techniques d'interprétations et ont resurgi avec l'*Arrêt de la Cour, Stefano Melloni contre Ministerio Fiscal*, 26 février 2013, n° C-399/11 où la Cour semble rompre avec le souci de conciliation. Il faut remarquer que le principe de primauté est inscrit dans la déclaration annexe n° 17 au Traité de Lisbonne.

71 Frédéric ROUVILLOIS, « La primauté du droit européen sur la Constitution ? Récente, masquée, contestable », *LE FIGARO*, 25 octobre 2021.

72 A. SALL, « Perspective d'une transformation de la CEDEAO en une « confédération d'Etats » : quelques réflexions », in *Justice et intégration*, Mélanges en l'honneur du professeur Ndiaw DIOUF, Tome 2, Intégration, p. 606.

et comme le souligne la doctrine<sup>73</sup>, la consécration tant textuelle<sup>74</sup> que jurisprudentielle de la primauté du droit de la CEMAC sur celui du droit interne n'est pas à contester. Quant à l'Union africaine, son Acte constitutif ne pose pas explicitement le principe de la primauté du droit de l'Union, mais cette primauté est dérivée de la nomenclature des actes de l'Union africaine, adoptée par le Règlement intérieur de la Conférence en 2002. L'encadrement juridique de la primauté varie donc d'une organisation à une autre vue que l'ordre communautaire africain est pluriel et non monolithique<sup>75</sup>.

Le juge de l'UEMOA comme celui de la Cour africaine des droits de l'Homme reste principalement sur une logique de supériorité affichée du droit de l'intégration sur le droit national<sup>76</sup>. La primauté du droit communautaire a ainsi trouvé sa consécration jurisprudentielle dans l'avis n°02/2003 du 18 mars 2003 de la Cour de justice de l'UEMOA. Dans cet avis, le juge a reconnu la spécificité en ces termes : « *Il importe tout d'abord de souligner que l'Union [UEMOA] constitue en droit une organisation de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique et surtout de pouvoir issu d'une limitation de compétence et d'un transfert d'attribution des États membres qui lui ont délibérément concédé une partie de leurs droits souverains pour créer un ordre juridique autonome qui leur est applicable ainsi qu'à leurs ressortissants* ».

---

73 C. MBA-OWONO, « Des vicissitudes de la coordination des ordres juridiques communautaire et national. (A propos du nouveau code pénal gabonais) », in *Droit et investissement, op.cit.*, p. 375.

74 L'article 44 du traité révisé de la CEMAC est quasiment identique à celui de l'article 10 du traité OHADA.

75 J. KAZADI MPIANA, « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. *L'option entre mimétisme et spécificité* », *Revue libre de Droit*, 2014, p. 41.

76 La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est revenue dans une approche hiérarchique classique dans l'Affaire Melloni où l'on attendait plutôt la mise en avant de la clause de faveur. Elle y a affirmé que le juge étatique peut faire prévaloir la norme étatique favorable sans compromettre ni « la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union », CJUE, *Stefano Melloni c. Ministerio fiscal*, arrêt du 26 février 2013, Aff. C-399/11, §. 60. R. MEHDI, « Retour sur l'arrêt Melloni : quelques réflexions sur des usages contradictoires du principe de primauté », <http://www.gdr-elsj.eu/2013/03/29/cooperation-judiciaire-penale/retour-sur-larret-melloni-quelques-reflexions-sur-des-usages-contradictaires-du-principe-de-primaute/>, 23 mars 2013 ; consulté le 06 juin 2022.

Dans son arrêt n° 005/2020 du 08 juillet 2020, la Cour de justice réitère le principe de primauté en ces termes : « *la primauté de l'ordre juridique de l'Union dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux implique qu'aucune disposition juridique administrative, législative, juridictionnelle et même de niveau constitutionnel interne ne saurait être utilisée, pour mettre en échec le droit communautaire* ». Cette primauté est en lien avec les compétences de l'UEMOA pour lesquelles le juge de l'intégration n'a point hésité à affirmer, dans sa mission consultative, les limites et le dessaisissement des Etats<sup>77</sup>. Elle affirme sa compétence générale et exclusive en matière de construction du marché commun, essentiellement en matière de politique monétaire, économique, de concurrence et sur le marché commun<sup>78</sup>. C'est dire qu'au regard des impératifs de la construction d'un espace « commun », la primauté du droit communautaire sur le droit national est « imposée par le droit »<sup>79</sup> et « justifiée par le bon sens »<sup>80</sup>.

Ces différentes positions des juges ne sont que la conséquence du cantonnement de chaque juge à son ordre juridique.

### **B. Le cantonnement ontologique de chaque juge à son ordre**

Le juge constitutionnel comme le juge de l'intégration ne peuvent dans une approche pyramidale avoir un raisonnement différent de celui de la suprématie pour l'un et la primauté valant prévalence pour l'autre. En effet le juge national est institué par la Constitution et en charge d'assurer la prééminence du droit constitutionnel (1),

---

77 La Cour de justice de l'UEMOA s'est penchée sur la question de la répartition des compétences entre elle et les Etats membres dès 1999 dans l'avis n°002/2000 du 22 mars 1999, *Demande d'avis complémentaire du Président de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation de l'article 84 du Traité de l'UEMOA*, puis à l'occasion de l'avis n°01/2007 du 19 octobre 2007, *Demande d'avis du Président de la Commission de l'UEMOA relative à la possibilité pour les Etats membres de conclure individuellement des accords d'investissement avec les Etats tiers*.

78 Avis n°01/2007 du 19 octobre 2007, *op.cit.*

79 C. MBA-OWONO, « Des vicissitudes de la coordination des ordres juridiques communautaire et national. (A propos du nouveau code pénal gabonais) », in *Droit et investissement, op.cit.*, p. 374.

80 C. MBA-OWONO, « Des vicissitudes de la coordination des ordres juridiques communautaire et national. (A propos du nouveau code pénal gabonais) », in *Droit et investissement, op.cit.*, p. 377.

là où la juridiction communautaire n'a d'autre choix que de juger au regard du droit de l'intégration (2).

### **1. Le juge constitutionnel, gardien de la prééminence de la Constitution**

Qui contesterait que « la Constitution est par nature supérieure à toutes les normes juridiques dont elle détermine elle-même la valeur ? »<sup>81</sup>. Visitant les travaux du Doyen Vedel, Hans Kelsen, maître de l'Ecole de Vienne, ou encore des auteurs contemporains tels Patrick Gaïa<sup>82</sup>, Francisco Djedjro MELEDJE<sup>83</sup>, Dodzi Kokoroko<sup>84</sup>, Adama Kpodar ou Delphine Adouki<sup>85</sup>, la Constitution dont tout procède ne peut que l'emporter sur les autres droits.

C'est qu'en réalité « la suprématie de la Constitution » est de nature à recouvrir de larges aspects : la théorie du pouvoir constituant, le contrôle de constitutionnalité des lois, la garantie des droits. Dès lors, le juge national, qui plus est constitutionnel, ne peut s'évader ou s'échapper de l'obligation de faire prévaloir la Constitution dans son office. Même s'agissant du juge national du fond, érigé en « juge communautaire », aucun hormis l'exemple topique de la Cour de cassation belge, ne s'est « dit prêt, ni près de tenir en négligence ou, a fortiori, d'abandonner sa Constitution »<sup>86</sup>.

---

81 B. STIRN, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> éd. 2004, p. 26.

82 P. GAIA, « Repenser la place de la Constitution », in BONNET (B.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 372.

83 D. F. MELEDJE, « Faire et défaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », African Network of Constitutional Law conference on Fostering Constitutionalism in Africa, Nairobi, Avril 2007, <https://ancl-radc.org.za/sites/>, consulté le 04 juin 2022.

84 D. KOKOROKO, *Les grands thèmes du droit administratif*, PUL, 2018, p. 42.

85 D. EMMANUEL ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel*, 2013/3 (n° 95), p. 611-638.

86 B. BONNET, « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005, n°1, p. 56-68.

L'obligation est donc plus forte pour le juge constitutionnel, qui détient son autorité de la Constitution et est un organe délégué tant du pouvoir exécutif que législatif, donc des deux sources de pouvoir, en charge d'assurer la conformité de toutes les autres normes à la Constitution dans un contexte où le contrôle de constitutionnalité est la mesure de garantie de l'Etat de droit. Autant la subordination de la loi au droit international et communautaire, et par conséquent celle du juge judiciaire ou administratif se conçoit vis-à-vis du droit de l'intégration, autant celle du juge constitutionnel est problématique et difficilement admissible au regard de la souveraineté et de la transmission de l'autorité du peuple.

C'est au juge constitutionnel qu'est confié l'examen de la validité des normes inférieures à la Constitution, le respect total de la Constitution, son approche du droit et de la validité des normes ne saurait conduire, à remettre en cause ce droit, sauf si le peuple souverain y a consenti. La normativité supra législative du droit de l'intégration si elle est consacrée et globalement reconnue, ne permet pas d'établir que le droit originaire ou dérivé dont la place est établie par la Constitution puisse supplanter cette Constitution. C'est ce que refusent clairement les juges français<sup>87</sup>, allemand<sup>88</sup>, italien,<sup>89</sup> danois, béninois<sup>90</sup> et togolais<sup>91</sup>. Ce dernier subordonne même le droit dérivé aux traités<sup>92</sup>. Il y a là une volonté par le juge d'assurer la suprématie normative de la Constitution<sup>93</sup> sur le droit international y compris communautaire.

---

87 Cons. Const. Français, Décision n°2009-595 du 3 décembre 2009.

88 G. GREGOIRE, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021/5-6 (n° 2490-2491), p. 5-96. DOI : 10.3917/cris.2490.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2021-5-page-5.htm>.

89 N. PERLO, « Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux », *RTD Eur.* 2020, *op. cit.* p.195

90 DCC 20-641 du 19 novembre 2020.

91 Cour constitutionnelle du Togo, Décision n° C-003/20 du 13 mai 2020, *Maître Akakpo Assignon Kokouda c. Ordre des avocats du Togo*, §. 8.

92 Cour constitutionnelle du Togo, Décision n° C-003/20 du 13 mai 2020, *op.cit.*

93 S. PIERRE-CAPS, « La mondialisation et la crise de l'Etat national », in SFDI, *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, 2013, pp. 48.

D'aucun avanceront dans ce contexte, la défense souverainiste de la Constitution<sup>94</sup> par le juge. En raisonnant en termes de hiérarchie des normes juridiques, la Constitution ne peut avoir qu'une place supérieure au traité, sinon, on assisterait à une remise en cause du système sur lequel repose et est construit le droit constitutionnel, c'est-à-dire la souveraineté des Etats<sup>95</sup>.

Il est donc raisonné de dire que « Aussi bien, de fait comme surtout de droit, tant qu'un texte constitutionnel exprès ne l'y a pas autorisée, une Cour nationale ne peut se savoir (ni se sentir) habilitée à faire prévaloir un traité sur la Constitution ». Mais au fond, un juge ne peut énoncer que le droit qu'il est chargé d'appliquer, parce qu'il est constitutionnellement institué, il ne peut pas se placer au-dessus ou hors la norme qui l'a fait naître et lui a conféré son statut. Il est le gardien du respect et de la conformité de la Constitution, il ne lui appartient pas de faire prévaloir dans son office une norme contraire à sa Constitution.

Le raisonnement est similaire pour la juridiction communautaire.

## **2. Le juge communautaire, gardien de la construction communautaire**

C'est presque une question de survie pour les cours communautaires. La logique de cohérence envisagée par elle dans la construction d'une communauté juridique, rend nécessaire l'affirmation de la primauté de l'ordre juridique communautaire sur celui national. La situation avait déjà été avancée par les juridictions internationales classiques, d'abord par la CPJI<sup>96</sup>, ensuite par la Cour internationale

---

94 S. PIERRE-CAPS, « La mondialisation et la crise de l'Etat national », in SFDI, *L'Etat dans la mondialisation*, Colloque de Nancy, 2013, pp. 46-49.

95 B. MATTHIEU et M. VERPEAUX, « A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 octobre 1998, Sarran et autres : le point de vue du constitutionnaliste », *RFDA*, 1999, p. 15.

96 La Cour permanente de justice internationale, avis du 4 février 1932 dans l'affaire du traitement des nationaux polonais à Dantzig : « un État ne saurait invoquer vis-à-vis d'un autre État sa propre Constitution pour se soustraire aux obligations que lui imposent le droit international ou les traités en vigueur » (série A / B, n° 44, p. 24).

de justice. C'est le reflet de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités qui stipule « Une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité. »<sup>97</sup>. La reprise exemplifiée et singularisée dans les juridictions d'intégration<sup>98</sup>, n'est donc que pure logique.

Les juridictions d'intégration ont construit leur autorité et notoriété sur la base de la primauté, « condition existentielle » d'accomplissement de leur mission d'intégration. On peut en effet avancer que les Etats membres des organisations d'intégration ont accepté sur le plan international de s'engager en signant des traités dans lesquels ils ont accepté, en toute souveraineté, de limiter leurs compétences souveraines. Ils l'auront fait en agissant au nom du peuple souverain, par conséquent, ils devraient en toute logique et au nom du *pacta sunt servanda*, ne pouvoir avoir à s'en défaire au nom du droit interne y compris constitutionnel.

C'est le raisonnement du juge de l'UEMOA qui rappelle la primauté fondamentale du droit de l'Union, primauté de l'ordre juridique dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux y compris sur les normes constitutionnelles<sup>99</sup>. Il reste qu'en usant de l'argument d'autorité dans une conception pyramidale des rapports, la Cour d'intégration risque de se heurter à une opposition de plus en plus forte des Etats, voire à une désaffection des Etats pour la construction communautaire, sans compter que les décisions du juge

---

97 Encore qu'il convienne de noter que l'article 27 est sans préjudice de l'article 46 de la même convention qui précise « à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

98 CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft* : « L'invocation d'atteintes portées soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la communauté ou son effet sur le territoire de l'État. »

99 Cour de justice de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), Arrêt N° 005/2020 du 08 juillet 2020.



supranational ne peuvent être effectives<sup>100</sup> en droit interne sans un minimum de coopération des institutions nationales.

La conception pyramidale n'apporte donc pas une réponse satisfaisante pour un dialogue pacifié entre les juridictions. La globalisation et l'interaction entre les différentes normes appellent une autre façon d'envisager ces rapports. Comme le soulignait fort à propos Jean Marc Sauvé, « *Les ordres juridiques ne sauraient simplement co-exister; ils doivent se combiner; tantôt s'harmoniser et se confondre, tantôt se compléter et se différencier; tantôt être re-hiérarchisés* »<sup>101</sup>. Pour ce faire, à la logique hiérarchique induite par la pyramide de Kelsen, il convient de laisser place à une logique conciliatrice.

## II. La logique conciliatrice des rapports de systèmes

Le primat constitutionnel semble être le dernier signe de souveraineté, qui doit céder pour permettre d'envisager de façon cohérente un ordre juridique homogène. A l'examen, le droit de l'intégration n'existe pas hors Constitution. C'est la base indispensable d'entente entre juges qu'ils soient constitutionnels ou communautaires. Leur montée en puissance ne doit pas faire oublier qu'ils tirent initialement leur existence, leur pouvoir et leur autorité de la Constitution. C'est pour cela que le fondement de la coexistence du droit de l'intégration et de l'acceptation de sa primauté ne saurait se départir des règles constitutionnelles de dévolution du pouvoir (A). Par suite, ayant accepté plusieurs projets d'intégration, la responsabilité minimale qui est attendue d'un Etat conséquent est que, détenteur du pouvoir souverain, il organise la coexistence pacifiée des ordres juridiques ainsi mis en place (B).

---

100 Sur l'effectivité des décisions des juridictions constitutionnelles, voir, J. DJOGBENOU, « L'effectivité des décisions des juridictions constitutionnelles », in *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 491-512.

101 J.-M. SAUVE, « L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? », Discours d'ouverture du Vice-Président du Conseil d'Etat, *op.cit.*

## A. Les règles de dévolution du pouvoir

Les ressorts classiques de l'interprétation au regard des dispositions conventionnelles peinent à convaincre, au regard des Constitutions de nos Etats membres, de la supériorité du droit de l'intégration sur la Constitution, en tant que socle des aspirations du peuple et loi fondamentale établissant les règles de dévolution du pouvoir. Le droit de l'intégration est certes spécifique, en raison de l'immédiateté et de l'effet direct induits suite à l'adhésion et aux affirmations jurisprudentielles, mais un droit international qui ne peut trouver sa place, ou ne peut s'intégrer dans l'ordre interne qu'à la condition de respecter le droit constitutionnel. Ses effets procèdent du droit constitutionnel (1). L'appartenance à l'organisation d'intégration ne peut perdurer hors la volonté de l'Etat. C'est aussi un droit maintenu à raison des souverainetés (2).

### 1. Le droit de l'intégration, droit dont les effets procèdent de la Constitution

Sans remettre en cause en droit international, la nécessité du respect par chaque Etat de ses obligations et bien qu'on ait très vite posé le principe du caractère spécifique du droit communautaire par rapport au droit international dans le contexte ouest africain en prônant la primauté, l'applicabilité et l'effet direct, quelques repères et quelques interrogations sont nécessaires.

D'abord, en acceptant dans les traités des dispositions telles « *Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent traité et conformément aux règles de procédures instituées par celui-ci, sont appliquées dans chaque État membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure* », ou « *Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.* », le délégataire du pouvoir constituant qui a négocié ces traités puis l'a ratifié avait-il entendu

inclure la norme constitutionnelle dans la « disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure » ou la Constitution dans la « législation nationale » contraire ?

En prenant l'exemple de la Constitution du 11 décembre 1990 tel que modifiée par la loi 2019-40 du 07 novembre 2019, l'article 149 qui donne la faculté de conclure avec d'autres Etats des accords d'intégration autorise-t-il une co-jouissance de souveraineté<sup>102</sup> au profit d'une organisation internationale alors que, l'organisation internationale est créée par un traité qui au regard de l'article 147 de la même Constitution est supérieure aux lois ? Autrement dit, est-ce que le Constituant en posant la supériorité des traités aux lois, incluait les lois constitutionnelles, organisant du coup une supra constitutionnalité du droit international sur le droit interne de sorte qu'une modification constitutionnelle contraire au traité, mais reflétant la volonté souveraine de l'Etat ne puisse prévaloir ?

Il nous semble que la logique de l'article 147 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 a toujours été comme celle de l'article 55 de la Constitution française celle d'une supériorité supra législative dans un monisme infra constitutionnel. La primauté du droit secrété par l'organisation en dehors des procédures d'adoption de la loi est déjà en soi une dérogation à la loi, expression de la souveraineté nationale<sup>103</sup>.

Quel que soit le perfectionnement et la finesse de l'analyse constitutionnelle classique, l'introduction d'un traité ou de toute autre norme dans le droit interne béninois n'est possible qu'au regard de la conformité de cette norme d'origine extérieure à la Constitution. C'est la conséquence de la hiérarchie des normes ; qui exige la conformité de la règle inférieure à la règle supérieure. La conformité qui est recherchée par le juge constitutionnel pour permettre l'opposabilité

---

102 Ou une constitution multiniveaux ?

103 J. D. LEKEBE OMOUALI « « L'avènement d'un ordre juridique communautaire et l'équation de la « partition » des Etats parties : l'exemple de l'OHADA », *Palabres Actuelles* n°6, *op.cit.*, p. 277.

d'une règle d'origine externe en droit interne passe par l'assurance que cette règle d'origine externe a respecté les conditions fixées par la Constitution, source de souveraineté.

La Cour constitutionnelle du Bénin l'a rappelé en 2020<sup>104</sup>, l'entrée en vigueur d'un engagement international ne produit des effets à l'égard d'un Etat partie que si ce dernier a ratifié et publié le texte<sup>105</sup> pour permettre son insertion dans notre ordonnancement juridique. C'est ainsi qu'elle écarte, en se fondant sur la Constitution, source de la souveraineté, l'opposabilité au Bénin du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005<sup>106</sup>. Selon la Cour, un amendement qui étend le champ d'abdication de la souveraineté de l'Etat ne peut être ratifié que sur autorisation de l'Assemblée nationale, promulguée et publiée. Ce qui n'était pas le cas. Cette position du juge constitutionnel reste compatible avec l'article 46 de la convention de Vienne sur le droit des traités, la violation de la constitution pouvant être assimilée à la violation d'« une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

Désormais, le juge constitutionnel limite la juridiction de la Cour de justice de la CEDEAO<sup>107</sup> uniquement à la saisine soit d'un Etat membre, soit d'un organe de l'organisation, notamment la Conférence.

En l'espèce donc, pour trouver place dans l'ordre juridique interne, les traités doivent être ratifiés, régulièrement publiés et soumises à la réciprocité. S'ils sont en forme simplifiée ou concerne les conventions de financement, ces traités sont ratifiés par le Président de la République<sup>108</sup>. S'ils concernent les accords d'intégration

---

104 DCC n°20-434 du 30 avril 2020.

105 DCC 02-050 du 30 mai 2002, et DCC 03-009 du 13 février 2003.

106 Même si on aurait pu envisager l'hypothèse du *forum prorogatum*.

107 B. M. METOU, « La Cour de justice de la CEDEAO et l'édification progressive d'un « état de droit régional » en Afrique de l'Ouest, in *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 701-724.

108 Article 144 et 145 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 telle que modifiée en 2019.

régionale ou sous régionale, la ratification législative est nécessaire<sup>109</sup>. Mais une telle ratification législative n'est pas synonyme de blanc-seing, le juge constitutionnel pouvant procéder au contrôle de constitutionnalité en application de la Constitution. On voit bien que dans le schéma la règle supérieure est la Constitution qui pose en son article 147, la valeur supra législative des traités ainsi ratifiés.

Sauf à admettre que le Traité UEMOA et le traité révisé de la CEDEAO induisent au nom de la primauté du droit de l'intégration sur le droit national, qu'une loi constitutionnelle régulièrement adoptée par le pouvoir constituant mais en contrariété avec le droit communautaire ne puisse avoir aucun effet juridique dans l'ordre interne au nom de la primauté. On en viendrait à une situation où la qualité de partie au droit communautaire rende impossible une modification constitutionnelle consacrant par exemple le retrait de certains organes de l'organisation. A suivre les tenants de la supériorité du droit de la CEDEAO<sup>110</sup>, de l'UEMOA ou de l'OHADA sur les Constitutions, la décision de la Cour constitutionnelle du Bénin, rappelant les règles d'opposabilité du Protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 devrait être neutralisée par la supériorité du droit communautaire, obligeant, l'Etat béninois partie à la CEDEAO à continuer à être soumis au Protocole A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 parce que l'organisation CEDEAO aurait en tant que sujet de droit communautaire décidé par Protocole d'inclure des modifications permettant l'accès des individus au prétoire de la Cour. Le Protocole ayant été adopté par l'organisation d'intégration, les termes de l'adoption sont opposables à tout Etat. Que l'Etat béninois ait procédé ou pas à la ratification, le Protocole s'imposerait *de jure* à lui. Ceci poserait quelques questions sur la source du pouvoir et le respect de la souveraineté nationale.

---

109 Article 149 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 telle que modifiée en 2019.

110 Notamment l'observation au, Colloque international sur les 30 ans de justice constitutionnelle, du Président de la Cour de justice de la CEDEAO pour qui la qualité d'Etat membre de la CEDEAO et la signature du Protocole adopté au sein de la CEDEAO rendent juridiquement incompréhensible une affirmation d'inopposabilité du Protocole au Bénin.

Le contrôle de constitutionnalité des traités créant les organisations d'intégration à la Constitution, semble attester non pas d'une soumission de la Constitution au droit primaire, puis dérivé de l'organisation mais plutôt d'une nécessaire compatibilité des dispositions de ces traités avec la Constitution. Mieux, c'est l'absence de clause contraire à la Constitution qui autorise la ratification par le Parlement des traités créant ce type d'organisation internationale<sup>111</sup>.

C'est en effet à partir de la Constitution que découlent toutes les autres normes, c'est elle qui permet l'intégration d'autres normes dans le cadre du processus intégratif ou communautaire. La Constitution est le fondement du droit de l'intégration en ce que c'est elle, la Constitution, qui rend possible l'existence même de ce droit dans l'ordre interne.

Enfin, l'approche comparée des pratiques constitutionnelles sur la prééminence des normes européennes sur les normes internes montre qu'une telle prééminence est fondée sur la Constitution, et que prévoyant des réserves de constitutionnalité, ces normes ne peuvent s'appliquer en droit interne en cas d'incompatibilités avec les dispositions constitutionnelles jugées fondamentales.

Au surplus, pour que les décisions du juge de l'intégration puissent produire ses effets sur le territoire national, la volonté nationale reste primordiale<sup>112</sup>. Si elles viennent en contradiction avec une décision nationale, le juge de l'intégration s'interdit généralement de se placer en réformateur des décisions des juridictions nationales. La Cour de justice de la CEDEAO a eu l'occasion de l'affirmer à plusieurs reprises. Elle « n'est pas une juridiction de réformation des décisions

---

111 Cour constitutionnelle du Bénin, *DCC 19-94 du 30 juin 1994*, Conseil constitutionnel du Sénégal, 16 décembre 1993.

112 S. TOUZE, « La remise en cause de l'autorité des cours supranationales », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGUORGUE-LARSEN, S. TOUZE, *La protection des droits de l'Homme par les cours supranationales*, Fondation René Cassin, Pédone, 2016, p. 203.

des juridictions nationales »<sup>113</sup>. Sa jurisprudence est constante à ce propos<sup>114</sup>. Elle n'a pas à se prononcer sur les décisions des juridictions nationales, mais seulement procéder à l'interprétation du droit positif de la communauté<sup>115</sup>. Le juge européen adopte la même démarche. Les décisions des juridictions nationales passées en force de chose jugée en raison de la sécurité juridique s'appliquent<sup>116</sup> nonobstant un arrêt préjudiciel contraire<sup>117</sup>, par respect pour les règles procédurales internes<sup>118</sup>. Ainsi, le non-respect d'un arrêt rendu par suite d'un renvoi « préjudiciel » n'entraîne « que » la responsabilité de l'Etat.

- 
- 113 Hissein Habré c. Etat du Sénégal, 14 mai 2010 et Hissein Habré c. Etat du Sénégal, 22 février 2013. B. M. METOU, « La Cour de justice de la CEDEAO et l'édification progressive d'un « état de droit régional » en Afrique de l'Ouest, in *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 716.
- 114 CJCEDEAO, Moussa Lo Keita c. République du Mali 22 novembre 2007 ; CJCEDEAO Isabelle Manavi Ameganvi c. Etat Togolais, arrêt du 13 mars 2012 ; Affaire n°ECW/CCJ/APP/22/13, Arrêt du 16 février 2016;
- 115 CJCEDEAO, Moussa Lo Keita c. République du Mali 22 novembre 2007. Le professeur Sall Alioune estime qu'il s'agit d'une indifférence du juge communautaire au droit national qui conduit le juge de l'intégration à affirmer sur le plan procédural que la Cour de justice de la CEDEAO n'est pas une instance d'appel ou de cassation. Voir, SALL A., « Le droit national dans la jurisprudence de la Cour de justice de la CEDEAO », in *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, p. 270.
- 116 En cas de conflit entre une décision juridictionnelle nationale passée en force de chose jugée et l'un de ses arrêts préjudiciels, « le droit de l'Union n'impose pas au juge national d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision juridictionnelle, même si cela permettait de remédier à une situation nationale incompatible avec ce droit ». Autrement dit une décision nationale contraire à une décision du juge communautaire n'est possible que si les règles de procédures internes le permettent. C'est une position constante du juge européen à tout le moins depuis l'arrêt *Kapferer*, et qu'il a encore confirmé récemment dans les arrêts *Călin* et dans l'arrêt *Hochtief Solutions*. Dans ce dernier arrêt le requérant sollicitait une révision d'une décision juridictionnelle qui ne s'était pas conformée à un arrêt préjudiciel antérieur. La Cour en se fondant sur l'autonomie procédurale nationale affirme « qu'« [i]l appartient [...] à la juridiction de renvoi de vérifier si les règles procédurales hongroises comportent la possibilité de revenir sur un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée, en vue de rendre la situation issue de ce jugement compatible avec une décision juridictionnelle définitive antérieure ». CJUE 29 juill. 2019, aff. C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, Voir aussi CJCE 16 mars 2006, aff. C-234/04, *Kapferer*.
- 117 CJUE 29 juill. 2019, aff. C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe* ; CJUE 11 sept. 2019, aff. C-676/17, *Călin*.
- 118 COUTRON L., « Autorité de chose jugée d'une décision juridictionnelle nationale et autorité d'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice : une symétrie gênante (CJUE 29 juill. 2019, aff. C-620/17, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe* ; CJUE 11 sept. 2019, aff. C-676/17, *Călin*) », *Chronique Contentieux de l'UE, RTD Eur.* 2020 p. 291.

La Cour de justice de la CEDEAO rappelle d'ailleurs la spécificité de l'ordre communautaire sans nécessairement en tirer un primat du droit communautaire.

## **2. Le droit de l'intégration, droit maintenu à raison des souverainetés**

En suivant Hans Kelsen, le fondement de la validité du droit international en droit interne doit être trouvé dans l'ordre juridique étatique. L'unanimité quasi générale des Etats et de la jurisprudence des juges constitutionnels se fait sur l'idée que la portée normative du droit international en droit interne est conférée par la norme constitutionnelle. La position est constante et relève aussi de l'approche moniste du droit. La Constitution reste la source des sources<sup>119</sup>, mais la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas aux dispositions de valeur constitutionnelle. Rengaine ou ritournelle que l'on retrouve aussi chez le juge allemand<sup>120</sup>. La subordination n'est dès lors pas possible dans l'ordre juridique interne. L'affirmation de la primauté dans les textes conventionnels ne peut s'extraire de la nature du traité adopté et de sa place dans l'ordonnement juridique tel que prévu par la Constitution. Autrement dit, « *la primauté ne peut se passer de son fondement constitutionnel* »<sup>121</sup>. La conformité de la Constitution à un texte de nature internationale serait problématique au regard même de la source du pouvoir, de la souveraineté. Le juge constitutionnel reste le censeur des traités internationaux et n'autorise leur entrée dans l'ordre juridique interne que par suite de révision constitutionnelle, pour s'assurer à juste titre de la conformité de ces dispositions à la volonté nationale.

---

119 H. DUMONT, « La constitution, la source des sources, tantôt renforcée et tantôt débordée », in I. HACHEZ, Yves CARTUYVELS, H. DUMONT et al. dir., *Théorie des sources du droit, Les sources du droit revisitées - vol. 4*, p. 101-189.

120 C. Const. Allemagne, arrêt Lisbonne, 30 juin 2009, §. 240, *RTD eur.*, 45 (4), oct.-déc 2009, p. 799.

121 P. GAIA, « Repenser la place de la constitution », in B. BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 374



Autrement dit, le texte communautaire n'a de portée en droit interne que si le juge constitutionnel le lui reconnaît, ou si le peuple intègre la dynamique intégrationniste dans sa loi fondamentale. C'est le pouvoir constituant qui est maître de l'acceptation ou du refus des modifications<sup>122</sup>, puisqu'il n'y a de véritablement souverain dans l'Etat que le pouvoir constituant<sup>123</sup>. Or le pouvoir est d'abord politique et l'émanation de la Nation<sup>124</sup>. Ainsi que l'énonce Michel Troper, « *un pouvoir n'est digne de ce nom que s'il est politique, c'est-à-dire que s'il dispose d'une « volonté autonome » qui lui permet d'agir « sans obligation »* »<sup>125</sup>. Là où le pouvoir judiciaire, subordonné à la loi, est un instrument dont toutes les actions, toutes les décisions sont d'avance écrites dans la loi, le juge constitutionnel, détient son autorité de la Constitution et est un organe délégué tant du pouvoir exécutif que législatif, donc des deux sources de pouvoir. Il semble donc qu'autant la subordination de la loi au droit international et communautaire et par conséquent celle du juge judiciaire ou administratif se conçoit vis-à-vis du droit de l'intégration, autant celle du juge constitutionnel est problématique et difficilement admissible au regard de la souveraineté et de la transmission de l'autorité du peuple.

---

122 Ainsi, face aux contrariétés à la Constitution soulevées par le Conseil d'Etat et le Conseil constitutionnel français, certaines conventions, par exemple la Convention sur les langues minoritaires du Conseil de l'Europe, n'ont pas été ratifiées. B. STIRN, « Droit de l'Union – droit national : enjeux d'influences », Faculté de droit de Lille. 14 septembre 2018, Rencontres interrégionales de droit public. Journée Jacques Lepers, septembre 2018, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

123 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, rééd. présentée par Guy Carcassonne et Oliver Duhamel, Dalloz 2005, p. 114.

124 G. GLENARD, « La notion de pouvoir dans l'œuvre de l'Assemblée constituante de 1789 », *RDP* 2022-3, mai 2022, p. 785.

125 M. TROPER M., « Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire ? », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, 1994, PUF, Léviathan, p. 98.

La conférence de Brighton<sup>126</sup>, le Brexit<sup>127</sup> et plus généralement les procédures de retrait des organisations pourtant d'intégration sont autant d'exemples pour rappeler que la souveraineté et sa source étatique restent encore vivaces. Comme le souligne la Cour de justice de l'Union européenne, « *La décision de retrait relève de la seule volonté de cet État membre, dans le respect de ses règles constitutionnelles, et dépend donc de son seul choix souverain* »<sup>128</sup>.

Dans l'espace ouest africain, les articles 107 du traité UEMOA révisé, 91 du traité CEDEAO révisé et dans le contexte de l'Afrique centrale les articles 91 du traité CEEAC et 58 du traité CEMAC révisé, rappellent s'il était besoin cette autonomie constitutionnelle et cette liberté de se retirer volontairement du traité d'intégration.

La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, n'est pas de reste dans l'affirmation du droit au retrait d'un Etat. Elle affirme dans l'arrêt *Ingabire Victoire UMUHOZA c. République du Rwanda*<sup>129</sup> par analogie au droit des traités<sup>130</sup> qu'en l'absence de disposition précisant le droit et les conditions de retrait d'une déclaration d'acceptation de la juridiction de la cour, donc d'un acte unilatéral, « *...la souveraineté des Etats prescrit que les Etats sont libres de s'engager et qu'ils conservent le pouvoir discrétionnaire de retirer leurs engagements* »<sup>131</sup>.

---

126 David SZYMCZACK, « Honni soit qui... manigance. A propos de la conférence de Brighton sur l'avenir de la cour européenne des droits de l'homme », JADE, 2012, <https://revue-jade.eu/article/view/208/0>.

127 H. GAUDIN, « Retour vers le futur ? Les conditions et principes européens du retrait d'un État membre », *Revue de l'Union européenne* 2020, p. 410. ; A. ANTOINE, « Le Brexit, révélateur de l'alchimie entre Constitution politique et Constitution juridique au Royaume-Uni », Titre VII [en ligne], n° 2, De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-brexit-revelateur-de-l-alchimie-entre-constitution-politique-et-constitution-juridique-au-royaume>.

128 CJUE, ass. plén., 10 déc. 2018, aff. C-621/18, A. Wightman e.a., pts 70 à 72, AJDA 2019. 443, chron. P. Bonneville, H. Cassagnabère, C. Gänser et S. Markarian.

129 Ingabire Victoire UMUHOZA c. République du Rwanda, *Décision sur le retrait de la déclaration prévue à l'article 34 §.6 du Protocole*, 3 juin 2016, Recueil de jurisprudence de la Cour africaine vol. 1., (2006-2016), RJCA 585.

130 Ingabire Victoire UMUHOZA c. République du Rwanda, *Décision sur le retrait de la déclaration prévue à l'article 34 §.6 du Protocole*, 3 juin 2016, *op. cit.*, §. 54 *in fine*.

131 Ingabire Victoire UMUHOZA c. République du Rwanda, *Décision sur le retrait de la déclaration prévue à l'article 34 §.6 du Protocole*, 3 juin 2016, *op. cit.*, §. 58.

Il reste assez curieux que les juridictions supranationales d'intégration, créés par les Etats sur la base de leur Constitution, soient sourdes vis-à-vis des récriminations des Etats, dans un contexte où le droit de l'intégration n'existe pas sans la coopération des Etats membres. Le juge constitutionnel garant de la Constitution ne peut faire autre chose que d'interpréter les traités auxquels les Etats sont parties selon la volonté des peuples qui les ont ratifiés et qui en restent les maîtres. Les juges constitutionnels quasi unanimement martèlent donc la supériorité de la Constitution, et au mieux la constitutionnalisation d'un processus d'intégration dont l'horizon ne saurait supplanter la Constitution tant il est impossible de penser le droit de l'intégration en dehors des volontés étatiques, et en dehors du projet commun envisagé dans la construction d'un espace partagé, voire un espace de souveraineté partagée.

Dès lors, en reconnaissant la place des règles d'intégration, comme faisant partie de l'ordre juridique interne, en adhérant au concept de la primauté d'un droit commun intégré, il y a lieu après s'être entendu sur le projet ou les projets « unionaux » d'organiser la coexistence des hiérarchies pour concilier la suprématie constitutionnelle à la primauté du droit de l'intégration.

### **B. La nécessaire coexistence des hiérarchies**

Faire coexister les hiérarchies dans une pluralité de sphères de superposition peut s'avérer kafkaïen. Chaque organisation d'intégration a vocation à développer une territorialité, une citoyenneté, et une puissance publique de superposition. Il convient dès lors, si le projet est connu, ancré et partagé, d'ordonner la pluralité<sup>132</sup> d'ordres (1) puis de compter sur le pouvoir d'interprétation du juge pour prendre en considération les différents ordres imbriqués (2).

---

132 M. DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006, *op. cit.*

## 1. Ordonner la pluralité par une hiérarchie constitutionnalisée

L'espace africain francophone pullule d'organisations dites d'intégration ou à tout le moins qui prônent ou autoproclament qu'elles ont un ordre juridique propre intégré à l'ordre juridique national et qui prime sur cet ordre national. Tel est le cas de l'UEMOA, de la CEDEAO, de l'OHADA et de l'Union africaine. Tous les actes constitutifs de ces organisations et leurs actes dérivés prônent leur primauté sur le droit interne de chacun des Etats, sans que l'on puisse juridiquement, en droit interne, établir une hiérarchie entre ces différents ordres juridiques partiels. En effet, aucun des traités constitutifs des organisations citées n'a prévu une disposition équivalente à l'article 103 de la Charte des Nations unies<sup>133</sup> qui aurait permis, en cas de conflit de normes de faire prévaloir *de jure* les normes d'une organisation d'intégration sur une autre ou les décisions d'une juridiction d'intégration sur une autre<sup>134</sup>.

Ensuite, le recours à l'article 30 de la convention de Vienne sur le droit des traités est aussi largement inopérant pour assurer la primauté d'une des organisations sur la base de l'argument de la compatibilité<sup>135</sup>. Or, il faut bien trouver une solution aux conflits qui pourraient naître de l'application concurrente des actes uniformes de l'OHADA, des directives ou règlements de l'UEMOA ou de la CEDEAO et des Actes de la Conférence des chefs d'Etats et de gouvernement et du Conseil exécutif de l'Union africaine. Ceci appelle nécessairement la rationalisation des organisations d'intégration pour éviter une dysharmonie voire une cacophonie entre les juges constitutionnels et ceux des différentes cours suprêmes mises en place dans les différentes organisations d'intégration.

---

133 « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront ». Voir à ce propos, KOLB (R.), *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, 2014, 350 p.

134 CJCEDEAO, Hissein Habré c. Etat du Sénégal, 5 février 2013, §§ 46-48.

135 Sauf pour le Traité COMESA et par ricochet l'IGAD qui fonctionne en conformité avec le Traité COMESA.

Il est dès lors proposé une constitutionnalisation de l'intégration. En s'entendant sur le projet d'intégration, le dialogue pacifié nécessite une logique conciliatrice, entre suprématie de la Constitution et primauté du droit de l'intégration dans un contexte de pluralité d'ordres partiels. La logique de réseau a déjà été proposée entre les organisations d'intégration et permet de faire cohabiter des normes d'égales valeurs<sup>136</sup>. Dans le cadre des rapports entre le droit de l'intégration et le droit constitutionnel, il s'agit d'aménager les conditions d'application de la primauté de la norme internationale d'effet direct et la priorité d'application entre normes de différentes organisations d'intégration de sorte à ne pas remettre en cause la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique étatique. C'est donc de la recherche de conciliation de plusieurs exigences a priori antinomiques<sup>137</sup> dont il s'agit.

Concrètement, il s'agit de faire entrer le droit de l'intégration dans le bloc de constitutionnalité, non pas dans une formulation aussi vague que l'acceptation de participations aux organisations d'intégrations mais en précisant laquelle et si elles sont nombreuses lesquelles et selon quel ordre de priorité en cas de conflit. Un tel exercice obligerait à aller constitutionnellement vers la rationalisation de l'appartenance de nos Etats aux organisations d'intégration et à une catégorisation utile pour le règlement des conflits de normes. La constitutionnalisation de l'organisation d'intégration, ne règle pas *a priori* la hiérarchie entre la Constitution et les normes de l'organisation d'intégration, mais elle permet d'intégrer formellement le processus dans la Constitution, de « l'interniser » dans les normes de références comme on l'a fait pour les droits de l'Homme et par suite d'évaluer en cas de conflits entre les

---

136 D. GNAMOU, « Rapports de systèmes et intégration africaine », *Revue burkinabè de droit*, n° 53, 2<sup>ème</sup> semestre 2017, pp. 124-127.

137 B. BONNET. « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable », *Titre VII [en ligne]*, n° 2, *De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne*, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/les-rapports-entre-droit-constitutionnel-et-droit-de-l-union-europeenne-de-l-art-de-l-accommodement>.

normes externes constitutionnalisées et les normes constitutionnelles d'origine, au cas par cas, celle qui pourrait avoir la priorité ou la préséance. La constitutionnalisation peut passer par une loi spécifique d'adhésion<sup>138</sup> ou par une modification constitutionnelle<sup>139</sup>.

La constitutionnalisation requiert donc une hiérarchisation ou une constitutionnalisation tant du processus d'intégration que des règles applicables en cas de conflits entre organisations d'intégrations (CEDEAO, UEMOA, Conseil de l'entente, Union africaine, OHADA...). Elle doit être complétée par une interprétation convergente des juges, par la prise en considération.

## 2. Interpréter par la prise en considération

La prise en considération d'une règle est une donnée connue du droit international privé, accoutumé à la résolution des conflits de normes<sup>140</sup>. C'est une technique du juge qui en cas de conflits de lois conduit à « *intégrer une norme étrangère dans le présupposé de la règle substantielle applicable qui en détermine seule les effets* »<sup>141</sup>. Interpréter par la prise en considération, revient à statuer à la lumière des normes dans un contexte de constitutionnalisation du processus d'intégration et d'internalisation du droit de l'intégration. La prise en considération devrait faciliter une mise en cohérence de plusieurs ordres juridiques. Avec l'interpénétration des règles qui s'imposent à l'Etat, la prise en considération devrait jouer tant pour le juge constitutionnel que pour le juge supranational.

---

138 Autriche.

139 Article 88-1 de la Constitution en France.

140 Pascale Deumier considère que le droit international privé est de loin la discipline la plus avancée en matière de résolution des conflits de normes. Voir P. DEUMIER, « Repenser les outils des conflits de normes entre systèmes », in B. BONNET dir., *Traité des rapports entre ordres juridiques*, op. cit., p. 498.

141 E. FOHRER-DEDEUWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, Paris, LGDJ, 2008, p. 4

Le juge communautaire dans le respect du processus d'intégration et dans le respect des créateurs de son ordre aménagerait et respecterait au nom du principe de subsidiarité, une marge de manœuvre étatique à même de faciliter l'affirmation de la primauté du droit communautaire. Ceci pourrait conduire à soustraire les questions de nature politique, donc au cœur de la dévolution du pouvoir, des compétences du juge communautaire, sans créer pour autant une citadelle imprenable d'arbitraire<sup>142</sup>. Une partie de la doctrine suggère ainsi une autolimitation du juge<sup>143</sup> à sa propre compétence et dans le contexte ouest africain un caractère moins invasif dans les affaires qui relèvent du droit constitutionnel avec une distinction entre, d'une part, les droits et libertés politiques et, d'autre part, les droits fondamentaux<sup>144</sup>. La reconnaissance du principe de subsidiarité faciliterait aussi la reconnaissance des principes inhérents à l'identité nationale de chaque Etat.

En effet, la réserve de constitutionnalité ou principes inhérents à l'identité nationale conduit bien souvent le juge à reconnaître la primauté du droit d'intégration mais à le conditionner à la compatibilité avec le droit constitutionnel. L'appartenance à la communauté n'est pas synonyme de perte d'identité. Si certains ont prôné la double identité nationale et constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne<sup>145</sup> au point de conclure à une recomposition des identités nationales au sein de l'Union européenne, l'intégration au sein de l'espace africain francophone peut difficilement conduire à une même conclusion.

---

142 P. DUCOULOMBIER, « Les questions politiques devant les Cours supranationales », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGUORGUE-LARSEN, S. TOUZE, *La protection des droits de l'Homme par les cours supranationales*, Fondation René Cassin, Pédone, 2016, p. 135- 159,

143 I. PANOUSSIS, « L'évolution de la « juridiction (iuris dictio) », des cours supranationales, in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, L. BURGUORGUE-LARSEN, S. TOUZE, *La protection des droits de l'Homme par les cours supranationales, op. cit.*, p. 53.

144 [Retrait de la déclaration du protocole additionnel de la Cadhp : La contribution scientifique des professeurs Adama Kpodar et Dodzi Kokoroko au débat - Bénin Intelligent \(beninintelligent.com\)](#)

145 F. FINES, « La double identité, nationale et constitutionnelle des Etats membres de l'Union », *Revue générale du droit, Chronique de droit de l'Union*, 2021.

Le juge constitutionnel de l'espace ouest africain reste très attaché à la souveraineté et à la source du pouvoir constituant. Mais l'affirmation de la primauté conditionnée par la reconnaissance d'une primauté constitutionnelle<sup>146</sup> n'est pas seulement l'apanage du juge béninois ou togolais.

Suivant le pas du juge constitutionnel allemand<sup>147</sup>, le conseil constitutionnel français a posé les balises de la suprématie constitutionnelle tout en affirmant l'intégration du droit de l'Union au droit interne en 2004<sup>148</sup> et en 2006<sup>149</sup>. En passant de la réserve de constitutionnalité, aux principes inhérents à l'identité constitutionnelle, il a précisé dans sa décision du 15 octobre 2021 que « *constitue un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France l'interdiction de déléguer à des personnes privées les pouvoirs de polices administratives générales inhérentes à l'exercice de la force publique* »<sup>150</sup>. Ainsi, « *Même lorsque le Constituant a expressément consenti à une limitation de souveraineté, cette limitation ne peut outrepasser certaines limites au-delà desquelles serait affectée l'identité constitutionnelle du pays* »<sup>151</sup>.

---

146 N. PERLO, « Dualisme adieu ? La nouvelle configuration des rapports entre les ordres italien et de l'Union en matière de droits fondamentaux », *RTD Eur.* 2020, p. 195.

147 G. GREGOIRE, « L'économie de Karlsruhe. L'intégration européenne à l'épreuve du juge constitutionnel allemand », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2021/5-6 (n° 2490-2491), p. 5-96. DOI : 10.3917/cris.2490.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-courrier-hebdomadaire-du-crisp-2021-5-page-5.htm>.

148 Décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi sur l'économie numérique

149 Décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, Loi relative aux droits d'auteurs et droits voisins, V. F. CHALTIEL, « Droit constitutionnel et droit communautaire. Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteurs », *Revue française de droit constitutionnel*, 2006/4 (n° 68), p. 837-847.

150 Cons. Const, 15 octobre 2021 ; Décision 2021-940 QPC, Sté Air France.

151 J.-E., SCHOETTL, *La Démocratie au péril des prétories. De l'État de droit au gouvernement des juges*, Gallimard, Le débat, 2022, 256 p.



L'affirmation de l'identité constitutionnelle<sup>152</sup> face au droit communautaire reste donc une réalité<sup>153</sup> que le juge constitutionnel n'a de cesse de rappeler. Dans le même temps, les représentants du peuple ne peuvent pas avoir décidé de participer à un processus d'intégration en ignorant la nécessité de créer une « communauté de droit ». Le juge constitutionnel devra aussi jouer sa partition dans la construction de cette « communauté de droit » par le biais de l'interprétation conforme en ménageant une place à la théorie de l'acte clair ou à celle de l'équivalence des droits.

Sur l'interprétation conforme, le projet d'intégration partagé et accepté par le détenteur de la souveraineté, il appartient au juge y compris constitutionnel d'interpréter les règles conformément aux engagements internationaux souscrits et a pour fonction d'harmoniser les normes juridiques internes et internationales. L'interprétation conforme combine en cas de doute le recours au dialogue des juridictions par le biais du renvoi préjudiciel ou de l'avis consultatif. Il faut rappeler que le renvoi préjudiciel a toujours été envisagé comme une faculté offerte au juge qui, reposant sur une marge de manœuvre, décide ou non de l'intérêt du renvoi au nom de la théorie de l'acte clair<sup>154</sup>. Selon cette théorie, le juge doit renvoyer une disposition pour interprétation lorsque cette dernière est obscure et pose un sérieux problème d'interprétation. S'il a fallu attendre 2018, pour que pour la première fois, la France soit condamnée par

---

152 Par ailleurs inscrites à l'article 4 §.2 du traité sur l'Union européenne en ces termes «2. L'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles, y compris en ce qui concerne l'autonomie locale et régionale. Elle respecte les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale. En particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre.»

153 H. LABAYLE, « Identité constitutionnelle et primauté du droit de l'Union. Libres propos sur une décision récente du Conseil constitutionnel », Europe, n° 12, Décembre 2021 ; J.-E., SCHOETTL, La Démocratie au péril des prétoires. De l'État de droit au gouvernement des juges, Gallimard, 2022 ; p. 167-173.

154 CJCE, 6 octobre 1982, CILFIT, Dans les affaires jointes C72/14 et C197/14, 9 septembre 2015 sur les précisions de la théorie de l'acte clair ; arrêt Köbler, C224/01, EU:C:2003:513.

la Cour de justice pour « mauvaise foi manifeste » de non recours au renvoi préjudiciel, on peut mesurer le temps nécessaire pour une action pédagogique. Les réticences du juge constitutionnel béninois à recourir au renvoi préjudiciel tel que demandé, voir exigé par la Cour de justice de l'UEMOA rappelle que c'est relativement récemment que les juridictions constitutionnelles européennes ont eu recours au renvoi préjudiciel. A partir de 2013 pour la France<sup>155</sup> et 2014 par le juge de Karlsruhe<sup>156</sup>. Et la haute juridiction constitutionnelle allemande bien qu'ayant eu recours au renvoi préjudiciel n'en a pas moins jugé qu'il y avait une divergence d'interprétation entre elle et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) sur le mandat de la Banque centrale européenne (BCE). Elle décide dès lors, et ce malgré la confirmation par la CJUE de la validité et de la proportionnalité du PSPP<sup>157</sup>, à la suite d'un renvoi préjudiciel qu'elle a initiée<sup>158</sup>, qu'en l'état actuel des informations divulguées, la Bundesbank, sauf preuves contraires apportées dans les trois mois par la BCE, ne peut continuer à participer au Public Sector Purchase Programme (PSPP). L'interprétation conforme et la théorie de l'acte clair postulent une conciliation. Mais il peut arriver que dans une situation précise, plusieurs normes soient potentiellement applicables à la même question mais sans qu'il soit possible d'en arriver à une interprétation conciliante, d'où la nécessité de donner la priorité à un des ordres en présence<sup>159</sup>. C'est dans ces conditions que le meilleur standard peut être retenu.

---

155 Jérémie F. France, 4 avril 2013.

156 Rachat des dettes souveraines par la BCE pour l'Allemagne, 14 janvier 2014.

157 CJUE, Weiss et al., Arrêt du 11 décembre 2018, C-493/17 (ECLI:EU:C:2018:1000).

158 BVerfG, PSPP I, Décision de renvoi préjudiciel du 18 juillet 2017, 2 BvR 859/15, 2 BvR 1651/15 et 2 BvR 2006/15, Recueil BVerfGE 146, p. 216 et suivantes. Cf. notamment J. GERMAIN, « Karlsruhe met à nouveau Luxembourg sous pression : le « quantitative easing » devant la Cour constitutionnelle allemande (renvoi préjudiciel à la CJUE du 18 juillet 2017) », *Revue de l'Union européenne*, n° 620, 2018, p. 453-458.

159 CASSELLA (S.), « Ambiguïtés de la faveur dans la construction d'un « système » normatif : les clauses de la protection la plus favorable », CASSELLA (S.) et DELABIE (L.), *Faut-il prendre le droit international au sérieux ?*, Journée d'études en l'honneur de Pierre Miche Eisemann, Pedone, 2016, pp.249.

En effet *la promotion de l'équivalence des droits est* considérée par certains auteurs comme un principe général en matière de droits humains<sup>160</sup> à raison de la multiplication de ce type de clauses dans les conventions<sup>161</sup>. La clause de la protection la plus favorable permet lorsque plusieurs normes d'origines différentes s'appliquent à la même situation de retenir celle qui offre la protection la plus étendue aux personnes concernées. Ceci revient à rechercher s'il existe une règle ou un principe du droit de l'organisation d'intégration dont l'application concrète puisse garantir l'effectivité de la règle ou du principe constitutionnel invoqué. Ce n'est que dans le cas où la communauté de droit envisagée n'offre pas les ressorts d'un meilleur standard que le juge constitutionnel examine directement la conformité des dispositions contestées au regard de sa Constitution. C'est le sens des arrêts Solange (Cour de Karlsruhe, 29 mai 1974) et c'est l'angle retenu par la Cour constitutionnelle béninois dans la décision *Dewedi*<sup>162</sup>. Ainsi, si l'équivalent fonctionnel du principe constitutionnel ne peut être trouvé dans l'ordre juridique d'intégration, ou si une disposition inhérente au système constitutionnel est en cause, la Constitution revient dans toute sa splendeur et grandeur.

**De la suprématie, la supériorité, la primauté, à la prévalence, il faut trouver les voies d'un compromis.** Le juge n'est pas obligé de passer par un nationalisme juridique, un localisme borné ou une internationalisation excessive pour trouver des solutions aux conflits entre ordre interne et ordre communautaire. Il lui suffit d'avoir en ligne

---

160 PLATON (S.), *La coexistence des droits fondamentaux constitutionnels et européens dans l'ordre juridique français*, Clermont Ferrand, Fondation Varenne, coll. Thèses, LGDJ, 2008, 710p.

161 Voir l'article 5 du Pacte international sur les droits civils et politiques (PIDCP) et du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) ; article 23 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme ou encore article 53 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales.

162 Décision DCC 19-287 du 22 août 2019. Voir A. KPODAR et C. MONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », *RCC 2020*, n° 2 et 3, pp. 217-232.

de mire la communauté de droit en construction pour une meilleure et une large protection de ses citoyens pour *statuer à la lumière de...*, c'est à dire interpréter dans un souci constant de convergence. Dans le contexte de l'Etat africain inachevé<sup>163</sup> et toujours jaloux de sa souveraineté, les voies et moyens d'une politique jurisprudentielle à même d'ancrer les principes communautaires sont à envisager avec mesure et discernement en ménageant les cultures, les histoires et les sensibilités nationales<sup>164</sup>. Il faut éviter que l'appartenance aux organisations d'intégration en plus d'éroder le pouvoir de la loi, conduise au rétrécissement de la souveraineté du peuple par le peu de considération accordée au socle qui constitue le fondement de leur vouloir vivre collectif, c'est-à-dire, la Constitution et pourquoi pas « *résolument s'inscrire dans une démarche de souveraineté partagée, qui préserve à la fois la diversité juridique et le cœur des identités constitutionnelles nationales ainsi que les chances d'une coopération harmonieuse entre ordres juridiques* »<sup>165</sup>.

---

163 *L'Etat inachevé, Mélanges en l'honneur du professeur Koffi AHADZI-NONOU*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021

164 J.-E. SCHOETTL, *La démocratie au péril des prétoires. De l'Etat de droit au Gouvernement des juges*, éd. Gallimard, Le débat, 2022, p. 170

165 SAUVE (J-M), « Repenser le rôle du juge ordinaire. Les voies d'un pluralisme ordonné : de la circulation des droits à l'intégration des ordres juridiques », in BONNET (B.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 724.



**Gildas Enagnon NONNOU**

*Docteur en droit privé - Maître-Assistant (Cames),  
Enseignant-Chercheur – Université d'Abomey-Calavi.*

1. Le Président Robert DOSSOU, dédicataire des présentes études, a présenté une communication portant sur *le juge constitutionnel et l'opinion publique* dans le cadre d'une activité de l'Association des cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français en 2014<sup>1</sup>. A cette occasion, subrepticement avait été évoqué, en partie, l'influence potentielle de ce tiers, l'œil de la tombe qui regardait fixement Caïn dans *la conscience*, le célèbre poème de Victor Hugo<sup>2</sup>. L'œil est une allégorie, il est celui ou celle qui connaît la vérité, qui vous regarde, vous épie, vous juge et peut-être vous condamne en silence.

Les *alii* ont-ils une place dans le procès constitutionnel ? Si la qualité de partie a appelé le regard et l'intérêt des auteurs dans toutes les disciplines du droit processuel<sup>3</sup>, et même avec quelques nuances en droit constitutionnel<sup>4</sup>, le tiers n'a pas reçu, sinon assez peu les suffrages de la doctrine processualiste.

---

1 R. DOSSOU, M. C. GBEHA-AFOUDA, « Le juge constitutionnel et l'opinion publique », ACCPUF – Bull. N° 10 – Déc. 2014, p. 83 et s.

2 V. HUGO, *La conscience*, *La légende des siècles*, poème 49.

3 Sans être exhaustif, voir notamment, N. DIOUF, *La situation des parties au procès pénal dans l'instruction préparatoire*, th, Paris 1, 1992. J. MIGUET, « Réflexions sur le pouvoir des parties de lier le juge par les qualifications et points de droit (article 12, alinéa 4 du Nouveau Code de Procédure Civile) », Mélanges P. Hébraut, p. 467

4 J. DJOGBENOU, « Les parties dans le procès constitutionnel », in *Justice et intégration, mélanges en l'honneur du professeur Ndiaw DIOUF*, CREDIJ, Cotonou, 2020, pp. 185-202 ; T. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 25, 2008, disponible à l'adresse: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-24/les-parties-dans-le-procesconstitutionnel-en-droit-compare.51749.html>.

La notion du tiers est à la fois superlative et complexe. Le lexicographe Larousse l'identifie à la « personne étrangère à une affaire, à un acte juridique ou à un jugement »<sup>5</sup>. G. Cornu l'appréhende comme « toute personne étrangère à une situation juridique ou même personne autre que celle dont on parle »<sup>6</sup>. À l'usage, elle est souvent l'attribut de plusieurs noms communs. Ainsi, entend-on parler de la tierce personne, de la tierce opposition, du tiers assuré, du tiers arbitre, du tiers expert, du tiers État, du tiers monde, etc.

2. En droit, la notion de tiers présente plus de saisissement en droit civil, en droit des contrats notamment<sup>7</sup> qu'ailleurs<sup>8</sup>. Le tiers se définirait par la négation et suggère l'altérité aux parties. « Les tiers ne se définissent alors que par exclusion de la qualité de parties ; ce n'est que parce qu'ils ne sont pas « parties » qu'ils demeurent des tiers. Inversement, en devenant des parties, ils s'excluent de facto de l'état naturel de tiers »<sup>9</sup>.
3. En matière processuelle, les participants principaux à un procès judiciaire sont les parties et le juge. En fait, dans le droit judiciaire privé qui se présente comme le droit commun

<sup>5</sup> *Dictionnaire le Petit Larousse illustré*, 2011, pp. 1011-1012.

<sup>6</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, PUF, 11ème éd., Paris, Quadrige dicos poche, 2016, p.1026.

<sup>7</sup> D. MAZEAUD, « Le contrat et les tiers : nouvelle leçon et nouvelle présentation » in *Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de F. CHABAS*, Bruylant, 2011, p. 605 ; J-D. BRETZNER, Le tiers « indélicat » (Brèves observations sur l'un des aspects de la responsabilité du tiers, à raison de l'inexécution d'un contrat), *Mélanges en l'honneur du Doyen B. Gross*, p. 53 ; M. UBAUD-BERGERON, « Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat », in *Mélanges en l'honneur M. GUIBAL*, p. 575.

<sup>8</sup> Les participants indispensables au procès civil sont les parties et le juge. Les tiers-intervenants sont assimilés aux parties par le Code de procédure civile commerciale, sociale, administrative et des comptes. Certainement, leur position processuelle devient celle d'une partie dès qu'ils interviennent à l'instance. Toutes les personnes qui sont totalement étrangères à la procédure sont des (véritables) tiers. Les décisions de justice ne produisent pas d'effets à l'égard des tiers. Evidemment, l'on ne fera pas abstraction de l'intervenant, de la tierce opposition qui marquent l'intervention du tiers en droit judiciaire privé.

<sup>9</sup> P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Le tiers à l'acte juridique*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, 2000, p. 11.

du procès, l'exigence axiomatique incline à l'activité sensible des parties. Ce n'est donc pas anodin que dans l'ontologie des processualistes, les débats doctrinaux sur les parties dans le procès aient longtemps été sous l'emprise de l'adage traditionnel « da mihi factum, dabo tibi jus »<sup>10</sup>. Toutefois, des tiers intervenants acquièrent la qualité de parties notamment lorsque leurs prétentions sont celles d'une partie au procès. Toute autre personne totalement étrangère à la procédure est un tiers au sens propre du terme.

4. Le procès constitutionnel présente un visage ambivalent<sup>11</sup>. Plus qu'à la sanction et la satisfaction d'un droit subjectif caractéristique du procès civil<sup>12</sup>, il a également une nature objective<sup>13</sup>. Le procès ou plus exactement, le contentieux constitutionnel est le lieu par excellence de la « justiciabilité

---

10 J. DUPICHOT, « L'adage « da mihi factum, dabo tibi jus », in *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert, Propos sur les obligations et autres thèmes fondamentaux du droit*, Dalloz, 2005, p. 425 ; J. BORE, « Da mihi factum, dabo tibi jus, une philosophie toujours d'actualité ? », *JCP G* 2009, I, 319.

11 G. VEDEL, « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le Conseil constitutionnel », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 549.

12 Ici la prétention à la satisfaction d'un droit subjectif n'est pas la norme. Mais elle n'est pas pour autant du procès constitutionnel. Le contentieux constitutionnel est relatif au droit constitutionnel des droits et libertés. V. par exemple : E. AHOUANKA, « Le juge constitutionnel béninois et la protection des droits fondamentaux de la personne humaine », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives (RBSJA)*, n° 15, Année 2005, pp. 93-120. ; F. J. AÏVO, *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 186 et s. ; A. SOMA, « Modélisation d'un système de justice constitutionnelle pour une meilleure protection des droits de l'homme : trans-constitutionnalisme et droit constitutionnel comparé », in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme (RTDH)*, n° 78, 2009, pp. 437-466.

13 Ce type de contentieux constitutionnel concerne les normes, procès étant fait à un acte, et la répartition des compétences entre les institutions. N. MEDE, « Les grandes décisions de la Cour Constitutionnelle du Bénin », Berlin, Ed. Universitaires Européennes, 2012, 458 p. ; A. LOADA, A. SOMA et alii, « Avis et décisions commentées de la justice constitutionnelle burkinabé de 1960 à nos jours », Ouagadougou, CGD, 2009. ; I. M. FALL (Sous dir.), « Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal », Dakar, CREDILA, 2008. ; L. SINDJOUN, « Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains », Bruxelles, Bruylant, 2009. ; P. BON et D. MAUS, « Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes », Paris, Dalloz, 2008. ; S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », in *Revue Française de Droit Constitutionnel (RFDC)*, n° 72, 2007/4, pp. 719-747. - LUQUE (L. A. de), « Le contrôle de constitutionnalité des normes dans le « modèle européen de justice constitutionnelle », in *La Constitution et les valeurs*, Mélanges en l'honneur de Dimitri Georges LAVROFF, Paris, Dalloz, 2005, pp. 3-28.



de la loi »<sup>14</sup>. Ce contentieux est en forte expansion depuis la perte d'autorité du légicentrisme et corrélativement le triomphe de la démocratie libérale et des valeurs qu'elle porte : la promotion de l'État de droit et la protection des droits de l'Homme<sup>15</sup>. La finalité recherchée par ce procès est la sécurité de l'ordonnement juridique, préalable indispensable à la viabilité et à l'intégrité de la hiérarchie des normes<sup>16</sup>. Sous cette vue, le juge constitutionnel dans son office procède par « une délicate chirurgie du droit positif, à l'expurgation préventive des normes pathogènes et à l'anéantissement thérapeutique des normes viciées »<sup>17</sup>. Pour y arriver, l'intervention des parties n'est pas *a priori* nécessaire au contraire du procès de droit commun qui donne lieu à une triangulation nécessaire litige-juge-parties<sup>18</sup>.

5. Étonnement, les tiers trouvent leur place, lorsqu'en tant que tiers intervenant, ils contribuent à l'exercice de l'office du juge constitutionnel. La mission première du juge constitutionnel étant d'examiner la constitutionnalité de la loi entendue comme « une règle écrite, générale et permanente, élaborée par le parlement et promulguée par une autorité »<sup>19</sup>, l'on peut en induire que dans le contentieux constitutionnel, il y a deux principaux acteurs : le juge constitutionnel et l'acte normatif

14 J. DJOGBENOU, « Les parties dans le procès constitutionnel », art. préc.

15 D. GUTMANN, « Les droits fondamentaux constituent-ils l'avenir du droit ? », in *L'avenir du droit, Mélanges en l'honneur de François Terré*, Dalloz, 1997, p. 329

16 La théorie de la hiérarchie des normes a été fondée par Hans Kelsen au XIXe siècle, théoricien du droit et auteur de la "Théorie pure du droit", la notion de hiérarchie des normes juridiques ne peut se concevoir que si le respect de celle-ci est assuré par une juridiction. La hiérarchie des normes est un classement hiérarchisé de l'ensemble des normes constituant le système juridique d'un État de droit. Elle permet de régler les problèmes de conflits de lois car en principe, la norme d'un niveau inférieur doit être conforme à celle du niveau supérieur. R. PAOUR, « Les contraintes juridiques de la hiérarchie des normes », *Revus*, 21/2013, 201-218, disponible sur [www.journals.openedition.org/revus/2755](http://www.journals.openedition.org/revus/2755).

17 J. DJOGBENOU, « Les parties dans le procès constitutionnel », art. préc.

18 L. CADIET et Alii, *Théorie générale du procès*, PUF, coll. Thémis droit, 2<sup>ème</sup> éd. mise à jour, Paris, 2013.

19 Décision DCC 05-021 du 22 mars 2005, Président de la cour d'appel de Cotonou, Recueil 2005, p.101.

vicié. L'on pourrait cependant se demander si la Constitution elle-même ne constituerait pas une partie au procès constitutionnel ; puisque, en définitive, c'est en se référant à ses dispositions que le juge constitutionnel opère le contrôle. La constitution apparaîtrait sous cette vue comme une véritable partie au procès, mais lui accorder ce statut reviendrait à soutenir l'idée d'une partie permanente au procès. Ce qui n'est pas évident. Il conviendrait donc de donner à la Constitution une simple nature de norme de référence du contrôle de constitutionnalité. L'office du juge constitutionnel n'est pas de trancher les conflits d'intérêts entre particuliers, mais de plutôt de résoudre un conflit entre la norme suprême qu'est la Constitution, et une norme inférieure. Cette conception de la justice constitutionnelle, fondée sur l'idée d'institution d'un juge pourfendeur de l'excès de pouvoir législatif<sup>20</sup> demeure toujours prégnante dans le contentieux constitutionnel. Ainsi, si l'idée de procès<sup>21</sup>, et de parties au procès, est difficilement concevable en contentieux constitutionnel, il serait plus encore difficile d'admettre celle de tiers dans le contentieux constitutionnel.

7. Pourtant, il n'est pas tout à fait sans fondement de soutenir l'idée d'une intervention du tiers dans le contentieux constitutionnel. Une analyse des paradigmes de la justice constitutionnelle convainc de la présence du tiers dans le contentieux constitutionnel. L'adhésion des États aux valeurs universelles de justice, de liberté, d'égalité et la forte référence aux différents instruments juridiques internationaux relatifs à la protection des droits humains, dans les préambules de leurs

---

20 G. VEDEL, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du conseil constitutionnel*, N° 1 - Décembre 1996, 8 p.

21 H. AKEREKORO, « Le procès constitutionnel au Bénin », in *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle (ABJC)*, Cotonou, PUB, I-2013, pp. 59-94.

constitutions<sup>22</sup>, a poussé les constituants africains dont celui du Bénin, à consacrer dans la constitution des droits fondamentaux au profit des citoyens.

La consécration de ces droits fondamentaux a ainsi créé des droits subjectifs. Les dits droits subjectifs protègent divers intérêts des citoyens.

Il en découle pour le constituant d'instituer non seulement un garant de ces droits fondamentaux<sup>23</sup> (droits subjectifs), mais aussi de s'assurer d'avoir habilité le titulaire du droit à défendre ses droits par des mécanismes juridictionnels préétablis<sup>24</sup>. Car, comme le dit l'adage, nul droit perdu tant qu'il y a derrière un défendant. L'action ou le recours individuels, du titulaire du droit, premier intéressé, serait le meilleur moyen de défendre les droits et libertés fondamentaux consacrés par la constitution<sup>25</sup>.

8. C'est en se fondant sur cette évolution du constitutionnalisme, que l'idée de procès constitutionnel devient admissible dans le droit du contentieux constitutionnel, et par ricochet celle de parties au procès constitutionnel. De façon classique, le contrôle de constitutionnalité *a priori* ne fait pas apparaître un tiers, mais l'intervention du tiers est perceptible dans le contrôle de constitutionnalité *a posteriori*<sup>26</sup>. Dans le contrôle *a priori*, s'il est vrai qu'il y a une contestation devant le juge constitutionnel,

---

22 B. BA, « Le préambule de la constitution et le juge constitutionnel en Afrique », *Afrilex* p.3.

23 F.J. AIVO, « Le juge et les droits fondamentaux. Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin » in *Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore HOLO*, Toulouse 2017, pp. 453-454.

24 B. KANTE et H. K. PREMPEH, « La saisine des juridictions compétentes en matière de contrôle de constitutionnalité », *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest. Analyse comparée*, Stockholm et Munich, 2016, p. 131.

25 M. BOUSOLTANE, « Le recours individuel en inconstitutionnalité dans les pays africains inspirés par le modèle français : une procédure pour la protection des droits de l'homme et le renforcement de la démocratie », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, L'Harmattan, 2020, pp.304-326.

26 N. DANELCIUC-COLODROVSKI, « Les interventions des tiers dans le procès constitutionnel. L'invocabilité des principes constitutionnels par les citoyens dans les pays de l'Est de l'Europe », Nov 2016, Paris, France. fihal-01470900f

celle-ci ne porte que sur la loi à l'état brut, puisqu'elle intervient avant sa promulgation et son entrée en vigueur et donc nécessairement sans portée effective sur un intérêt particulier. En revanche, dans le contrôle *a posteriori*, la contestation porte sur une loi entrée en vigueur dont l'application à travers l'interprétation judiciaire peut porter atteinte aux intérêts des particuliers<sup>27</sup>.

C'est particulièrement dans ce type de contentieux que les actions des requérants perçus comme des tiers est manifeste, le procès étant fait à la loi.

En intervenant ainsi dans le contentieux constitutionnel, le tiers non seulement protège ses propres intérêts, mais aussi aide le juge constitutionnel à accomplir sa mission de garant de la suprématie de la constitution. Par ailleurs, l'on peut noter une tendance de la juridiction constitutionnelle à requérir les lumières d'un technicien sur des considérations techniques ou de fait qui commandent la solution du litige. Alors si le requérant à l'exception d'inconstitutionnalité et l'expert sollicité par le juge apparaissent comme des tiers médiats ou intéressés dans l'office du juge constitutionnel, d'autres acteurs peuvent être analysés comme des *pénitus extranéi*, c'est-à-dire des tiers éloignées dont l'activité n'est cependant pas sans influence sur l'office du juge constitutionnel. On peut penser d'une part, à la surveillance de l'activité du juge constitutionnel par l'opinion publique et d'autre part, au regard de la doctrine.

La présente réflexion portera sur l'ensemble des personnes qui appuient, en dehors des parties intéressées au procès constitutionnel, le juge dans l'exercice de sa mission de gardien de la Loi fondamentale. En effet, il s'agit de vérifier comment le tiers influence l'office du juge constitutionnel.

---

27 M. DISANT, « L'exception d'inconstitutionnalité et la transformation des systèmes normatifs et juridictionnels », *Revue du Conseil constitutionnel*, Alger, N° 08-2017, pp.39-67.

9. Parce que toute réflexion sur une réalité juridique revêt un intérêt certain pour l'appréhension du droit, pour sa conception, pour son explication et sa mise en œuvre<sup>28</sup>, cette étude présente l'intérêt de considérer les influences extérieures de l'office du juge constitutionnel. En d'autres termes, la réflexion sur le juge constitutionnel et les tiers permet de démontrer que l'office du juge constitutionnel est souvent influencé puis renforcé par les actions et contributions des tiers. Au plan social, cette réflexion indiquera que le juge constitutionnel n'est pas isolé dans l'exercice de son office. Et si le juge constitutionnel est attentif aux effets de ses décisions, il s'ensuit qu'il s'avère important d'informer le citoyen à divers niveau et rang social, qu'il peut contribuer à l'enracinement et au renforcement de l'État de droit<sup>29</sup>.
10. À l'identification des tiers qui influencent le juge constitutionnel dans son office, il faut opposer les tiers qui soutiennent le juge constitutionnel (I) aux tiers qui le retiennent ou le contiennent (II). Si les premiers contribuent directement à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité<sup>30</sup>, les seconds paraissent comme ceux qui appuient sur la sonnette d'alarme du juge constitutionnel, lorsqu'on estime que le pourfendeur de l'excès du pouvoir législatif semble peu réceptif à la modération<sup>31</sup>. Sans être conditionné par l'activité de ces tiers éloignés, le juge constitutionnel, soucieux de sa légitimité<sup>32</sup>, n'y est pas insensible.

28 V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2016, p. 13 et s.

29 G. AÍVO, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990, in Démocratie en questions. Mélanges en l'honneur du professeur Théodore HOLO*, Toulouse 2017, p. 539.

30 A. CABANIS « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *in L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, L'Harmattan, 2020, pp. 327-353.

31 G. CANIVET, « Les limites de la mission du juge constitutionnel », *in Cités*, 2017/1, N°69, pp. 41-58.

32 L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, Vol. 46 N° 2, 1994, p. 557 ; G. SCOFFONI, « La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé : les enseignements de l'expérience américaine », *RIDC*, Vol. 51 N° 2, 1999, p. 254.

## **I- L'office du juge constitutionnel soutenu par les tiers**

11. Le soutien apporté au juge constitutionnel par les tiers apparait dans deux cas de figure. D'abord l'exception d'inconstitutionnalité qui constitue l'ouverture du prétoire constitutionnel à « tout particulier » pour contester devant un juge ordinaire la constitutionnalité d'une disposition législative, permet aux tiers de contribuer à l'exercice de la mission du juge constitutionnel. En intervenant par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité (A), le tiers apporte à l'office du juge constitutionnel l'ingrédient nécessaire à la mise en œuvre du contrôle de constitutionnalité. Ensuite, l'expert acquiert une portée nouvelle dans l'office du juge constitutionnel à l'occasion des lumières qu'il peut apporter au juge (B).

### ***A- L'apport du requérant à l'exception d'inconstitutionnalité***

12. L'institution de l'exception d'inconstitutionnalité constitue dans le constitutionnalisme béninois, une étape ayant favorisé la judiciarisation de la Cour constitutionnelle<sup>33</sup>. Il s'agit d'une voie de recours permettant aux justiciables de présenter des conclusions, de faire connaître leurs prétentions ou leurs observations devant le juge constitutionnel, à fin d'influencer la décision que celui-ci devra prendre suite à un renvoi préjudiciel opéré par le juge. Cette forme de recours doit être distinguée de l'exception d'inconstitutionnalité, qui implique que la question soulevée devant le juge ordinaire soit tranchée par lui. Par l'entremise de l'exception d'inconstitutionnalité, le juge constitutionnel est devenu un défenseur des droits fondamentaux. En effet, l'article 122 de la constitution béninoise dispose que « tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité

---

33 Th. HOLO, « Le citoyen: pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Communication au 6ème congrès de l'Association des Cours et Conseils Constitutionnels ayant en partage l'Usage du Français* (ACCPUF), Marrakech-Royaume du Maroc, les 4, 5 et 6 juillet 2012

des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours ».

Cette disposition de la constitution, donne la possibilité à tout citoyen de contester, par la voie de l'exception et à l'occasion d'une procédure pendante devant une juridiction, la constitutionnalité des dispositions législatives, dès lors que celles-ci contrarieraient les dispositions constitutionnelles, entraînant la possible annulation *a posteriori* des lois<sup>34</sup>. Une telle procédure remet en cause et à juste titre, le paradigme classique du contrôle de constitutionnalité élaboré par Kelsen<sup>35</sup>. Dans la procédure d'inconstitutionnalité, le travail de censeur de la norme contraire à la constitution opéré par le juge s'effectue cette fois-ci non pas de façon abstraite et objective, mais plutôt de façon concrète c'est-à-dire dans l'intérêt d'un particulier et de ses droits subjectifs<sup>36</sup>. Il s'agira pour le juge constitutionnel de priver les lois inconstitutionnelles d'effet. Ainsi, « l'autorité de la chose légiférée est placée sous le signe de la précarité »<sup>37</sup>. Dans l'exception d'inconstitutionnalité, le tiers est l'aiguillon de la procédure<sup>38</sup>. Il l'initie et est censé en tirer profit. S'il est vrai qu'une éventuelle annulation de la disposition législative contestée a une portée *erga omnes*<sup>39</sup>,

34 M. BOUSOLTANE, « Le recours individuel en inconstitutionnalité dans les pays africains inspirés par le modèle français : une procédure pour la protection des droits de l'homme et le renforcement de la démocratie », *op.cit.*, pp.304-326.

35 G. DRAGO, « Le contentieux constitutionnel des lois, contentieux d'ordre public par nature », *In Mélanges R. DRAGO*, 1996, p.9.

36 H. AKEREKORO, « Le procès constitutionnel au Bénin », *in Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle (ABJC)*, Cotonou, PUB, I-2013, pp. 75-84.

37 N. MEDE, *Les grandes décisions de la Cour Constitutionnelle du Bénin*, Editions, Sénégal L'Harmattan, 2020, p 511.

38 T.H.NGUYEN, La notion d'exception en droit constitutionnel français, thèse de doctorat en Droit, Université de Panthéon-Sorbonne Paris I, 2013, 646 p.

39 G. Aïvo, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *in La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo Glélé*, Paris, L'Harmattan, 2014, p. 535 et s.

il est d'abord au profit du tiers directement touché par la violation présumée des droits constitutionnels et qui a eu l'initiative du recours en exception dont le bénéficiaire reste et demeure avant tout le tiers justiciable.

13. Lorsque le juge constitutionnel sanctionne l'inconstitutionnalité d'une disposition législative incriminée dans une procédure d'exception d'inconstitutionnalité, la décision d'inconstitutionnalité a, avant tout, des effets subjectifs sur le procès *a quo*, dans la mesure où le juge constitutionnel peut prononcer une annulation rétroactive de la disposition législative ou se contenter de constater que la loi est devenue nulle, donc inapplicable au litige en cours, sans pour autant l'annuler à titre rétroactif<sup>40</sup> ou comme il peut faire des réserves d'interprétations<sup>41</sup>. Parfois, le juge a aussi la latitude de constater la nullité de la norme, mais la laisse provisoirement en vigueur, parce qu'il estime que sa sanction ne doit pas avoir des conséquences plus graves. Ainsi il fixera, le cas échéant, des délais précis au législateur pour intervenir.

Dans de pareilles circonstances, le tiers justiciable, dont le but principal dans le contentieux de l'exception d'inconstitutionnalité, est de faire valoir ses droits ou ses intérêts à travers les normes qu'il conteste, va voir contrairement au modèle classique de contrôle de constitutionnalité<sup>42</sup>, ses intérêts subjectifs revêtir un caractère presque interne à la juridiction constitutionnelle. Ceci, d'autant que dans la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité le justiciable

---

40 D. BROUSSOLLE, « Les lois déclarées inopérantes par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 1985, p. 751.

41 T. DI MANNO, « L'influence des réserves d'interprétation », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Acte du colloque des 20-21 septembre 1996, Rennes, Economica, 1999, p. 205

42 M. FROMONT, « La justice constitutionnelle en France ou l'exception française », in *AJJC*, n° 8, 2004, p. 6.



devient le destinataire immédiat, personnel et direct du droit constitutionnel à travers le processus de la fondamentalisation du droit<sup>43</sup>. C'est cette fondamentalisation du droit que souligne le doyen Favoreu en écrivant que : « La constitutionnalité a remplacé la légalité dans au moins deux de ses fonctions essentielles : être la "source des sources" et le véhicule des valeurs (...) fondamentales. La loi devenue une source parmi bien d'autres laisse la place à la Constitution qui remplit ce rôle en répartissant les compétences normatives qui sont désormais exercées sous la surveillance du juge constitutionnel <sup>44</sup>».

Il se dégage de cette idée que la constitutionnalité apparaît comme la garantie des droits fondamentaux substantiels et non pas seulement que de la légalité. C'est pour s'en assurer que le constituant béninois ouvre aux tiers justiciables une voie spéciale de saisine du juge constitutionnel pour contribuer ou attirer l'attention du juge constitutionnel sur les lois inconstitutionnelles qui auraient échappées en amont au filtre du contrôle de constitutionnalité<sup>45</sup>.

14. L'implication du justiciable de l'office du juge constitutionnel s'analyse également à travers l'étendue de l'ouverture aux tiers de la saisine du juge constitutionnel<sup>46</sup>. En effet, tandis que l'exception d'inconstitutionnalité française<sup>47</sup> connue sous le nom de la question prioritaire de constitutionnalité se

43 B.GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori*. A propos de la décision n°2009-595 DC du 3 décembre 2009 », *RFDA*, n°1, 2010, p.1.

44 L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », CCC, n° 3, 1997, p. 6, dans C. KEUTCHA TCHAPNGA, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? » in *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 2008, n°75, p.560.

45 A.MARIA LECIS COCCO ORTU « QPC et interventions des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* » in *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/4 N° 104, pp.863-886.

46 J. DJOGBÉNOU, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in *L'amphithéâtre et le prétoire au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, L'Harmattan, 2020, pp. 520-524.

47 E. DUBOUT, « L'efficacité structurelle de la question prioritaire de constitutionnalité en question », *RDP*, 2013, n°1, p. 107.

limite matériellement aux droits et libertés que la constitution garantit, champs matériels

s'appliquant également à l'exception d'inconstitutionnalité guinéenne, le constituant béninois n'a pas entendu opérer une telle limitation du champ matériel de la procédure d'exception. L'exception d'inconstitutionnalité béninoise s'apparente à un véritable moyen d'interférence du tiers dans l'office du juge constitutionnel. Ainsi, un mécanisme du *judicial review* connu des systèmes anglo-saxons de contrôle de constitutionnalité s'insère dans le droit constitutionnel béninois.

Le ministère d'avocat n'est pas imposé à la partie *a quo*, mais en introduisant sa requête d'exception d'inconstitutionnalité, le tiers à l'office du juge constitutionnel, propose des interprétations de la constitution et exhorte le juge à une évolution de sa jurisprudence<sup>48</sup>. Une telle évolution jurisprudentielle sollicitée du juge constitutionnel est souvent confrontée à l'autorité de la chose jugée au constitutionnel<sup>49</sup>. Puisque le contrôle *a priori* obligatoire des lois saisit l'intégralité du texte de loi et c'est l'ensemble des dispositions qui est jugé conforme à la constitution, de sorte que le contrôle serait définitif pour l'ensemble du texte législatif. Dans le contrôle *a posteriori* de l'exception d'inconstitutionnalité, si les dispositions législatives incriminées ont été déjà soumises à un contrôle obligatoire *a priori* ayant abouti à une conformité à la constitution, l'acceptation du juge constitutionnel à réexaminer la loi, entraîne une reconnaissance d'une autorité de chose jugée évolutive. Et cette évolution de l'autorité de la chose jugée au constitutionnel, implique un changement de circonstance. Ainsi, en soulevant une exception d'inconstitutionnalité, le tiers justiciable, aide le juge constitutionnel à faire évoluer sa

---

48 A. CABANIS « L'accès des citoyens aux juridictions constitutionnelles », *op.cit.*, pp. 327-353.

49 P. ESTANGUET, *Rejuger la constitutionnalité de la loi*, thèse de doctorat, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2017, pp. 66-90.

jurisprudence en tenant compte des nouvelles circonstances. Le justiciable participe donc, à rendre l'office du juge constitutionnel plus dynamique, efficace et performant<sup>50</sup>.

15. La contribution à la suprématie de la constitution par le tiers justiciable au moyen de la voie de l'exception d'inconstitutionnalité est encore plus illustrative à travers la jurisprudence DCC 09-081 du 30 juillet 2009, par laquelle le 22 mai 2009, la Cour constitutionnelle est saisie d'une exception d'inconstitutionnalité contre les articles 336 à 339 de l'ancien Code pénal béninois dit code bouvenet. Alors que le Code pénal était entré en vigueur à une période coloniale, donc n'ayant pas subi un contrôle de constitutionnalité, les requérants vont traduire ce texte devant l'office du juge constitutionnel et exposent à la Cour que « les articles 336 à 339 du Code pénal en vigueur en République du Bénin relatifs à l'adultère créent des conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme au triple point de vue de la constitution de l'infraction, de la poursuite de l'infraction et de la peine encourue... ».

Par conséquent, ils exhortent le juge constitutionnel à déclarer les articles sus évoqués, contraires à l'article 26 de la constitution et aux articles 2 et 3 de Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples qui garantissent l'égalité de l'homme et de la femme en droit.

16. Cette requête d'exception d'inconstitutionnalité va permettre au juge d'examiner l'ancien Code pénal et de constater que si « l'incrimination ou la non-incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la constitution (...) toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire à l'article 26 de la constitution et aux articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ».

---

50 M. Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 329

Cette décision d'inconstitutionnalité présente un grand intérêt. Sans nul doute, cette déclaration d'inconstitutionnalité des articles 336 à 339 de l'ancien Code pénal avait eu une incidence subjective sur le procès *a quo* et au profit d'une des parties audit procès, mais il est encore plus intéressant de faire remarquer la contribution des requérants au renforcement de l'État de droit, en ce que leur initiative a permis de sanctionner des dispositions législatives entrée en vigueur sous un ordre juridique antérieur à celui institué par l'adoption de la constitution du 11 décembre 1990 ; permettant ainsi au juge constitutionnel de purger l'ordre juridique de tout texte contraire à la constitution.

Si dans certains cas de contrôle concret de constitutionnalité, le juge constitutionnel se borne à son contrôle classique de norme à norme, il peut se confronter à l'analyse de données extérieures au droit. Il va donc recourir à la l'éclairage d'un tiers expert.

### **B- La lumière du tiers expert sollicité**

17. Dans l'exercice de leurs missions, les juges sollicitent le tiers expert pour éclairer les décisions qu'ils sont amenés à prendre. Le tiers expert est une personne détenteur d'une compétence et d'un savoir avéré dans un domaine précis. Ainsi, l'expertise constitue une mesure d'instruction décidée par le juge, conscient de la complexité de l'affaire dont il a en charge. Il peut recourir aux lumières de spécialistes dotés de compétences techniques et scientifiques qu'il ne détient pas<sup>51</sup>.

L'expertise est devenue dans les offices juridictionnels, un moyen de rationalisation du processus décisionnel par une meilleure appréhension des faits puisque la décision judiciaire doit s'appuyer sur des éléments objectifs que les tiers experts sollicités sont appelés à fournir. En assistant le juge dans le

---

51 A. FETTWEIS, *Manuel de procédure civile*, Fac. droit Liège, 1987, n° 511, p. 379

processus décisionnel, l'expert contribue à donner à la décision judiciaire une caution d'objectivité et de scientificité<sup>52</sup>. La mission de l'expert dans cette condition est complémentaire à celle du juge. Tandis que le tiers expert peut être invité à se prononcer sur des questions techniques, il revient au juge le pouvoir de dire le droit même si la doctrine a relevé la crainte que l'expert ne prenne à l'arrivée la place du juge et que son avis soit purement et simplement par le juge sans appréciation de sa part<sup>53</sup>. Si le recours à l'expertise est récurrent dans la procédure judiciaire classique, son intervention dans la justice constitutionnelle est en revanche assez peu évoquée. Au Bénin, le fondement du recours au tiers –expert est prévu par le Règlement intérieur de l'Institution. Ainsi, selon l'article 10 alinéa 6 du règlement précité, le président de la Cour constitutionnelle a le pouvoir de faire appel, en tant que de besoin, à des consultants extérieurs dont les frais et honoraires sont supportés par le budget de la Cour.

De même, l'article 34 alinéa 2 donne la possibilité au rapporteur auquel l'examen d'une requête a été affecté d'entendre toute personne dont l'audition lui paraît opportune. En matière de contentieux électoral, l'article 64 alinéa 1 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle dispose que « La Cour et les sections peuvent, le cas échéant, ordonner une enquête et se faire communiquer tous documents et rapports ayant trait à l'élection ». En son article 71, la loi organique dispose que « La Cour Constitutionnelle peut désigner un ou plusieurs délégués chargés de suivre les opérations.

Dans le contrôle de constitutionnalité de la loi, le juge peut également faire recours à l'expertise pour évaluer l'impact

---

52 C. CHAMPAUD, « Le juge, l'arbitre, l'expert et le régulateur au regard de la « jurisdictio » », in *Etudes offertes à J. Béguin, Droit et actualité*, 2005, p 71.

53 E. JEULAND, « Expertise » in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, p. 504.

des normes. Les études d'impact doivent être utilisées pour appuyer le raisonnement juridique dans l'évaluation des effets des normes<sup>54</sup>. Une illustration de l'intervention du tiers expert dans l'office du juge constitutionnel est rapportée par la décision DCC 18-200 du 11 octobre 2018. Dans cette espèce, l'instruction du recours a conduit le juge constitutionnel à recueillir, outre les observations complémentaires du requérant et de l'administration, celles des sachants, spécialistes qui ont exposé leur opinion à l'audience.

Il convient de relever que le tiers expert sollicité par le juge peut être interne à la juridiction constitutionnelle, comme il peut provenir de l'extérieur<sup>55</sup>.

18. En droit comparé, les procédures établies pour recourir aux experts sont généralement variées. Une analyse en droit comparé, fait constater le recours à la pratique de l'*amici curiae* définit par le professeur Xavier Philippe comme « une contribution versée spontanément au débat par un tiers à une cause qui entend éclairer le décideur en tant qu'«ami de la Cour»<sup>56</sup> ». Il s'agit principalement de la possibilité du juge constitutionnel de recourir à une tierce institution pour requérir son avis sur une question donnée notamment dans le cadre de l'application d'un droit communautaire. Cette pratique reflète cependant, dans l'exigence contemporaine du dialogue des juges.

Par ailleurs, l'examen de la jurisprudence béninoise montre que la décision Adèle FAVI reste édifiant relativement

---

54 B. DU MARAIS, « Le conseil d'État, l'impact de la loi, l'expert et le gilet jaune », in *L'action publique, l'expertise et le juge*, RFAP, n°173, 2020, pp. 68-87.

55 N. DANELCIUC-COLODROVSKI, « Les interventions des tiers dans le procès constitutionnel. L'invocabilité des principes constitutionnels par les citoyens dans les pays de l'Est de l'Europe », Nov 2016, Paris, France, pp. 1-17, consulté en ligne sur le site <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01470900>

56 X. PHILIPPE, « Amicus curiae dans l'affaire de la pénalisation de la négation du génocide arménien. Présentation de l'amicus curiae », Constitutions, n° 3, juillet-septembre 2012, p. 390.

à la prise en compte des avis d'un médecin en matière d'inconstitutionnalité de sévices et traitements cruels, inhumains et dégradants. En l'espèce, alors qu'elle revenait de son lieu de travail le 06 février 2002, aux environs de 20 heures, dame Adèle Favi a été arrêtée par des militaires de la garde présidentielle, au moment où elle voulait traverser la route. Ceux-ci lui ont « porté des coups de pied sans que l'arrivée du chef de l'État ne soit encore annoncée ».

Fuyant la bastonnade policière, elle a été poursuivie et rattrapée et a « subi des coups de pied de rangers, des chicotes et traînée par terre jusqu'à une distance de 50 mètres, avant d'être laissée inerte sans connaissance ». L'appréciation de ces faits par le juge constitutionnel s'est fondée sur un certificat médical établi par un tiers expert médecin. Le juge affirme que c'est à la suite de ce traitement que dame Favi a été admise au service de santé des Armées de Cotonou comme l'atteste le certificat médical versé au dossier et qui fait état : « des douleurs exquises à la palpation à la cheville droite, au gros orteil droit, des douleurs à la mobilisation du membre supérieur droit et des douleurs à l'hémiface droite ainsi que des douleurs lombaires, une impotence fonctionnelle majeure à la marche et une plaie superficielle à la malléole externe de la cheville droite », le tout ayant entraîné « une incapacité temporaire de travail de dix-huit (18) jours ; qu'il s'ensuit que ces lésions sont consécutives aux sévices et traitements cruels, inhumains et dégradants infligés à dame Adèle Favi ».

19. À l'analyse de cette jurisprudence, l'on constate que le certificat médical qui est un document de santé établi par un médecin, tierce personne à la juridiction constitutionnelle, a apporté une grande lumière au juge constitutionnel dans la construction de son raisonnement de déclaration d'inconstitutionnalité des actes posés par la garde rapprochée du chef de l'État.

Le certificat médical versé au dossier a permis au juge constitutionnel d'évaluer la gravité et l'ampleur des sévices et traitements inhumains subis par la requérante dame Adèle Favi. Comme dans d'autres jurisprudences, c'est également le certificat médical qui permet au juge constitutionnel de condamner les agents de l'État à la réparation des dommages corporels subis par leurs victimes. Ce fut également le cas dans la décision FANOU Laurent<sup>57</sup>.

Si l'office du juge constitutionnel est soutenu par les tiers, il est également contenu par eux.

## II- L'office du juge constitutionnel contenu par les tiers

20. Le tiers ici est à l'extérieur et n'a aucune influence directe sur l'office du juge constitutionnel. Son extériorité totale n'empêche cependant pas de façon absolue que le juge y soit sensible. Sous cette vue, les tiers dont l'action contient ne serait-ce qu'à distance l'office du juge constitutionnel sont l'œil ou le regard de l'opinion publique (A) et la surveillance de la doctrine (B).

### *A- Le regard de l'opinion publique*

21. En tant que citoyen, comme tout juge, le juge constitutionnel, en dépit de son devoir moral d'ingratitude<sup>58</sup>, vit au sein d'une société dont il partage les espérances et les craintes, mais aussi les pulsions et les humeurs, parfois même les idéologies<sup>59</sup>. Plus que par le passé, le juge moderne subit l'influence de

---

57 Décision 02-052 du 31 mai 2002 FANOU Laurent.

58 Lors d'une interview au journal « le monde » en 1982 Robert Badinter évoque « le devoir d'ingratitude » des membres du conseil constitutionnel à l'égard de celui qui les a nommés. Il s'agit en fait de manifester de manière objective l'indépendance des juges. Ce phénomène est évoqué aussi à propos de la cour suprême américaine de l'époque du Président Nixon., voir aussi F.-J. AIVO, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 144.

59 P. S. A. BADJI, « Réflexions sur l'obligation de bien se comporter dans le procès civil sénégalais », in *L'obligation, Etudes offertes au Professeur P.-G. POUYOUÉ*, L'Harmattan, 2015, p. 113



sa société. A cela s'ajoute une médiatisation envahissante de son activité qui prend parfois des dimensions préoccupantes.

Dans un tel contexte, l'indépendance fonctionnelle du juge constitutionnel se trouve soumise à de rudes épreuves par ces pouvoirs non catégorisés dans la théorie de la séparation des pouvoirs de MONTESQUIEU et que Serge GUINCHARD appelle les pouvoirs de fait<sup>60</sup>. Or, dans l'exercice de ses fonctions, le juge

doit s'abstraire rigoureusement de toutes ces interférences qui pourraient fausser ses décisions et compromettre la confiance qu'il doit inspirer. La crédibilité de la justice constitutionnelle à ce prix. Le Bâtonnier Robert Dossou saisit l'opinion publique comme « le jugement, l'appréciation, les idées personnelles d'une fraction limitée de la population qui émet des jugements de valeur sur les événements sociaux, politiques, religieux, philosophiques et même juridictionnels. C'est l'expression publique des idées personnelles de ceux et celles qui disposent de nombreux atouts pour un accès facile aux mass medias et à tous autres moyens de communication et qui, par ces canaux, portent sur la place publique leurs opinions sur les problèmes généraux de la société ».

22. Parce qu'elles s'imposent à tous, les décisions de la Cour sont scrutées et diversement appréciées par les auteurs des actes contrôlés et même par tous les citoyens béninois, chacun se croyant autorisé et investi du pouvoir de donner son avis sur les décisions de la Haute juridiction. Ainsi, la décision de la Cour a beau être sans recours, elle ne résiste pas aux commentaires des citoyens. La diversité des jugements, des commentaires, favorables ou non, ainsi que leur ampleur font que l'on conclut

---

60 S. GUINCHARD, « Indépendance et impartialité du juge », in *Les principes du droit fondamental in impartialité du juge et de l'arbitre*, étude de droit comparé, (dir) J. Van COMPERNOLLE Bruylant, 2006, p.4.

que la décision a été ou n'a pas été appréciée par l'opinion publique. Techniquement, l'attelage entre le juge constitutionnel béninois et l'opinion publique est empreint de suspicion, de méfiance et parfois de défiance.

Ce ménage a connu des fortunes diverses et l'harmonie entre les deux dépend bien souvent de la nature et des conséquences attachées aux décisions que prend la Haute juridiction. Au lendemain de la Conférence des Forces Vives de la Nation, l'une des grandes résolutions était l'édification au Bénin d'un État de droit. Les premières décisions du juge constitutionnel étaient alors saluées par l'opinion publique, puisqu'elles visaient justement à consolider les bases de la démocratie et de la liberté chèrement acquises et à éviter tout retour aux pratiques liberticides<sup>61</sup>. Les décisions du juge relatives au bon fonctionnement des institutions ou sanctionnant des violations des droits fondamentaux de la personne et les libertés publiques étaient alors célébrées tant la haute juridiction intervenant comme un rempart contre les pratiques attentatoires à la liberté. Mais progressivement, cette relation va se détériorer parce que justement, l'opinion publique, derrière laquelle se trouvent imbriqués des acteurs politiques, appréciera de moins en moins le juge constitutionnel ainsi que ses décisions sur les sujets et pendant les périodes sensibles de la vie politique du pays. C'est d'abord au stade de la nomination du juge constitutionnel que surgissent les hostilités. Au Bénin, la Cour est composée de sept membres dont quatre sont nommés par le Bureau de l'Assemblée nationale et trois par le président de la République pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois. L'opinion publique s'intéresse beaucoup à cette séquence dans la mesure où elle y voit la manifestation des rapports de force entre les différentes tendances politiques.

---

61 R. DOSSOU, M. GBEHA AFOUDA, « Le juge constitutionnel et l'opinion publique », Bulletin\_10-BAT.indd.

Pour elle en effet, le groupe politique qui contrôle la Cour constitutionnelle est assuré de gagner les élections. Les manifestations de sidération ou de détestation par l'opinion publique des décisions peuvent prendre des formes variées. Les *mass media*, quels qu'ils soient, sont mis à contribution pour relayer critiques, protestations, interviews ou entretiens obtenus de leaders politiques, déclarations de tous genres, acerbes et tendancieuses à l'endroit du juge. On observe la presse, des attaques parfois personnelles et des pressions morales très fortes contre le juge. Il n'est pas rare de voir les photos des membres de la Cour constitutionnelle, en particulier celle de son Président, affichées à la première page des tabloïds avec des titres sensationnels. Un exemple de pression est celle exercée sur la Cour lors de l'élection présidentielle de 1996<sup>62</sup>. Sans céder aux pressions de l'opinion publique, le juge constitutionnel n'est pas dans l'absolu indifférent, aux actions de l'opinion publique. La veille de l'opinion publique constitue un moteur indéniable de la fabrication de la norme juridique. Pour cette raison, soucieux de sa légitimité<sup>63</sup>, le juge constitutionnel est attentif – sans y faire droit- aux récriminations de l'opinion publique. Il dispose à cet effet de plusieurs moyens à cette fin. D'abord, le juge constitutionnel doit faire de sa décision un moyen de communication entre

62 Elle était si forte que la Cour dut, avant la proclamation des résultats de l'élection présidentielle du 18 mars 1996, faire une déclaration liminaire le 23 mars pour fustiger les « difficultés, menaces et pressions de tous ordres » qu'elle a subies. Cette déclaration a été suivie d'un communiqué de la Cour du 29 mars 1996 par laquelle l'Institution portait « à la connaissance de l'opinion nationale et internationale » les « faits graves » rapportés dans ledit communiqué. Les faits évoqués étaient « les multiples pressions, les menaces répétées, les attaques directes tels que le mitraillage du domicile du Professeur Maurice GLELE AHANHANZO, la marche des militants du parti la Renaissance du Bénin dans les rues de Cotonou scandant des slogans hostiles aux membres de la Cour... ». Par ailleurs, il est arrivé qu'un parti politique organise une marche de protestation sur le siège de la Cour constitutionnelle suite à l'invalidation de l'élection d'un de ses candidats aux élections législatives. Les militants dirigés par le secrétaire départemental dudit parti ont estimé que cette invalidation « relève du pur arbitraire ».

63 E. G. NONNOU, « La légitimité du juge », in *Droit et investissement, Mélanges en l'honneur du professeur C. D. SOSSA*, t. 2, Les éd. du Credij, 2021, pp. 417-450.

son office et les tiers constitués de l'opinion publique. Le juge constitutionnel doit être vigilant dans la prise de ses décisions de sorte à tenir compte des réalités socio politiques dans lesquelles s'insèrent celles-ci.

La vigilance du juge constitutionnel au regard de l'opinion publique peut être relevée dans la décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 où la Cour fait une déclaration d'inconstitutionnalité la plus spectaculaire en Afrique relativement à la polygamie<sup>64</sup>, autorisée pour l'époux et proscrite à l'épouse dans une relation de mariage. Cette décision a été saluée par plusieurs organisations militantes des droits de la femme tout comme celle censurant les articles 336 à 339 de l'ancien Code pénal béninois et des articles 6 et 12 de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille en République du Bénin<sup>65</sup>, pour cause de rupture de l'égalité entre l'homme et la femme en droit<sup>66</sup>.

23. Par ailleurs, la cour constitutionnelle du Bénin dispose dans son fonctionnement du personnel pouvant permettre à la juridiction dans les limites du secret des délibérés et du respect des serments, de communiquer sur certaines de décisions ne serait-ce que pour éclairer l'opinion publique sur certaines de ses positions. L'on se rappelle encore de la sortie télévisée du secrétaire générale de la Cour constitutionnelle en 2018, pour informer l'opinion publique sur les avancées et les avantages de la réforme de la procédure suivie devant la Cour<sup>67</sup>. Cependant, si même, la cour arrive à contenir la clameur de l'opinion publique, il n'en demeure pas moins qu'elle doit répondre également à celle de la doctrine.

---

64 S. BOLLE, « Le code des personnes et de la famille devant la cour constitutionnelle du Bénin. La décision DCC 02-144 du 23 décembre 2002 » in *Afrilex*, n°4, décembre 2004, pp.315-342.

65 DCC 21-269 du 21 octobre 2021.

66 DCC 09-081 du 30 juillet 2009.

67 Voir l'émission YouTube sur le site de la Cour constitutionnelle : <https://courconstitutionnelle.bj/>

## B- La surveillance de la doctrine

24. Les rapports traditionnels entre le juge constitutionnel et la doctrine sont ceux d'un chœur à deux voix entraînant un débat fécond. Source du droit à l'instar de la jurisprudence elle-même, la doctrine participe au bon usage du pouvoir normatif du juge constitutionnel. En effet, la jurisprudence constitutionnelle a provoqué la réaction très vive dont l'intérêt est qu'elle contribue à l'amélioration de l'office du juge constitutionnel.

Tout d'abord, l'élément essentiel de la discussion des décisions du juge constitutionnel par la doctrine reste et demeure l'étendue du pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel. En effet, la question de l'interprétation constitutionnelle relève d'un défi constant. Elle revêt un caractère pluraliste. Si ce caractère ondoyant de l'interprétation constitutionnelle semble être admis dans le système anglo-saxon<sup>68</sup>, il est de plus en plus fustigé par la doctrine française<sup>69</sup> qui inspire les Etats africains au sud du Sahara. Car, la pluralité de l'interprétation constitutionnelle pourrait entraîner à bien d'égard une insécurité juridique<sup>70</sup>. Cependant, l'interprétation constitutionnelle a une certaine spécificité<sup>71</sup>. C'est cette spécificité de l'interprétation constitutionnelle qui justifie le pouvoir normatif du juge constitutionnel dont l'usage est souvent source de controverse doctrinale. En effet, interpréter, c'est attribuer une signification. Et la doctrine juridique s'est interrogée sur

68 R. FALLON, « A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation », *Harvard Law Review*, 1987, p. 1189-1286 ; Ch. OLDFATHER, « Methodological Pluralism and Constitutional Interpretation », *Brooklyn Law Review*, 2014, p. 1-62.

69 M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, PUF, 2011, p. 155 ; P. BRUNET, « Le juge constitutionnel est-il un juge comme les autres ? » in C. Grewe, O. Jouanjan, E. Maulin, P. Wachsmann, *La notion de « justice constitutionnelle »*, Paris, Dalloz, 2005, p. 116-123.

70 P. DEUMIER, « L'interprétation de la loi : quel statut ? Quelles interprétations ? Quel(s) juge(s) ? Quelles limites ? », *RTD.*, 2011, p. 90.

71 M. Carpentier, « L'interprétation constitutionnelle est-elle spécifique ? » in *Jurisprudence, revue critique, Université de Savoie*, 2020, pp. 4-5.

la question de savoir si l'attribution faite est une décision ou une description, un acte de volonté ou de connaissance. S'il est vrai que le débat reste toujours d'actualité, il semblerait préférable que l'interprétation constitutionnelle soit issue d'un acte de connaissance. Ainsi, elle ferait moins de controverse, de critique et de remise en cause.

25. À l'analyse, si l'interprétation constitutionnelle n'est qu'une attribution de signification faite par une autorité investie du pouvoir d'interprétation authentique, il en découle que c'est l'interprète qui est lui-même l'auteur de la norme qu'il est chargé d'appliquer. Mais aussi, que le fait pour le juge constitutionnel de tirer son pouvoir d'interprétation d'une norme d'habilitation fait de lui l'interprète authentique de la constitution. On en découle qu'il n'y a aucune limite juridique au pouvoir d'interprétation du juge constitutionnel, puisque, quelle que soit l'interprétation donnée à une norme, celle-ci devrait être valide. Toutefois, les critiques et controverses doctrinales participent à éclairer le juge constitutionnel dans l'élaboration de sa décision constitutionnelle.

Un autre facteur de controverse doctrinale de la jurisprudence constitutionnelle réside dans les techniques de motivation du juge constitutionnel<sup>72</sup>. La motivation de la décision constitutionnelle est la raison de la décision constitutionnelle. Elle constitue un élément d'évaluation de la rationalité de la justice constitutionnelle en général et de la légitimité du juge<sup>73</sup>. Elle est une technique procédurale et une garantie politico-institutionnelle en ce sens que la décision constitutionnelle est parfois considérée comme « un véritable acte politique »<sup>74</sup> à risque

---

72 R. GUASTINI, « Interprétation et description des normes », in P. AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant – PUAM, 1995, p. 89.

73 A. Le QUINIO, « La motivation décisions du conseil constitutionnel au prisme du modèle ibéro-américain », *Nouveau Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 55-56, juin 2017, p.1.

74 *Ibidem*.

de partialité ; puisqu'en réalité, la décision constitutionnelle renferme à la fois une réalité politique et juridique. L'exigence de motivation est une garantie procédurale, qui favorise la connaissance des fondements juridiques du contrôle opéré par le juge, afin de s'y conformer facilement. La motivation est une démonstration par laquelle le juge discute, clarifie ou relativise les principes et règles de droit. Il s'agit d'une stratégie de communication par la recherche d'une légitimité argumentative. C'est un véritable instrument d'interprétation ; un procédé de mise au point de la règle de droit.

C'est en raison de cela qu'elle doit être faite dans une argumentation cohérente et logique, légitimant la décision constitutionnelle<sup>75</sup>.

26. La motivation du juge constitutionnel doit être fondée sur la logique d'une prémisse qui doit être à son tour justifiée de façon adéquate. Elle doit être complète de sorte que chaque décision partielle soit correctement motivée dans le processus décisionnel. La motivation doit être suffisante autrement dit, les motifs qui ont prévalu pour privilégier un argument ou un moyen de droit au détriment de l'autre, doivent être explicités par le juge<sup>76</sup>. Le juge doit donc démontrer la cohérence et la compatibilité des arguments entre eux et en relation avec le litige ou la question de droit à lui soumis. La motivation doit être aussi compréhensible et autosuffisante en dépit du respect du *l'imperia brevitatis*.

Par ailleurs, la critique doctrinale résiste également à concevoir la motivation du juge constitutionnel comme une norme. Ainsi, il est soutenu que la motivation du juge constitutionnel

---

75 A. M. ADANDEDJAN, « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone », *Afrilex*, décembre 2019, pp.30- 34.

76 N. BELLOUBET, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer », *Nouveaux cahiers du conseil Constitutionnel*, N° 55-56 (DOSSIER : Réforme et motivation des décisions) - juin 2017, pp. 33-43.

ne pourrait être une norme, que s'il existe dans le système juridique une autre norme qui la qualifie de norme<sup>77</sup>. Or, dans la plupart des systèmes juridiques de droit écrit, aucune norme ne prévoit que la motivation du juge constitutionnel est une norme<sup>78</sup>. Ainsi, l'obligation de motivation s'impose au juge sans pour autant que cette motivation ne constitue une norme juridique<sup>79</sup>. Il s'ensuit que la critique de la doctrine juridique à l'encontre de la jurisprudence constitutionnelle, doit amener le juge constitutionnel développer un processus d'explicitation sa doctrine exprimée dans les décisions constitutionnelles. Cette doctrine du juge qui doit être assimilée à celle de la juridiction constitutionnelle, peut prendre plusieurs formes : communiquées de presses ou des documents de commentaire de jurisprudences constitutionnelles. Cette doctrine institutionnelle doit cohabiter avec la doctrine universitaire de sorte à permettre aux professeurs de droit et autres praticiens du droit à commenter les décisions constitutionnelles. En tout état de cause, cette doctrine doit avoir pour objet aussi bien la motivation du juge que les réformes entreprises par la juridiction constitutionnelle.

27. Il convient de rappeler que la doctrine institutionnelle de la juridiction constitutionnelle n'a pas pour objet d'apporter une critique à la décision constitutionnelle, mais plutôt, elle a une fonction de légitimation<sup>80</sup>. Elles participent donc à pallier l'insuffisance de la motivation de la décision constitutionnelle, en indiquant les raisons du choix du juge ou en les

---

77 R. GUASTINI, « Jugements de validité », in Mélanges M. Troper, *Economica*, 2006, p. 373.

78 M. GUILLAUME, « L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel : vers de nouveaux équilibres ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2011, p. 49.

79 O. DUTHELLET de LAMOTHE, « L'autorité de l'interprétation constitutionnelle », Intervention lors de la Table ronde organisée par l'AIDC sur l'interprétation constitutionnelle, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 15-16 octobre 2004.

80 J. BENETTI, « Exception jurisprudentielle » et « décision d'espèce » ou comment (re)virer de direction sans le dire », *Constitution*, 2012, p.267.



éclairant<sup>81</sup>. Constitutive d'une méta-motivation de la décision constitutionnelle, elles constituent le prolongement de la décision en justifiant le choix judiciaire<sup>82</sup>. Ainsi, cette doctrine contribue à désamorcer les controverses susceptibles de naître suite à une décision constitutionnelle notamment celles portant sur des questions sociales et politiques très sensibles. Cette doctrine institutionnelle s'avère importante notamment pour expliciter les revirements jurisprudentiels. Le revirement jurisprudentiel se manifeste par l'adoption d'une solution nouvelle incompatible avec l'ancienne. Il est une modification du sens à donner à la Constitution. Il découle de l'œuvre d'interprétation du juge constitutionnel<sup>83</sup>. Mais dans ces cas, le juge constitutionnel doit faire attention à ne pas remettre en cause sa crédibilité et sa légitimité dans l'exercice de cette œuvre d'interprétation. Puisque, la fonction d'une juridiction constitutionnelle est aussi d'inscrire ses actions dans la durée et d'être porteuse de continuité, gage de sécurité juridique<sup>84</sup>.

28. Toutefois, il convient de relever que la doctrine universitaire fustige souvent le juge constitutionnel d'être subjectif dans ses interprétations de la constitution. La doctrine universitaire fonde souvent cette accusation du juge constitutionnel sur la théorie réaliste de l'interprétation. Car, « tout énoncé n'a pas une seule signification, mais plusieurs parmi lesquelles il s'agit de choisir. Ce choix ne correspond pas à une réalité objective, mais traduit seulement les

---

81 B. GENEVOIS, « La jurisprudence du Conseil constitutionnel est-elle imprévisible ? », *Pouvoirs*, n°59, 1991, p. 129.

82 D. G.LAVROFF., « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in *Mélanges G. Peiser*, PU Grenoble, 1995, p. 347

83 7 T. DI MANNO, « Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel, présentation », in *Cahiers du conseil Constitutionnel*, n°20, juin 2006, pp.1-3.

84 M. DISANT, « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel-Permanence et actualité(s) », in *Cahiers du conseil Constitutionnel*, N° 28 - Juillet 2010, pp.1-5.

préférences subjectives de celui qui l'exprime »<sup>85</sup>. C'est à juste titre que le professeur Michel TROPPER écrit que « la psychologie du juge permet de comprendre l'orientation de ses décisions »<sup>86</sup>. Et que pour mieux cerner les convictions fondant une décision du juge constitutionnel, « il faut non seulement rechercher quelles normes il applique, mais aussi à quel parti politique il appartient ou quelle église il fréquente »<sup>87</sup>. On pourra donc déduire de cette prétention que la doctrine institutionnelle de la juridiction constitutionnelle permettra de situer la jurisprudence actuelle par rapport à la jurisprudence antérieure en permettant une lecture orientée de la jurisprudence antérieure tout en la construisant ou en la reconstruisant. Il s'agit donc d'une doctrine constructive.

29. À cet effet, elle apporte un soutien technique à la doctrine universitaire qui, elle, est critique. La doctrine critique doit se fonder sur la doctrine interne à la juridiction constitutionnelle qui contextualise la jurisprudence. Cette contextualisation permet à la doctrine universitaire d'apporter des nuances dans le commentaire des décisions constitutionnelles. De même, la doctrine interne permet d'éclairer la vérité délibérative de la juridiction constitutionnelle, c'est-à-dire la signification de la motivation retenue dans la décision constitutionnelle. Il en découle que la doctrine interne à la juridiction constitutionnelle offre à la doctrine universitaire un gain de temps considérable dans l'appréciation scientifique de la motivation du juge, quand bien même se pointerait à l'horizon un risque de capture de la doctrine universitaire par la doctrine interne à la juridiction constitutionnelle. Toutefois, cette capture de la doctrine universitaire n'est que relative, si l'on considère la doctrine

---

85 M.TROPPER, *La philosophie du droit*, Paris, P.U.F., coll. « Que sais-je ? », 3<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 99.

86 *Ibidem*.

87 *Ibidem*.

de la juridiction constitutionnelle pour ce qu'elle une lecture légitimant la décision constitutionnelle.

En tout, l'on doit soutenir que la doctrine universitaire doit être complémentaire à celle de la doctrine juridictionnelle. Car, la doctrine universitaire doit se fonder sur celle de la juridiction constitutionnelle, pour mettre en évidence, suivant une démarche critique, les limites de la motivation du juge constitutionnel<sup>88</sup>. La doctrine universitaire favorise donc, l'éclairage de l'office du juge constitutionnel sur les possibles interprétations de la constitution, sur le raisonnement susceptible d'être tenu par le juge et les solutions à retenir dans un contexte sociopolitique et économique précis<sup>89</sup>.

C'est en raison de cela que l'on peut soutenir avec Alexis Le Quinio que le dialogue entre la doctrine universitaire et le juge présente plus une utilité sociale que celui entre les juges qui présente plutôt une fonction argumentative de légitimation de la décision<sup>90</sup>.

Dans la mise en œuvre de ce dialogue entre doctrines universitaires et le juge, la doctrine universitaire doit chercher à s'émanciper de la doctrine juridictionnelle développée par le juge à travers la motivation de sa décision. Ainsi, la doctrine universitaire doit problématiser le droit en offrant au juge et aux autorités d'application des normes, une lecture critique de leur objet afin de les inciter à améliorer leur appréhension et application de la norme juridique<sup>91</sup>.

---

88 M. GRANAT, « Juges constitutionnels et doctrine », in *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 30-2014, 2015, pp. 435-448.

89 R. GUASTINI, « Réalisme et anti-réalisme dans la théorie de l'interprétation », in *Mélanges P. Amselek*, Bruylant, 2005, p.431.

90 A. LE QUINIO, *Recherches sur la circulation des solutions juridiques : le recours au droit comparé par les juridictions constitutionnelles*, Fondation Varenne, collection des thèses n° 53, 2011, p.271 et s.

91 J. M. DENQUIN, « La jurisprudence du conseil constitutionnel : grandeur ou décadence du droit constitutionnel ? Un regard surplombant sur les libertés publiques », *jus politicum*, n°7, 2012, p.5.

## CONCLUSION

30. À la détermination du lien d'instance du procès constitutionnel, l'on retrouve le tiers, comme un talon d'Achille du contentieux constitutionnel. Au paravent renié du procès de constitutionnalité des lois, le tiers s'annonce de plus en plus comme un destinataire averti de la norme constitutionnelle. Se présentant de façon multiforme, le tiers dans le contentieux constitutionnel s'infiltré dans l'office du juge constitutionnel à travers l'ouverture de la « porte étroite »<sup>92</sup> du contentieux constitutionnel aux citoyens. Dans le contrôle de constitutionnalité, issu d'une exception d'inconstitutionnalité, le contrôle opéré par la juridiction constitutionnelle déploie des effets sur le litige *a quo*. Ces effets du contrôle de constitutionnalité valent aussi bien pour la partie ayant soulevé l'exception d'inconstitutionnalité mais également pour d'autres personnes pouvant tirer profit de la décision de déclaration d'inconstitutionnalité. Mais au-delà de la contribution du tiers justiciable à l'exercice de la mission du juge constitutionnel, se pointe à l'horizon l'exigence d'assurer à travers les interventions des tiers dans le contentieux constitutionnel, les garanties du procès équitable dont le respect du principe du contradictoire<sup>93</sup>.
31. Pour cette raison, les modifications apportées aux articles 28 et 30 du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin ont reflété cette exigence de la qualité du processus juridictionnel devant le juge constitutionnel béninois. Cette réforme de la procédure du contentieux constitutionnel a institué la publicité des audiences juridictionnelles de la Cour, mais aussi, le contradictoire de l'instruction des recours constitutionnels.

---

92 G. VEDEL, « L'accès des citoyens au juge constitutionnel : la porte étroite », *La vie judiciaire*, 17/3/91, n° 11, p. 1.

93 P. MARTENS, « Les principes constitutionnels du procès dans la jurisprudence récente des juridictions constitutionnelles européennes », in *Cahiers du conseil Constitutionnel*, N° 14 (Dossier : la justice dans la Constitution) - Mai 2003, pp.1-6.

Alors que conformément aux anciennes dispositions des articles 28 et 30 du règlement intérieur de la Cour, la procédure suivie devant elle était écrite, secrète et de façon exceptionnellement contradictoire, avec la réforme intervenue le 11 juin 2018, la procédure contentieuse de la juridiction constitutionnelle béninoise est désormais généralement et obligatoirement contradictoire. De même, la procédure a été rendue publique d'où les audiences de la Cour ne sont plus secrètes. Ainsi, d'une procédure inquisitoriale, la Cour est passée à une procédure accusatoire. C'est une condition importante pour le contrôle social du jugement constitutionnel<sup>94</sup>.

Avec la réforme intervenue le 11 juin 2018 et initiée par les membres de la sixième mandature de la cour constitutionnelle du Bénin, la procédure contentieuse de la juridiction constitutionnelle béninoise est désormais obligatoire et contradictoire.

De même, la procédure a été rendue publique d'où les audiences de la Cour ne sont plus secrètes. C'est une condition importante pour le contrôle social du jugement constitutionnel effectué, comme nous l'avons examiné par l'opinion publique et la doctrine<sup>95</sup>. Cette réforme de la procédure juridictionnelle de la Cour s'inscrit dans le souci de la transparence de la justice constitutionnelle béninoise. Par ailleurs, la diffusion de la doctrine à travers la revue RCC de la cour constitutionnelle du Bénin constitue un moyen idoine du dialogue entre le juge constitutionnel et la doctrine universitaire. La contribution des tiers dans le contentieux constitutionnel n'est pas juste « un nouveau gadget à la mode »<sup>96</sup>. En dehors de l'expertise qu'ils apportent au juge constitutionnel, ils constituent également un canal de garantie de qualité de la décision constitutionnelle.

---

94 C. DEFFIGIER, « Qualité formelle et qualité substantielle des décisions de justice administrative », in *Revue française d'Administration publique*, 2016/3, p. 764.

95 *Ibidem*.

96 N. DANELCIUC-COLODROVSKI, « Les interventions des tiers dans le procès constitutionnel. L'invocabilité des principes constitutionnels par les citoyens dans les pays de l'Est de l'Europe », *op.cit.*, p.17.

LA PRIMAUTÉ DU DROIT DE L'INTÉGRATION  
(OHADA- UEMOA) DEVANT LA  
COUR CONSTITUTIONNELLE DU BÉNIN<sup>1</sup>.

**Gilles BADET**

*Maître-Assistant en droit public,  
Secrétaire général de la Cour constitutionnelle du Bénin.*

*« La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et, même, constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. Les Etats ont le devoir de veiller à ce qu'une norme de droit national incompatible avec une norme de droit communautaire qui répond aux engagements qu'ils ont pris, ne puisse pas être valablement opposée à celle-ci »<sup>2</sup>. C'est en ces termes que la Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) a réaffirmé, en 2020, un principe qu'il avait énoncé depuis plusieurs années<sup>3</sup> et qui, par ailleurs, était consacré depuis fort longtemps en droit comparé. Ces termes rappellent en effet ceux tenus par ce qui n'était alors que la Cour de justice des communautés européennes dans la fameuse affaire 6-64 *Costa**

---

1 Cette étude initialement publiée dans la Revue béninoise des sciences juridiques et administratives (n° 41, 2019-2020, pp.87 et svtes.) est publiée ici en hommage à un grand juriste pluridisciplinaire, acteur majeur du droit et de la démocratie au Bénin et en Afrique. Ceci n'est qu'une modeste contribution qui n'est pas à la hauteur de ce que nous devons à cette grande personnalité béninoise et africaine.

2 CJ UEMOA, Arrêt N° 005/2020 du 08 juillet 2020.

3 Avis n° 01/2003, Avis de la Cour du 18 mars 2003 relatif à la création d'une Cour des Comptes au Mali : « La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles et même constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux ».

c. *ENEL* du 15 juillet 1964<sup>4</sup>. En partant de ce repère historique européen, on se rappelle que l'affaire en question avait pour objet une demande de décision préjudicielle, formée sur la base de l'article 177 du traité C.E.E. par le *Giudice Conciliatore* de Milan et tendait à obtenir l'interprétation des articles 102, 93, 53 et 37 dudit traité dans le litige pendant devant ce juge. Le raisonnement de la haute juridiction européenne reposait, en la matière, sur trois arguments de type fonctionnel<sup>5</sup>. Le premier tient de ce que l'applicabilité directe et immédiate du droit communautaire resterait lettre morte si un Etat pouvait s'y soustraire par un acte interne opposable aux textes communautaires<sup>6</sup>. Le deuxième argument a trait à l'idée qu'en attribuant des compétences à la communauté, c'est à une limitation proportionnelle des droits souverains étatiques que s'est adonné chacun des Etats membres de la communauté<sup>7</sup>. Le troisième argument, enfin, porte sur l'unité de l'ordre juridique communautaire, c'est-à-dire le fait que ce droit doit avoir la même portée dans chacun des Etats membres de la communauté<sup>8</sup>. Cela signifie, qu'à défaut d'être commune, la règle communautaire cesse d'exister<sup>9</sup>. De ces trois arguments et de la jurisprudence constante de la Cour de justice de

4 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0006&from=FR>, consulté le 26 octobre 2020 : « *En instituant une Communauté de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité, de la capacité juridique, d'une capacité de représentation internationale et plus particulièrement de pouvoirs réels issus d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions des États à la Communauté, ceux-ci ont limité, bien que dans des domaines restreints, leurs droits souverains et créé ainsi un corps de droit applicable à leurs ressortissants et à eux-mêmes; (...) cette intégration au droit de chaque pays membre de dispositions qui proviennent de source communautaire, et plus généralement les termes et l'esprit du traité, ont pour corollaire l'impossibilité pour les États de faire prévaloir, contre un ordre juridique accepté par eux sur une base de réciprocité, une mesure unilatérale ultérieure qui ne saurait ainsi lui être opposable; » ; « issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même ».*

5 S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.497.

6 G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 184.

7 Ibid.

8 Ibid.

9 Cf aussi sur ce point, affaire CJ, 1468, *Walt Wilhelm*, 13 février 1969, *Rec.* 1969, p. 15.

l'Union européenne depuis lors, il a été dégagé par la doctrine quatre éléments essentiels justifiant la primauté du droit communautaire sur le droit interne<sup>10</sup>. Premièrement, la primauté est une condition existentielle du droit communautaire qui ne saurait exister en tant que droit qu'à la condition, de ne pas pouvoir être mis en échec par le droit des Etats membres. Deuxièmement, c'est en vertu de sa nature propre et non du fait d'une quelconque concession du droit constitutionnel des Etats membres, que le droit communautaire tire sa primauté. Troisièmement, l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux.

Quatrièmement, enfin, la primauté du droit communautaire vaut à la fois dans les rapports entre Etats et institutions communautaires et dans les ordres juridiques nationaux (« primauté interne »). C'est donc un principe bien établi du droit de l'intégration, affirmé d'abord en droit de l'Union européenne, qui a été repris dans le cadre d'organisations d'intégration mises en place en Afrique<sup>11</sup>.

De plus, contrairement au modèle européen dans lequel les traités des communautés ne contenaient, à l'origine, aucune disposition relative à la primauté du droit communautaire<sup>12</sup>, ce qui a expliqué la consécration d'abord jurisprudentielle dudit principe, les

---

10 G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1998, pp. 186-187.

11 A. SOW, « La diffusion du droit communautaire ouest-africain », *CIVITAS EUROPA*, 2016/2, n° 37, pp. 351-370 ; A. SOMA « Les caractères généraux du droit communautaire », *Revue CAMES/SJP*, n°001/ 2017, p. 1-10 ; L. M. IBRIGA, *Droit communautaire Ouest africain*, Ouagadougou, Maison de droit, 2012 ; J. KAZADI MPIANA, « La problématique de l'existence du droit communautaire africain. L'option entre mimétisme et spécificité », *Revue libre de Droit*, 2014, p.38-78, in [https://revue-libre-de-droit.fr/wp-content/uploads/2019/04/Joseph\\_Kazadi\\_Mpiana\\_La\\_problematique\\_de.pdf](https://revue-libre-de-droit.fr/wp-content/uploads/2019/04/Joseph_Kazadi_Mpiana_La_problematique_de.pdf), consulté le 10 novembre 2020. Pour une approche entre ordres juridiques partiels dans les rapports entre les différentes organisations d'intégration en Afrique, voir, D. GNAMOU, « Rapports de systèmes et intégration africaine », *Revue burkinabè de droit*, N° 53, 2<sup>ème</sup> semestre 2017, pp. 125-157.

12 P-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2016, p. 488 ; M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, p. 276 ; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p.495 ; D.SIMON, « Droit communautaire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PIF, 2003, p. 452 ; G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1998, p. 184.



organisations d'intégration mises en place en Afrique et comprenant un nombre important d'Etats d'Afrique de l'ouest, en particulier l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et l'Union Économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), ont, en ce qui les concerne, entendu régler la question dans leur traité constitutif. C'est ainsi que le traité relatif à l'Harmonisation, en Afrique, du Droit des Affaires (OHADA), adopté à Port-Louis, le 17 octobre 1993, et modifié par le Traité de Québec du 17 octobre 2008, stipule en son article 10 que les normes de droit dérivé OHADA dénommées « *actes uniformes* » sont « *directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure*<sup>13</sup>. ». Quant au traité de l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) du 10 janvier 1994, révisé le 29 janvier 2003, il stipule en son article 6 que : « *Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure* ». Dans cette dynamique d'affirmation conventionnelle, par les organisations africaines d'intégration actives en Afrique occidentale, de la primauté du droit de l'intégration sur les droits nationaux dont la mise en œuvre est palpable surtout dans le cadre de l'application immédiate et directe des normes de droit dérivé, la Communauté Économique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) est en léger retrait. Aux termes de l'article 5.3 du traité révisé de 1993 de cette communauté, « *Chaque Etat Membre s'engage à honorer ses obligations aux termes du présent Traité et à respecter les décisions et les règlements de la Communauté* ».

---

13 C'est nous qui soulignons l'extrait relatif au principe de primauté.

Les décisions<sup>14</sup> et règlements<sup>15</sup> apparaissent ainsi comme des normes de droit dérivé de la CEDEAO. En pratique, l'organisation connaît des normes variées de droit dérivé telles que, au-delà des décisions et règlements, les actes additionnels, les directives, les avis et les recommandations<sup>16</sup>. Mais le constat est que, non seulement aucune primauté n'est affirmée dans le traité constitutif concernant ces normes de droit dérivé<sup>17</sup>, mais, en plus, une grande place (plus de trente traités et protocoles) est accordée au recours au droit primaire ou principal, donc à des traités internationaux classiques, « dont l'entrée en vigueur est subordonnée au respect des prescriptions

- 
- 14 En ce qui concerne spécifiquement les décisions, l'article 9 du traité révisé de la CEDEAO stipule : « 1. *Les actes de la Conférence [des chefs d'Etat et de Gouvernement] sont dénommés décisions.*
2. *Sauf dispositions contraires du présent Traité ou d'un protocole, les décisions de la Conférence sont prises selon les matières à l'unanimité, par consensus, à la majorité des deux tiers des Etats Membres.*
  3. *Les matières visées au paragraphe ci-dessus sont définies dans un Protocole. Les décisions de la Conférence sont adoptées par consensus jusqu'à l'entrée en vigueur dudit protocole.*
  4. *Les décisions de la Conférence ont force obligatoire à l'égard des Etats Membres et des Institutions de la Communauté, sous réserve des dispositions du paragraphe (3) de l'Article 15 du présent Traité.*
  5. *Le Secrétariat Exécutif est tenu de procéder à la publication des décisions trente (30) jours après la date de leur signature par le Président de la Conférence.*
  6. *Ces décisions sont exécutoires de plein droit soixante (60) jours après la date de leur publication dans le Journal Officiel de la Communauté.*
  7. *Chaque Etat membre public les mêmes décisions dans son Journal Officiel dans les délais prévus au paragraphe 5 ».*
- 15 Article 12 du traité révisé de la CEDEAO : « 1. *Les actes du Conseil [des ministres] sont dénommés règlements.*
2. *Sauf dispositions contraires du présent Traité, les règlements du Conseil sont adoptés selon les matières, à l'unanimité, par consensus ou à la majorité des deux tiers des Etats Membres conformément au protocole visé à l'article 9 paragraphe 3 du présent Traité. Les règlements du Conseil sont adoptés par consensus jusqu'à l'entrée en vigueur dudit Protocole.*
  3. *Les règlements du Conseil ont, de plein droit, force obligatoire à l'égard des Institutions relevant de son autorité. Ils sont obligatoires à l'égard des Etats Membres après leur approbation par la Conférence. Toutefois, les règlements ont d'office force obligatoire en cas de délégation de pouvoirs, conformément aux dispositions du paragraphe 3 (f) de l'Article 7 du présent Traité.*
  4. *Ces règlements entrent en vigueur et sont publiés dans les mêmes conditions et délais stipulés aux paragraphes 5, 6 et 7 de l'Article 9 du présent Traité ».*
- 16 S. N. TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, 2015, p. 248.
- 17 E. H. O. DIOP « L'ordre juridique interne des organisations d'intégration africaine », in <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/l-ordre-juridique-interne-des.html>, consulté le 26 octobre 2020, p.12.

constitutionnelles des différents Etats membres (ce qui leur octroie en dernier ressort toute liberté de ratifier ou non) et dont l'application est sujette aux circonstances très changeantes (d'où une sorte d'organisation d'intégration fragmentée, 'à la carte', une sorte de "Pick and choice")<sup>18</sup>. On comprend dès lors pourquoi il n'a été prévu à la charge de chaque Etat membre<sup>19</sup> que de « *prendre toutes mesures appropriées, conformément à ses procédures constitutionnelles, pour assurer la promulgation et la diffusion des textes législatifs et réglementaires nécessaires à l'application des dispositions du présent Traité* ». C'est à peine s'il ne faut pas se demander si la CEDEAO promeut véritablement un droit de l'intégration. Pour ces raisons, le droit de la CEDEAO ne sera pas pris en compte dans la présente étude.

Le droit communautaire a pu être défini comme étant « le système juridique de l'Europe communautaire, fondé sur les traités instituant la communauté européenne du charbon et de l'acier (Traité de Paris du 18 avril 1951), la communauté économique européenne et la communauté européenne de l'énergie atomique (traités de Rome du 25 mars 1957) ainsi que sur les instruments conventionnels ayant procédé à la révision de ces traités originaires »<sup>20</sup>. On peut avoir du concept une approche restrictive signifiant « l'ensemble des normes juridiques régissant l'organisation et le fonctionnement des communautés européennes »<sup>21</sup>. Mais, il a existé aussi une approche large du « droit communautaire ». Elle comprenait, outre le droit communautaire au sens strict évoqué ci-dessus, le droit de l'Union européenne, construit sur la base du traité de Maastricht du 7 février

---

18 S. N. TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, 2015, pp. 246-247.

19 Article 5.2 du traité révisé.

20 D. SIMON, « Droit communautaire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 448 ; Voir aussi, S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp.37-106 ; G. ISAAC, *Droit communautaire général*, Paris, Armand Colin, 1998, pp. 1-16.

21 D. SIMON, « Droit communautaire », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 448.

1992 et du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, modifiés et complétés par le traité de Nice, signé le 26 février 2001 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2003<sup>22</sup>. Mais, avec le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009, qui a substitué à la Communauté européenne, l'Union Européenne (TUE), on parle désormais du « droit de l'Union européenne »<sup>23</sup>. En effet, le traité instituant la Communauté européenne, qui régissait la communauté européenne, est rebaptisé « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ». Aujourd'hui, le TUE et le TFUE sont les deux traités distincts et complémentaires qui régissent l'Union Européenne<sup>24</sup>.

---

22 Ibid.

23 M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 2014, pp. 10-16.

24 M. GAILLARD, *L'Union européenne. Institutions et politiques*, Paris, La Documentation française, 2018. Larges extraits disponibles à l'adresse : <https://www.vie-publique.fr/fiches/20298-quest-ce-que-lunion-europeenne>, consulté le 27 Octobre 2020 : « *L'Union européenne (UE) est l'association volontaire d'États européens, dans les domaines économique et politique, afin d'assurer le maintien de la paix en Europe et de favoriser le progrès économique et social.*

*Au 1er juillet 2013, l'UE comptait 28 membres : Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Grèce, Hongrie, Irlande, Italie, Lettonie, Lituanie, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Royaume-Uni, République tchèque, Roumanie, Slovaquie, Slovénie, Suède.*

*Le 31 janvier 2020, le Royaume-Uni s'est retiré de l'Union européenne. Ce retrait faisait suite au référendum du 23 juin 2016 lors duquel 51,6% des électeurs britanniques ont voté en faveur du « Brexit » (British exit). L'UE compte désormais 27 membres.*

*Cinq États ont actuellement le statut d'État candidat : le Monténégro, la Serbie et la Turquie, avec lesquels les négociations d'adhésion sont en cours ; l'Albanie et la Macédoine (ancienne République yougoslave de Macédoine) pays pour lesquels les négociations n'ont pas encore commencé.*

*La Bosnie-Herzégovine et le Kosovo ont, quant à eux, le statut de candidats potentiels.*

*L'UE a été créée par le traité sur l'Union européenne (TUE) signé à Maastricht le 7 février 1992, et entré en vigueur le 1er novembre 1993. Elle est l'aboutissement du processus commencé en 1951 avec la création de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA).*

*Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009, a substitué l'UE à la Communauté européenne. Le traité instituant la Communauté européenne, qui la régissait, est rebaptisé « traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ». Le TUE et le TFUE sont les deux traités distincts et complémentaires qui régissent l'UE.*

*L'UE est une organisation unique. Ce n'est ni une fédération, ni une confédération d'États, ni une organisation internationale. Elle est néanmoins dotée de la personnalité juridique par le traité de Lisbonne (art. 47 TUE), ce qui lui permet de conclure des traités ou d'adhérer à des conventions. Enfin, l'UE possède des institutions fortes, auxquelles les États membres ont transféré une partie de leurs compétences ».*

Même si l'on a pu et continue parfois de dénommer le droit de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) et celui de la Communauté économique des Etats de l'Afrique de l'ouest (CEDEAO), « droit communautaire » parce que ces instances visent à mettre et à gérer ensemble des institutions et des matières, il faut reconnaître que l'expression générique qui conviendrait à ces institutions, et qu'elles partageraient, pour des raisons de droit comparé, avec les institutions de l'Union européenne, est celle de « droit de l'intégration ». Le point commun entre toutes ces institutions est effectivement l'ambition affichée de l'intégration, cette dernière étant définie comme le « transfert de compétences étatiques d'un Etat à une organisation internationale dotée de pouvoirs de décision et de compétences supranationales »<sup>25</sup>. C'est à ce titre que l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), organisation, non pas d'intégration économique, mais d'intégration juridique, pourrait également être prise en compte dans la présente étude. Si l'intégration est généralement perçue comme « une fonction d'une organisation internationale qui vise à unifier progressivement par des mécanismes appropriées, l'économie, voire le système politique des Etats membres »<sup>26</sup>, un tel objectif peut, de manière originale, prendre par la voie de l'intégration juridique. « On ne part plus de l'espace économique intégré pour induire quelques principes communs, on cherche l'intégration juridique pour faciliter les échanges et les investissements et garantir la sécurité juridique des activités des entreprises »<sup>27</sup>.

Quoi qu'il en soit, contrairement aux organisations de coopération qui ne sont que des lieux d'échanges de points de vue entre Etats souverains, les organisations d'intégration ont pour ambition

---

25 Gerard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p.558.

26 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, pp. 590-591.

27 P-G. POUGOUE, « OHADA, instrument d'intégration juridique », *Revue africaine des sciences juridiques*, vol. 2, n° 2, 2011, pp. 11 et s.

affichée de fonder leur action « sur la primauté et l'applicabilité directe des normes qu'elles secrètent ainsi que sur la capacité donnée aux particuliers de faire eux-mêmes valoir leurs droits dans l'ordre juridique partiel considéré »<sup>28</sup>.

Il est important de signaler que la primauté ne doit être confondue, ni avec l'applicabilité immédiate ou effet immédiat, ni avec l'applicabilité directe ou effet direct. L'effet immédiat ou applicabilité immédiate exprime l'idée qu'une norme (dérivée) de l'intégration « n'a pas besoin, pour intégrer et être considérée comme juridiquement valable en droit interne, d'une formalité supplémentaire et postérieure à son entrée en vigueur dans l'ordre communautaire »<sup>29</sup>. Les règles d'intégration sont « automatiquement intégrées au droit interne dès lors qu'elles satisfont à leurs conditions de validité dans l'ordre communautaire »<sup>30</sup>. Quand on évoque l'applicabilité directe ou l'effet direct de la norme d'intégration, cela signifie qu'elle a « l'aptitude générale à être source de droits subjectifs et d'obligations individuelles attribuables et invocables par les personnes, tant dans les rapports de particuliers à particuliers, que dans les relations juridiques des individus avec les institutions de l'Etat »<sup>31</sup>. Dans la pratique, « l'effet direct ou l'applicabilité directe implique le droit pour toute personne de réclamer à tout organe de l'Etat l'application à son égard des règles communautaires telles qu'adoptées dans l'ordre communautaire, et tous les organes de l'Etat, notamment les juridictions, ont l'obligation de faire appliquer ces règles directement dans les rapports juridiques présentés devant eux »<sup>32</sup>.

---

28 P. BODEAU-LIVINEC, « Organisation internationale », in P. MBONGO, F. HERVOUET et C. SANTULLI (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de l'Etat*, Paris, Berger Levrault, 2014, p. 682.

29 A. SOMA « Les caractères généraux du droit communautaire », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 3.

30 Ibid.

31 Ibid., pp. 3-4.

32 Ibid.

C'est parce que, aussi bien le principe de l'applicabilité immédiate que celui de l'applicabilité directe resteraient lettre morte si les règles de droit interne étaient opposées aux règles de droit de l'intégration que le principe de primauté des dernières sur les premières est affirmé dans une forme radicale et absolue : « *l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux* »<sup>33</sup>.

Et c'est précisément parce que la primauté se veut une « condition existentielle » d'accomplissement de la mission d'intégration que le conflit naît parfois avec l'ordre juridique interne de certains Etats membres de l'organisation d'intégration. Les exemples de résistance du Burkina Faso en 2015<sup>34</sup> ou du Sénégal en 2013<sup>35</sup> ont pu ainsi être répertoriés en doctrine avant d'être qualifiés d'« anormales au regard des caractères généraux de l'ordre juridique communautaire »<sup>36</sup>.

Mais les tenants de la suprématie de la Constitution, norme d'origine interne, sur l'ordre juridique communautaire dans son intégralité ne s'avouent pas facilement vaincus. Ils essayent de donner, eux aussi, un fondement juridique à leur résistance.

Pour ne prendre que le cas du Bénin, l'article 3 de la Constitution du 11 décembre 1990 a été évoqué. Il dispose :

*« La souveraineté nationale appartient au Peuple. Aucune fraction du Peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.*

*La souveraineté s'exerce conformément à la présente Constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat.*

---

33 CJ UEMOA, Arrêt N° 005/2020 du 08 juillet 2020.

34 CICEDEAO, 13 juillet 2015, Affaire CDP et autres c/ Burkina Faso.

35 CICEDEAO, 22 février 2013, Affaire Karime Wade c/ Etat du Sénégal

36 A. SOMA « Les caractères généraux du droit communautaire », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 6.

*Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ».*

Cette disposition énonce la suprématie constitutionnelle en des termes peu équivoques. Elle l'associe en même temps à deux autres principes, la souveraineté et la hiérarchie des normes.

La souveraineté est le « pouvoir de commander et contraindre sans être ni commandé ni contraint » disait Jean BODIN<sup>37</sup>. C'est « une puissance initiale, absolue, suprême et indivisible »<sup>38</sup>, autrement dit, « le caractère suprême d'une puissance qui n'est soumise à aucune autre »<sup>39</sup>. En fait, la souveraineté est initialement un principe abstrait qui exprime l'identité du corps politique, « le foyer où se nouent la capacité à édicter des normes et le devoir d'obéissance »<sup>40</sup>. De nos jours, les démocraties modernes situent la suprématie et le caractère absolu de la souveraineté, non plus dans l'abstrait, mais dans une norme, la Constitution. L'Etat n'est alors que le cadre géographique servant à délimiter le territoire et les personnes auxquels s'applique le pouvoir souverain<sup>41</sup>.

Quant à la hiérarchie des normes, il s'agit de ce que Hans KEKSEN appelle une « *structure hiérarchique du droit* »<sup>42</sup>. En effet, selon ce grand juriste autrichien, « chaque degré de l'ordre juridique constitue ... une production du droit vis-à-vis du degré inférieur et une reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur ».

---

37 J. BODIN, *Les six livres de la République* (1576), I, I, chap. VIII, Paris, Librairie générale française, 1993, p. 121.

38 S. MOUTON, « Souveraineté », in P. ESPLUGAS, Ch. EUZET, S. MOUTON et J. VIGUIER, *Droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2012, p. 49.

39 G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p.983.

40 P. BOURETZ, « Souveraineté », in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 989

41 M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 378.

42 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, p. p. 201.



Ainsi, « la Constitution réglant pour l'essentiel la confection des lois, la législation est, vis-à-vis d'elle, application du droit. Vis-à-vis du règlement et des autres actes subordonnés à la loi, elle est au contraire création du droit ; le règlement est, de même, application du droit vis-à-vis de la loi et création du droit vis-à-vis du jugement et de l'acte administratif qui l'appliquent. Ceux-ci à leur tour, sont application du droit si l'on regarde vers le haut et création du droit, si l'on regarde vers le bas... »<sup>43</sup>. Cette théorie de la hiérarchie des normes qui transparait déjà dans l'article paru en 1928 sera détaillée et systématisée dans l'ouvrage classique du juriste autrichien<sup>44</sup> en ces termes : « L'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés, une pyramide ou hiérarchie formée (pour ainsi dire) d'un certain nombre d'étages ou couches de normes juridiques. Son unité résulte de la connexion entre éléments qui découle du fait que la validité d'une norme qui est créée conformément à une autre norme repose sur celle-ci ; qu'à son tour, la création de cette dernière a été elle aussi réglée par d'autres, qui constituent à leur tour le fondement de sa validité ; et cette démarche régressive débouche finalement sur la norme fondamentale – norme supposée. La norme fondamentale hypothétique – en ce sens- est par conséquent le fondement de validité suprême, qui fonde et scelle l'unité de ce système de création ». Cette norme hypothétique suprême fonde la Constitution elle-même<sup>45</sup>, c'est-à-dire, « la norme qui règle l'élaboration des lois, des normes générales en exécution desquelles s'exerce l'activité des organes étatiques – tribunaux et autorités administratives ..., la règle de création des normes juridiques essentielles de l'Etat, [la règle de]

---

43 Ibid., p. 200.

44 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 1934, Trad. Française de la 2<sup>ème</sup> éd. Par Ch. EINSENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 299.

45 O. PFERSMANN, « La Constitution comme norme », in, L. FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2002, p. 57 ; X. MAGNON, *Théorie (s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 74

détermination des organes et de la procédure de la législation ... l'assise fondamentale de l'ordre étatique. »<sup>46</sup>.

La suprématie constitutionnelle est une conséquence du constitutionnalisme, dernière étape de l'Etat de droit, qui traduit l'acceptation à la fois juridique et politique de la supériorité de la Constitution sur toute autre norme.

Politiquement, le constitutionnalisme signifie que la loi fondamentale est la traduction du pacte social conclu entre toutes les composantes du pays, d'où sa légitimité qui l'érige en mythe sacralisé<sup>47</sup>. Juridiquement, le constitutionnalisme s'inscrit dans une conception libérale du droit public qui veut que les pouvoirs publics soient essentiellement limités afin que soient garanties les principales libertés de l'individu<sup>48</sup>.

La suprématie constitutionnelle ne pose pas de problèmes juridiques particuliers par rapport aux normes internes, en tous cas en ce qui concerne leur rapport et leur rang avec la Constitution.

A l'égard des normes internationales, la suprématie constitutionnelle pose des difficultés autrement plus sérieuses, lesquelles nourrissent des débats et controverses relatifs à la revendication de la primauté desdites normes par rapport à la Constitution<sup>49</sup>. Puisque les normes internationales ou certaines d'entre elles revendiquent, à l'instar de la Constitution, une primauté sur les normes de droit interne, la question se pose de savoir, de la Constitution ou de la norme

---

46 H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp. 204-205.

47 Y. MENY, « Constitutionnalisme », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 213.

48 P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 266.

49 A. C. SECK, *Intégration et Souveraineté étatique, approche comparative entre l'Europe et l'Afrique à travers l'UE, l'UEMOA et l'OHADA*, Thèse pour le doctorat en droit public (Sous la direction de Mr Michel BRUNO et la codirection de Mr Alioune SALL), Université Le Havre Normandie, 05 avril 2018.

internationale ayant primauté sur le droit interne, laquelle devrait primer sur l'autre.

En fait, la doctrine a réglé la question des rapports entre droit national et droit international en proposant deux solutions : Le dualisme et le monisme<sup>50</sup>.

Le dualisme, qui met en œuvre une conception poussée du volontarisme et de la souveraineté des Etats, conduit à refuser toute immixtion du droit international dans le droit interne des Etats. Chaque ordre juridique est distinct de l'autre. D'un côté, le droit international régit les rapports entre Etats et appartient et à un ordre totalement autonome. De l'autre côté, les Etats ont une absolue maîtrise sur leur ordre juridique interne. Dans cette conception, chaque ordre est un ensemble autonome et aucun lien n'est possible entre eux. La conséquence de cette approche est que la norme internationale doit être reçue dans l'ordre interne par un acte qui permet de lui donner l'aspect d'une norme interne dont elle prendra, dans la hiérarchie des normes, la valeur, souvent législative. Ce qui sera dès lors appliquée dans l'ordre juridique interne, c'est bien la norme interne de réception ou de transposition, mais pas la norme internationale, qui, en soi, n'existe pas en droit interne. Plusieurs Etats anglo-saxons et quelques Etats européens continuent de mettre en œuvre cette théorie. Mais, il faut reconnaître qu'elle n'est pas adaptée à la société internationale actuelle car elle ne tient pas compte de l'interdépendance croissante des Etats et du rôle du droit interne dans la mise en œuvre du droit international.

---

50 P-M. DUPUY et Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2016, pp. 447-451 ; E. DECAUX et O. de FROUVILLE, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p. 107 ; P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J. 2002, p. 92-97 ; D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 2014, pp. 186- 193 ; P. MARTIN-BIDOU, *Droit international public*, Paris, Ellipses, 2008, pp. 136-137.

Mais être dans le monisme implique qu'il faut nécessairement, en prévision des conflits entre normes, régler la question de la suprématie ou de la primauté de chacune des normes par rapport à chacune des autres normes. Il faut déterminer, en cas de conflit de normes, laquelle l'emporte sur l'autre dans chaque hypothèse, autrement dit, laquelle a primauté sur l'autre.

En fait, la primauté a une double signification<sup>51</sup>. « Dans une première acception, il y a primauté d'une norme sur une autre dans la hiérarchie des normes, ou « *primauté normative* », si la première détermine les conditions d'édiction et de validité de la seconde ; la primauté normative est un principe d'édiction des normes inférieures. Dans une seconde acception, la primauté signifie seulement la « *prévalence d'une norme sur une autre* » en cas de conflit et renvoie uniquement à un principe de résolution des conflits de normes. Dans l'ordre juridique interne, seule la Constitution bénéficie de la primauté normative, tandis que le droit de [l'intégration] (...) doit simplement prévaloir sur le droit interne en cas de conflit. Fondement de l'ordre juridique interne, la Constitution détermine les conditions d'édiction et de validité de l'ensemble des normes applicables en droit interne et les juridictions nationales [surtout constitutionnelles] expriment cette acception de la primauté à travers le terme de « *suprématie* » de la Constitution plutôt que celui de « *primauté* ». <sup>52</sup>

Mais de nos jours, sous réserve des formalités d'introduction des normes internationales dans l'ordre interne, ou en vertu des principes d'application immédiate, d'application directe et de primauté, les normes d'origine externe n'entendent pas plier l'échine devant une norme nationale, quelle qu'elle soit, même s'il s'agit de la Constitution. Si des difficultés insurmontables n'existent pas par

---

51 A. ROBLOT-TROIZIER, « La suprématie de la Constitution », in M. VERPEAUX, P. de MONTALIVET, A. ROBLOT-TROIZIER et A. VIDAL-NAQUET (dir.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, pp. 278-279.

52 Ibid.

rapport à la primauté des normes internationales sur les normes infra constitutionnelles comme la loi ordinaire ou le règlement, la question se pose de savoir, de la Constitution ou de la norme internationale ayant primauté sur le droit interne, laquelle devrait primer sur l'autre. Cette question se pose particulièrement au juge constitutionnel, en charge de veiller à la suprématie, en toutes circonstances, de la Constitution sur toute autre norme. En droit béninois, il convient de préciser, d'abord, que « *la Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics* »<sup>53</sup>. Ensuite, il faut relever que « *si la Cour constitutionnelle saisie par le Président de la République ou par le Président de l'Assemblée nationale a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* »<sup>54</sup>. Enfin, il est important de préciser que « *la souveraineté s'exerce conformément à la (...) Constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat. (...) Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* »<sup>55</sup>. Confronter pareilles dispositions à la mise en œuvre d'un principe qui aurait pour conséquence la mise en échec de la Constitution présente plusieurs intérêts.

L'intérêt scientifique d'une étude visant à examiner et à systématiser l'attitude du juge constitutionnel béninois par rapport à la primauté du droit de l'intégration est lié à l'apparente contradiction notée

---

53 Article 114 de la Constitution.

54 Article 146 de la Constitution.

55 Article 3 de la Constitution.

entre les décisions de la Cour constitutionnelle béninoise sur le sujet et le besoin de stabilisation ou de systématisation de la jurisprudence de la Cour sur la question à un moment où les juridictions nationales africaines sont encore « mal outillées pour procéder à un examen serein et pertinent du moyen de droit international dans un contentieux »<sup>56</sup> et où « il n'est pas rare que ce principe de primauté souffre parfois de quelques réticences des Etats »<sup>57</sup>. En ce qui le concerne, le juge constitutionnel béninois avait d'abord accueilli la primauté du droit de l'intégration sur les normes de droit interne en 1994 en estimant « *qu'une telle limitation ou un tel abandon partiel de souveraineté a un fondement constitutionnel* »<sup>58</sup>. En continuité avec sa décision de 1994, il a décidé d'accorder une valeur quasi constitutionnelle au droit international, y compris le droit de l'intégration, en l'utilisant comme norme de référence. c'est ainsi qu'il a décidé : « *la Constitution en son article 147 prescrit : « Les traités et accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois. » ; qu'ainsi, les accords intervenus depuis 1989 entre les Institutions de Bretton Woods et l'Etat Béninois et liant le niveau de la masse salariale dans la fonction publique avec le niveau des ressources nationales s'imposent à tous ; (...) il en est de même du Traité créant l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine et des actes dérivés notamment le pacte de convergence, de stabilité de croissance et de solidarité qui comporte des engagements, dont le respect du ratio masse salariale sur recettes fiscales ne devant pas dépasser 35% ; qu'en ne respectant pas les engagements internationaux souscrits par le Bénin, le Gouvernement a méconnu la Constitution.* »<sup>59</sup>.

---

56 B.M. METOU, « Le moyen de droit international devant les juridictions internes en Afrique », in *RQDI*, 2009, p.164.

57 A. SOMA « Les caractères généraux du droit communautaire », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2017, p. 6.

58 DCC 19-94 du 30 juin 1994.

59 DCC 11-042 du 21 juin 201.

La haute juridiction a ensuite refusé de contrôler la constitutionnalité des normes dérivées du droit de l'intégration que sont, entre autres, les actes uniformes de l'OHADA<sup>60</sup>, garantissant, de ce fait, la primauté des normes dérivées du droit de l'intégration sur toute autre norme, y compris la Constitution. Enfin, la haute juridiction béninoise a décidé, en 2019, de manière inédite, de mettre en échec le Règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA au motif que « *le droit communautaire antérieur ou postérieur, s'appliqu[e] aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes* »<sup>61</sup>. Le premier intérêt pratique de cette étude réside en ce qu'il est important pour les juridictions, les administrations et les particuliers de savoir, du droit de l'intégration ou du droit issu de « *la Constitution et [des] lois en général* », lequel l'emporte en cas de conflit. Le second intérêt pratique de la présente étude est lié au fait que les leçons à tirer d'une étude sur le Bénin en cette matière pourraient être utiles pour des Etats membres de l'OHADA ou de l'UEMOA ayant des dispositions constitutionnelles analogues sur la place des normes d'origine externe en droit interne<sup>62</sup>.

La question centrale qui sera au cœur de la présente étude est donc celle-ci : Quel est le sort réservé par le juge constitutionnel béninois au principe de primauté du droit OHADA et du droit UEMOA de l'intégration sur les normes internes ?

---

60 DCC 13-016 du 14 février 2013.

61 DCC 19-287 du 22 Aout 2019. Pour un commentaire de cette décision, voir A. KPODAR et C. MONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », in *RCC* n° 2 et 3, 2020, pp. 217-243.

62 A. SALL, « Le droit international dans les nouvelles constitutions africaines », in *RJPIC*, 1997, n° 1, pp.339- 352 ; N. MOUELLE KOMBI, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles constitutions des Etats d'Afrique francophone », in *RJPIC*, 2003, n° 1, pp. 5-38 ; A. ONDOUA, « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et les normes d'origine externe », in K. AHADZI-NONOU, D. KOKOROKO, A. KPODAR et F.J. AIVO, *Démocratie en questions Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2017, pp. 155-180 J. ADELOUI, « La Cour constitutionnelle et les normes d'origine externe », in *RCC*, n° 00, pp. 9-38.

Pour répondre à cette problématique, il a fallu se demander si le principe tel qu'il est affirmé dans les conventions et la jurisprudence internationales est reconnu et respecté par le juge constitutionnel béninois lorsque celui-ci exerce son office classique de contrôle de constitutionnalité. Cette analyse qui a eu pour base la jurisprudence de la Cour a porté, tant sur les normes de droit primaire de l'intégration, que sur ces normes dérivées. Comme une particularité est apparue dans cette analyse, il a été nécessaire de convoquer le droit comparé pour évaluer et mesurer cette particularité. L'étude distingue donc, d'une part, la question de l'acceptation même du principe tel qu'il est porté par l'acte constitutif de l'organisation ou une norme la modifiant ainsi que l'attitude ordinaire du juge constitutionnel à l'égard des normes de droit dérivé, d'autre part, la réaction du même juge dans l'application des normes du droit de l'intégration, notamment lorsqu'il apparaît qu'un droit de l'homme constitutionnellement protégé et considéré comme fondamental serait violé par la mise en œuvre desdites normes .

Le constat est que si le principe de primauté est respecté par le juge constitutionnel béninois (I), ce dernier n'a pas hésité à le relativiser (II).

### **I- Une primauté respectée**

En déclarant conforme à la Constitution un traité constitutif d'une organisation internationale d'intégration qui prévoit explicitement le principe de primauté, le juge constitutionnel béninois reconnaît que ledit principe s'applique dans les relations du droit de l'intégration avec les normes de droit interne (A). La preuve de cette acceptation est faite quand le juge constitutionnel lui-même refuse de contrôler la constitutionnalité des normes secrétées par cette organisation, c'est-à-dire les normes de droit dérivé (B). Dans les deux cas, la primauté est respectée.



## **A- L'affirmation de la constitutionnalité des normes du droit primaire**

« Toutes les manifestations du pouvoir souverain sont déterminées par une règle juridique, la Constitution »<sup>63</sup>. Cette règle suprême, c'est elle qui fonde les autres règles, c'est elle qui, dans l'Etat, prévoit qui a le droit de faire quels actes et selon quelle procédure<sup>64</sup>. C'est elle le fondement juridique de toutes les compétences juridiques, c'est « la compétence des compétences juridiques »<sup>65</sup>. Or, pour que le droit de l'intégration s'impose aux normes de droit interne, il faut qu'il lui soit reconnu un pouvoir suprême de régir des matières liées aux compétences souveraines de l'Etat prévues dans la Constitution. Le juge constitutionnel, gardien de la Constitution, et par ricochet, des compétences liées à l'exercice de la souveraineté, doit donc, quand le traité constitutif ou un autre traité institutionnel d'une organisation d'intégration lui est soumis, déclarer conforme à la Constitution le transfert de l'exercice de compétences souveraines de l'Etat envisagé dans le traité international. Le juge béninois en a décidé ainsi en 1994 en affirmant le principe (1) et en précisant sa portée (2).

### **1- Le principe du transfert de l'exercice de certaines compétences souveraines**

La décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 portant sur le traité OHADA a donné l'occasion à la Cour constitutionnelle béninoise d'exposer sa doctrine sur la question de la constitutionnalité du transfert de l'exercice de compétences souveraines du Bénin à une organisation d'intégration.

Pour comprendre la décision et les positions prises par le juge constitutionnel béninois, il convient de se pencher préalablement sur

---

63 S. MOUTON, « Souveraineté », in P. ESPLUGAS, Ch. EUZET, S. MOUTON et J. VIGUIER, *Droit constitutionnel*, Paris, Ellipses, 2012, p. 51.

64 M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2002, p. 378

65 Ibid.

l'affirmation constitutionnelle de la souveraineté et sa signification dans le cadre des rapports avec une organisation internationale. Aux termes de l'article 3 de la Constitution béninoise :

*« La souveraineté nationale appartient au Peuple. Aucune fraction du Peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.*

*La souveraineté s'exerce conformément à la présente Constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat.*

*Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels. ».*

La souveraineté dont il est question dans cette disposition est une « puissance suprême et inconditionnée dans laquelle l'ordre international reconnaît un attribut essentiel de l'Etat »<sup>66</sup>. Dans cet ordre international, « c'est le caractère de l'Etat signifiant qu'il n'est soumis à aucun autre pouvoir de même nature »<sup>67</sup>. La Cour permanente de justice internationale, dans l'affaire du *Lotus*, affirmait ainsi, en 1927, que « le droit international régit des rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci.... Les limitations à l'indépendance des Etats ne se présument donc pas »<sup>68</sup>. La souveraineté place d'emblée l'acteur étatique au-dessus de toutes les lois, à l'exception peut-être du *jus cogens*<sup>69</sup>. Elle le dispense, dans l'ordre international, d'avoir à se soumettre à une quelconque règle de droit et de rendre des comptes à une quelconque autorité<sup>70</sup>.

---

66 Gerard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p.983.

67 J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1045.

68 CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Rec. Série A*, n° 10.

69 O. NAY (dir.), *Lexique de science politique*, Paris, Dalloz, 2011, p. 537.

70 Ibid.

Mais puisque la souveraineté appartient au peuple, celui-ci l'« *exerce ... par ses représentants élus et par voie de référendum.* »<sup>71</sup> . L'on comprend donc, la logique du titre IX de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 portant sur les « *traités et accords internationaux* ». C'est un « *représentant élu* » par le peuple, à savoir « *le président de la République* », qui « *négoce et ratifie les traités internationaux* »<sup>72</sup>. Mais avant de ratifier les traités internationaux jugés les plus importants, à savoir, « *les traités de paix, les traités ou accords internationaux, ceux qui modifient les lois internes de l'Etat, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire* »<sup>73</sup>, il doit obtenir l'autorisation d'autres « *représentants élus* » du peuple, les parlementaires, à travers la loi dont ils ont le monopole d'adoption<sup>74</sup>. Dans cet aménagement constitutionnel de la souveraineté et de son exercice, il convient de noter que « la souveraineté ne s'érode pas, ne se limite pas, ne se divise pas, ne se partage pas, ne se délègue pas, ne se transfère pas. Elle est ou elle n'est pas. Ce sont les compétences dont elle est la matrice qui peuvent être exercées en commun, partagées, ou transférés à une organisation internationale »<sup>75</sup>.

Dès lors que la Constitution symbolise et sert de fondement à la souveraineté nationale et qu'un gardien, le juge constitutionnel, a été érigé pour veiller sur cette souveraineté, il devient normal que la souveraineté nationale soit « jalousement gardée par la jurisprudence

---

71 Article 4 de la Constitution.

72 Article 144 de la Constitution.

73 Article 145 de la Constitution. Ancienne rédaction en vigueur jusqu'en novembre 2019 : « *Les traités de paix, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'Etat, ceux qui modifient les lois internes de l'Etat, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire, ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi. Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.* ».

74 Ibid. Cf. aussi Article 79 de la Constitution : « *Le Parlement est constitué par une assemblée unique dite Assemblée nationale, dont les membres portent le titre de député. Il exerce le pouvoir législatif et contrôle l'action du Gouvernement.* ».

75 S. SUR, « Une grande incomprise, la souveraineté de l'Etat », *Aiglon*, n°7, janvier 2012, p. 36.

constitutionnelle lorsqu'il s'agit de régler les relations du droit interne et du droit public externe »<sup>76</sup>. Il appartient au juge constitutionnel, s'il en est saisi, de donner son accord à tout engagement international qui pourrait menacer la souveraineté et de dire, soit, jusqu'à quel point les dispositions de l'engagement international devraient respecter la souveraineté de l'Etat telle que prévue par la Constitution, soit, s'il estime que l'engagement international demande un abandon partiel ou une limitation de souveraineté non prévue par la Constitution, d'indiquer la voie de la révision de la Constitution, comme condition nécessaire avant que l'Etat ne donne son consentement à être lié par l'engagement. C'est le sens de l'article 146 de la Constitution béninoise aux termes desquels : « *Si la Cour constitutionnelle, saisie par le Président de la République ou par le Président de l'Assemblée nationale, a déclaré qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de le ratifier ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution* ».

C'est dans ce cadre et sur ce fondement que la décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 a été prise. Saisie par le président de la République d'une lettre du 29 avril 1994, du contrôle de constitutionnalité des clauses du Traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 par le Bénin, la Cour constitutionnelle a, tout en rappelant que, conformément à l'article 1 de la Constitution « *l'État du Bénin est une République indépendante et souveraine...* », démontré la validité (ou constitutionnalité formelle) et la conformité (ou constitutionnalité substantielle) dudit traité. La validité du traité est liée au fait que les dispositions de l'article 145 de la Constitution ont été respectées. « *Considérant qu'aux termes de l'article 145 de la Constitution, «les Accords de paix, les Traités ou Accords relatifs à l'organisation internationale..., ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une Loi» ; qu'il en découle que le Traité de*

---

76 P. BOURETZ, « Souveraineté », in O. DUHAMEL et Y. MENY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 992.

*Port-Louis ne peut être ratifié qu'après l'autorisation d'une Loi ; », ce qui fut le cas.*

La conformité, qui intéresse plus la présente étude, est quant à elle retenue du fait que l'organisation d'intégration ainsi créée correspond aux dispositions de la Constitution, qui, en son article 149, énonce effectivement que : « *La République du Bénin, soucieuse de réaliser l'Unité africaine, peut conclure tout accord d'intégration sous-régionale ou régionale conformément à l'article 145* ». La Cour argumente : « *Considérant qu'un abandon partiel de souveraineté ne saurait constituer une violation de la Constitution, dans la mesure où celle-ci, en disposant dans son article 144 : «Le président de la République négocie et ratifie les traités et accords internationaux», et ce, dans tous les domaines, a prévu la possibilité de conclure des traités ;Considérant, au surplus, qu'en admettant même que les clauses du Traité prescrivent un abandon de souveraineté, l'on peut soutenir valablement en se fondant sur la Constitution, qu'elles ne sont pas inconstitutionnelles ; qu'en effet, l'on lit dans le Préambule de la Constitution: «Nous, Peuple béninois... proclamons notre attachement à la cause de l'Unité africaine et nous engageons à tout mettre en œuvre pour réaliser l'intégration sous-régionale et régionale»; que l'article 149 de la Constitution dispose: «la République du Bénin, soucieuse de réaliser l'Unité africaine, peut conduire tout accord d'intégration régionale ou sous-régionale conformément à l'article 145» ; que la réalisation de l'Unité africaine implique nécessairement un abandon et à tout le moins une limitation de souveraineté ; qu'une telle limitation ou un tel abandon partiel de souveraineté a un fondement constitutionnel; qu'il faut et suffit alors qu'une loi en autorise la ratification eu égard, bien entendu, au principe de réciprocité affirmé par l'article 147 de la Constitution ».*

En droit comparé, notamment français, on peut retrouver une décision semblable. C'est la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992 rendue par le Conseil constitutionnel. Le juge français y a affirmé « *Considérant qu'il résulte de ces textes de valeur constitutionnelle que le respect de la souveraineté nationale ne fait pas obstacle à ce que, sur le fondement des dispositions précitées du préambule de la Constitution de 1946, la France puisse conclure, sous réserve de réciprocité, des engagements internationaux en vue de participer à la création ou au développement d'une organisation internationale permanente, dotée de la personnalité juridique et investie de pouvoirs de décision par l'effet de transferts de compétences consentis par les Etats membres ;* »<sup>77</sup>.

En fait, au Bénin comme en France, il s'agit de la mise en œuvre de la théorie de l'autolimitation. « La faculté d'autodétermination que l'Etat tire de sa souveraineté englobe aussi la faculté d'autolimitation en vertu de laquelle il peut se lier par sa propre volonté. Dans ses relations avec les autres Etats, il accepte de s'autolimiter en créant le droit international »<sup>78</sup>.

Puisque l'autolimitation entame l'exercice par l'Etat de certaines de ces compétences souveraines, il faut en préciser la portée.

## **2- La portée du transfert de l'exercice de certaines compétences souveraines**

La Cour constitutionnelle béninoise précise dans sa décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 le sens qu'il conviendrait d'accorder à ce qu'elle a appelé « abandon de souveraineté » et qui n'est, en réalité, qu'un transfert de l'exercice de certaines compétences souveraines de l'Etat du Bénin à une organisation d'intégration. Puisque, comme pour les principes d'application immédiate et d'application directe,

---

77 D. ROUSSEAU, P-Y GAHDOUN et J. BONNET, *L'essentiel des grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Gualino, 2017, pp. 116-119.

78 P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 2002, p. 99.

celui de primauté est relatif à l'ensemble du droit de l'intégration dans ses relations avec l'ensemble du droit interne, évoquer la portée du transfert de l'exercice de certaines compétences à l'organisation d'intégration, c'est préciser le domaine dans lequel s'exerce la primauté du droit de cette organisation sur le droit national.

Pour la haute juridiction béninoise, « *le dessaisissement de certaines de ses institutions telles que les juridictions et l'Assemblée nationale, n'est ni total, ni unilatéral ; (...) il s'agit, en l'espèce, d'un abandon partiel de souveraineté, voulu et accepté par les États parties qu'implique tout engagement international*<sup>79</sup>, en particulier celui relatif à l'intégration régionale ou sous-régionale. ». En d'autres termes, on relève qu'un dessaisissement total des attributions des institutions législatives et juridictionnelles du Bénin serait la fin de l'Etat (souverain) du Bénin. Cela n'était donc pas possible. Un dessaisissement unilatéral des compétences et attributions de l'Etat du Bénin ou de ses organes par l'organisation d'intégration n'était pas non plus envisageable car il aurait consisté en la violation de la souveraineté de l'Etat du Bénin. Il a donc fallu l'accord du pouvoir législatif (autorisation de ratification)<sup>80</sup>, celui du pouvoir exécutif (ratification) et, en l'espèce, celui du pouvoir juridictionnel (déclaration de conformité à la Constitution) pour valider le transfert de l'exercice de certaines compétences souveraines que constitue l'engagement de l'Etat dans l'OHADA.

Le transfert ne pouvant porter que sur des matières précises, le juge constitutionnel s'efforce d'examiner les domaines de souveraineté, ou plus précisément les compétences, qui sont affecté(e)s par l'entrée du Bénin dans l'organisation d'intégration ou l'acceptation,

---

79 A titre de droit comparé, voir, I.M. FALL, (dir.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 98.

80 Il s'agit de traités « *relatif à l'organisation internationale* » selon l'ancienne rédaction de l'article 145 de la constitution en vigueur jusqu'en novembre 2019. La nouvelle rédaction évoque simplement « *les traités ou accords internationaux* ». Dans les deux cas, ces traités « *ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi* ».

par le Bénin, des modifications entreprises sur les textes constitutifs de l'organisation. Ce travail lui permet de mesurer à quel point les transferts opérés restent dans les limites voulues par la Constitution elle-même.

Dans l'espèce de la décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 portant sur le traité OHADA, la Cour fait donc un développement à l'égard de deux risques de remise en cause de la souveraineté de l'Etat béninois. Ces risques ont leur source dans les actes uniformes auxquels on pourrait reprocher, d'une part, d'arracher au Parlement béninois sa compétence d'adopter des lois en matière commerciale et des affaires et, d'autre part, d'arracher à la Cour suprême du Bénin des attributions confiées désormais à la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA.

Sur le premier point, l'article 98 de la Constitution prévoit que :

*« La loi détermine les principes fondamentaux : (...) du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales »*. La même disposition prévoit que *« Sont du domaine de la loi, les règles concernant : (...) la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; »*. Enfin, il est ajouté que *« les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire »*<sup>81</sup>.

Or, les articles 5 et 6 du traité de l'OHADA entrent en contradiction apparente avec ces dispositions. Ils stipulent respectivement que : *« les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article 1 du présent Traité sont qualifiés « actes uniformes »*. *Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats-Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues. »* ; *« Les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des*

---

81 Article 100 de la Constitution.



*Etats-Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des Ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. ». Quant à l'article 8 du traité, il prévoit que « l'adoption des actes uniformes par le Conseil des Ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats-Parties présents et votants. L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des Etats-Parties sont représentés. L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes ». Enfin, l'article 10 du même texte, stipule que « les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure ».*

*A ce sujet, la Cour constitutionnelle a affirmé : « Considérant que ledit traité crée une catégorie d'actes juridiques dénommés «Actes uniformes» qui sont directement applicables et obligatoires dans les États parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure; qu'étant donné que les Actes uniformes sont adoptés à l'unanimité des États parties présents et votants et sont directement applicables et obligatoires en République du Bénin, l'on ne saurait soutenir qu'ils entraînent une violation de la souveraineté de l'État signataire qui s'engage, conscient qu'une fois le Traité ratifié, celui-ci a une autorité supérieure à la loi nationale, conformément à l'article 147 de la Constitution ».*

Autrement dit, la souveraineté du Bénin n'est pas remise en cause car le Bénin, même après la ratification du traité constitutif, doit toujours, à cause de l'exigence d'unanimité, donner son accord avant l'adoption des actes uniformes. Et, même si l'unanimité n'était pas requise, le Bénin s'est engagé en toute connaissance de cause. Il sait, qu'une fois ratifié et publié, le traité, sous réserve de réciprocité, l'emporte sur la loi ordinaire. Il sait donc que ce traité n'est pas au-dessus de la Constitution, mais seulement au-dessus de la loi ordinaire. Il est aujourd'hui bien établi que l'article 147 évoqué

par le juge constitutionnel, qui est une reprise de l'article 55 de la Constitution française<sup>82</sup> consacre une valeur supra législative et infra constitutionnelle au traité ainsi adopté. « Si l'article 55 donne sans ambiguïté aux traités une valeur supra législative, la Constitution reste la référence suprême en vertu du principe de souveraineté »<sup>83</sup>.

En droit comparé, notamment français, on peut évoquer, dans le même esprit, la décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 dans lequel un raisonnement analogue que celui adopté par la Cour constitutionnelle béninoise a été tenu. Ce raisonnement consiste à dire que si le domaine de transfert de l'exercice compétences souveraines concerne « *les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* », le transfert peut être autorisé tant que les organes nationaux (Parlement national, Exécutif national ou juge constitutionnel) gardent un contrôle sur les conditions d'exercice de la souveraineté s'agissant de la matière à transférer : « *Considérant que les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ne seront pas affectées pendant la période transitoire de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du traité, au cours de laquelle, en application du premier paragraphe de l'article 73 O, les décisions du Conseil seront prises à l'unanimité et où les Etats membres conserveront le pouvoir d'initiative ;* »<sup>84</sup>. Mais la solution devient autre s'il y a un risque que les organes nationaux perdent tout contrôle sur « *les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* ». Déjà dans la décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, le juge constitutionnel français affirmait : « *Considérant toutefois qu'au*

---

82 Article 147 de la Constitution béninoise : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ».

Article 55 de la Constitution française : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ».

83 E. DECAUX et O. de FROUVILLE, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p.113.

84 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97394DC.Constitution>., consulté le 10 novembre 2020.

*cas où des engagements internationaux souscrits (...) contiennent une clause contraire à la Constitution ou portent atteinte aux conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale, l'autorisation de les ratifier appelle une révision constitutionnelle* »<sup>85</sup>. Dans celle de 1997, il précise : « (...) un tel passage de la règle de l'unanimité à celle de la majorité qualifiée et à la procédure de « codécision » ne nécessitera, le moment venu, aucun acte de ratification ou d'approbation nationale, et ne pourra ainsi pas faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité sur le fondement de l'article 54 ou de l'article 61, alinéa 2, de la Constitution ; (...) dans ces conditions, et nonobstant les dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article 73 K, l'application des dispositions du deuxième paragraphe de l'article 73 O pourrait conduire à ce que se trouvent affectées les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale ; (...) il suit de là que doivent être déclarées contraires à la Constitution les dispositions du deuxième paragraphe de l'article 73 O, ajouté au traité instituant la Communauté européenne par l'article 2 du traité d'Amsterdam, en tant qu'elles s'appliquent aux mesures prévues par les premier et troisième paragraphe de l'article 73 J et par l'article 73 K du traité instituant la Communauté européenne »<sup>86</sup>.

Sur le second point, les articles 15 et 18 du traité de l'OHADA stipulent respectivement : « *Les pourvois en cassation (...) sont portés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes.* » ; « *Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans*

---

85 D. ROUSSEAU, P-Y GAHDOUN et J. BONNET, *L'essentiel des grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Gualino, 2017, p. 116.

86 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1997/97394DC.htm#:~:text=D%C3%A9cision%20de%20la%20Constitution,> consulté le 10 novembre 2020.

*un litige la concernant, méconnu la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée. La Cour se prononce sur sa compétence par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause. Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue* ». Quant à l'article 20, il prévoit : « *Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats-Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie.* ».

A ce sujet, la Cour constitutionnelle béninoise a jugé que « *les compétences conférées à la Cour commune de Justice et d'Arbitrage empiètent sur celles attribuées au Pouvoir judiciaire béninois par la Constitution en ses articles 125<sup>87</sup> et 126<sup>88</sup> ; (...) Toutefois (...) ces textes ne visent que l'exercice du Pouvoir judiciaire dans l'ordre juridique béninois ; qu'ils n'ont ni pour objet, ni pour effet d'interdire l'intervention d'une institution autre que celles qu'ils énumèrent pour l'exercice du Pouvoir judiciaire au Bénin; qu'il n'y a donc pas, en l'espèce, une contrariété entre les dispositions constitutionnelles et législatives de la République du Bénin et celles (...) du Traité de Port-Louis (...)*. Il n'y a pas contrariété avec la Constitution selon la cour constitutionnelle car la Constitution n'a pas interdit l'exercice des compétences juridictionnelles par d'autres juridictions que

---

87 « *Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est exercé par la Cour suprême, les cours et tribunaux créés conformément à la présente Constitution.* ».

88 « *La justice est rendue au nom du Peuple Béninois. Les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi. Les magistrats du siège sont inamovibles* ».

Voir aussi l'article 131 de la Constitution : « *La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'Etat en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'Etat* ».

celles qu'elle a expressément énumérées. De la sorte, un partage d'exercice de compétences juridictionnelles est envisageable entre les juridictions expressément citées dans la Constitution et d'autres car « *en conférant ces compétences à la Cour commune de Justice et d'Arbitrage, le Traité de Port-Louis réduit d'autant les attributions des juridictions nationales telles qu'elles sont définies par la loi ; qu'il n'en résulte pas cependant un changement du statut international du Bénin en tant qu'État souverain et indépendant* ».

Ainsi les juridictions prévues dans la Constitution pour connaître du contentieux des affaires n'ont pas disparu du paysage institutionnel du Bénin et n'ont pas été totalement remplacées par des juridictions d'intégration. Le traité procède à un partage des compétences entre les deux sortes de juridictions. Les unes interviennent à des moments donnés. Les autres interviennent à d'autres moments. Le partage des compétences est relativement clair et si une juridiction nationale viole cette répartition des compétences, le traité prévoit que ces décisions sont « *nuls et non avenues* ». De même, « *aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie* ». Pour la Cour constitutionnelle, cette répartition des compétences ne viole pas la souveraineté de l'Etat du Bénin. Elle n'entraîne pas « *un changement du statut international du Bénin en tant qu'État souverain et indépendant* ». Le fait de confier une partie des attributions des juges prévus dans la Constitution à d'autres juges pour les besoins de l'intégration constitue un transfert de l'exercice de compétences souveraines voulu et accepté en toute connaissance de cause.

Mais au-delà de toutes ces analyses relatives à la norme de droit primaire que constitue un traité constitutif d'une organisation d'intégration, quelle attitude déploie le juge constitutionnel béninois devant les normes produites par l'organisation elle-même, autrement dit, les normes dérivées ?

## **B- Le refus de contrôler les normes de droit dérivé**

Les normes dérivées sont les normes produites ou secrétées par les différents organes de l'organisation d'intégration. Ce sont « les règles établies par les institutions communautaires en application des traités »<sup>89</sup>. En effet, les organisations d'intégration peuvent adopter des résolutions, recommandations, décisions, donner des avis consultatifs, rendre des arrêts ou des jugements. Il s'agit des actes de droit dérivé<sup>90</sup>.

En refusant, sur différents fondements, de contrôler la constitutionnalité des normes dérivées, la Cour constitutionnelle béninoise leur assure une certaine immunité. Le constat est que cette immunité est absolue pour les normes *self executing* (1) et relative pour les normes nécessitant une transposition (2).

### **1- L'immunité absolue des normes self executing**

Dans l'UEMOA : « *Pour l'accomplissement de leurs missions et dans les conditions prévues par le présent Traité : - la Conférence prend des actes additionnels, conformément aux dispositions de l'article 19<sup>91</sup> ; - le Conseil édicte des règlements, des directives et des décisions ; il peut également formuler des recommandations et/ou des avis ; - la Commission prend des règlements pour l'application des actes du Conseil et édicte des décisions ; elle peut également formuler des recommandations et/ou des avis ; - Le Parlement prend des actes dont le régime juridique est déterminé par le Traité portant création de cet organe* »<sup>92</sup>. Un premier filtre à instaurer dans la réflexion permet d'écarter les actes non obligatoires que sont, selon l'alinéa 4 de l'article 43 du traité de l'UEMOA, « *les recommandations et*

---

89 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 206.

90 S.N. TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, L'harmattan, 2015, p. 247.

91 « *Les actes additionnels sont annexés au Traité. Ils complètent celui-ci sans toutefois le modifier. Leur respect s'impose aux organes de l'Union ainsi qu'aux autorités des Etats membres* ».

92 Article 42 modifié du traité de l'UEMOA du 29 janvier 2003.

*les avis » qui « n'ont pas de force exécutoire ». Un second filtre à l'intérieur de la catégorie des normes dérivées obligatoires conduit à écarter les directives qui ne sont pas *self executing*. Il reste alors les actes additionnels, les règlements et les décisions. En effet, « les règlements ont une portée générale. Ils sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans tout Etat membre »<sup>93</sup>, « les décisions sont obligatoires dans tous leurs éléments pour les destinataires qu'elles désignent »<sup>94</sup>. Quant aux actes additionnels, « leur respect s'impose aux organes de l'Union ainsi qu'aux autorités des Etats membres »<sup>95</sup>. Selon l'article 45 du traité, « les actes additionnels, les règlements (...) et les décisions (...) entrent en vigueur après leur publication à la date qu'ils fixent. Les décisions sont notifiées à leurs destinataires et prennent effet à compter de leur date de notification. ». Toutes ces stipulations se font sous l'empire de l'article 6 du traité aux termes duquel : « Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».*

Dans l'OHADA, l'article 10 du traité stipule que les normes de droit dérivé dénommées « *actes uniformes* » sont « *directement applicables et obligatoires dans les Etats-Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure* ».

Au-delà des actes uniformes de l'OHADA ou des actes additionnels, règlements et décisions de l'UEMOA, certaines normes de droit dérivé des organisations d'intégration sont de nature administrative. Il s'agit, dans l'OHADA, du Règlement financier des institutions et des règlements portant statut des fonctionnaires et régime applicable

---

93 Article 43 du traité de l'UEMOA du 29 janvier 2003.

94 *ibid.*

95 Article 19, alinéa 2 du traité de l'UEMOA du 29 janvier 2003.

au personnel<sup>96</sup>. Dans l'UEMOA, on peut citer le Code d'éthique et de déontologie de la Banque centrale des Etats de l'Afrique de l'ouest (BCEAO), le Statut du personnel du 22 décembre 2010 de la BCEAO, le Règlement R 16/PE-PAT relatif à la disponibilité.

Enfin, certains actes dérivés sont de nature (quasi) juridictionnelle, comme le règlement d'arbitrage de la CCJA-OHADA ou le règlement de procédure de la CCJA-OHADA.

A l'égard de ces différentes normes de droit dérivé, le constat est que la Cour constitutionnelle du Bénin leur assure une immunité de principe.

Ainsi, dans la décision DCC 16 – 006 du 07 janvier 2016, alors qu'elle était saisie d'une requête du 31 juillet 2015 par laquelle était formé un recours en inconstitutionnalité de l'acte additionnel n° 04/2015/CCEG/ UEMOA du 13 juin 2015 pris par le président de la République du Bénin, agissant en qualité de président en exercice de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'UEMOA, la Cour constitutionnelle a affirmé : *« la compétence de la Cour est strictement nationale et ne concerne que l'appréciation des actes émis, entre autres, par le président de la République ; que dès lors, elle ne saurait intervenir pour apprécier des actes pris par le président de la Conférence des chefs d'Etat et de Gouvernement de l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA), agissant ès-qualité, fût-il le président de la République du Bénin ; qu'en conséquence, il échet pour elle de se déclarer incompétente »*. En 2018, dans la décision DCC 18-135 du 28 juin 2018, la Cour confirme et maintient sa position. Elle est saisie d'une requête du 29 mars 2018 dans laquelle est formé un recours en inconstitutionnalité de l'interdiction d'activités politiques par la Banque Centrale des États de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO). Le requérant lui demande de déclarer contraires à la Constitution l'article 10 du Code d'éthique

---

96 S.N. TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, L'harmattan, 2015, p. 247.



et de déontologie de la BCEAO annexé au Statut du personnel du 22 décembre 2010 de même que l'article 2, quatrième tiret, du Règlement R 16/PE-PAT relatif à la disponibilité, pris en application du Statut du personnel de la BCEAO. Celui-ci soutient en appui à sa demande que « l'interdiction d'activités politiques qu'impose la BCEAO aux membres du personnel dont les citoyens béninois » est contraire aux articles 6, 23, 48, 81 et 98 de la Constitution et à la loi n°2013-06 du 25 novembre 2013 portant code électoral en ses articles 10, 336, 337, 358, 359, 360, 364 qui consacrent au profit du citoyen béninois, « le droit d'être électeur et éligible », comme l'indiquent également « les règles communes à toutes les élections en République du Bénin », les règles particulières pour l'élection du président de la République », les « règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale ». Il ajoute que « les membres du personnel de la BCEAO, en particulier ceux qui sont liés à l'institution par un contrat de travail sont d'abord des citoyens de leur État respectif et jouissent, à ce titre, des droits reconnus par la Constitution de leur pays, en l'occurrence, les droits civiques et politiques, et en particulier des droits d'être électeurs et éligibles ».

La Cour constitutionnelle béninoise commence à rappeler sa position antérieure, sa décision de principe, montrant que la décision à rendre sera une décision d'espèce : « *Considérant qu'il a été jugé dans la décision DCC 16-006 du 07 janvier 2016 (...)* ». Elle réaffirme la position prise dans la décision de principe en estimant, en l'espèce, qu' au-delà de cette jurisprudence, « *la République du Bénin a régulièrement ratifié le traité de l'Union Economique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) dont l'article 6 dispose que 'Les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure'* ; que la Cour ne saurait valablement procéder au contrôle de conformité

*à la Constitution de l'article 10 du Code d'éthique et de déontologie de la BCEAO annexé au Statut du personnel du 22 décembre 2010 de même que l'article 2, quatrième tiret du Règlement R 16/ PE-PAT relatif à la disponibilité, pris en application du statut du personnel de la BCEAO; qu'en conséquence, il y a lieu de se déclarer incompétente ».*

Cette immunité juridictionnelle des normes de droit dérivé de l'intégration touche aussi, quoique d'abord pour une autre raison, les actes uniformes de l'OHADA. Fréquemment soumis au contrôle de constitutionnalité par voie d'exception par les plaideurs devant les juridictions ordinaires qui transmettent lesdites exceptions (en réalité des questions préjudicielles) au juge constitutionnel selon les exigences de l'article 122 de la Constitution, ils ont toujours été sauvés par une sorte d'intouchabilité. La Cour a toujours répondu par l'irrecevabilité.

Une première illustration est fournie par la décision DCC 13-016 du 14 février 2013. En l'espèce, une exception d'inconstitutionnalité est soulevée par un avocat pour le compte de son client. A l'appui de l'exception d'inconstitutionnalité qu'il a soulevée, Maître Igor Cécil E. SACRAMENTO, agissant pour le compte de Dame Afiwa Elikplim KLUDZA épouse Maurice ASSOGBA, expose : « ...Par requête déposée le 19 décembre 2012, Dame Afiwa ASSOGBA a sollicité du Tribunal de céans la remise de l'adjudication pour causes graves et légitimes tirées du fait que l'immeuble saisi constitue le logement familial et qu'elle ignorait la garantie dont elle a fait l'objet ». Le rejet de cette demande fondée sur l'article 180 du Code des Personnes et de la Famille, et ce, en application de l'article 281 de l'Acte Uniforme de l'OHADA sur les voies d'exécution, constitue, selon cet avocat, une violation de la Constitution du 11 décembre 1990 qui protège la famille, la femme et l'enfant et leur assurent le logement familial.

La Cour constitutionnelle a estimé que selon l'article 122 précité de la Constitution, « *l'exception d'inconstitutionnalité doit porter sur la question de conformité à la Constitution d'une loi applicable au procès en cours et non sur la violation (...) de l'Acte Uniforme de l'OHADA ; qu'en conséquence, l'exception d'inconstitutionnalité qu'il soulève doit être déclarée irrecevable* ».

De manière encore plus explicite, dans la décision DCC 17-178 du 10 Aout 2017, la Cour a affirmé, alors qu'était sollicitée « *l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 30 de l'Acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, motif pris de ce que cette disposition violerait le principe de l'égalité* », que « *cet acte uniforme est un acte communautaire dérivé du traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique [et] ne saurait donc être assimilé à une loi au sens de la définition ci-dessus donnée* »<sup>97</sup>. Elle a alors conclu à l'irrecevabilité de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée.

L'immunité ainsi accordée, de principe, aux normes de droit dérivé a une signification en termes de primauté du droit de l'intégration<sup>98</sup>. Au minimum, conformément à l'article 147 de la Constitution, dès lors que le traité constitutif a été régulièrement ratifié, les normes produites par l'organisation créée ne sont plus susceptibles de recours devant le juge constitutionnel.

---

97 DCC 17-178 du 10 Aout 2017 : « *Considérant qu'aux termes de l'article 122 de la Constitution : « Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours » ; Qu'il découle de cette disposition que l'exception d'inconstitutionnalité doit porter sur la question de conformité à la Constitution d'une loi applicable à l'espèce, la loi étant entendue comme une règle écrite, générale, impersonnelle et permanente, votée par le parlement, promulguée par le Président de la République ou déclarée exécutoire par la Cour* ».

98 PICOD F, « Le contrôle de constitutionnalité des actes de droit dérivé de l'Union européenne », CCC, n°18, Juillet 2005, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-controle-de-constitutionnalite-des-actes-de-droit-derive-de-l-union-europeenne>, consulté le 08 novembre 2020.

Qu'en est il quand il s'agit de prendre des normes nationales pour transposer des normes d'intégration en droit interne ?

## **2- L'immunité relative des normes nécessitant une transposition**

Le refus de contrôle de constitutionnalité substantielle des normes d'intégration dérivées n'empêche pas la Cour constitutionnelle de contrôler , d'une part, le respect des normes constitutionnelles de partage des compétences entre autorités nationales d'adoption des normes, en cas de décision de transposition des directives, d'autre part , la substance même des normes nationales de transposition, et donc, de manière indirecte, les normes d'intégration nécessitant transposition, c'est-à-dire les directives, ou , une autre forme de texte qui leur ressemble, les projets de lois uniformes.

Dans l'une de ses décisions<sup>99</sup>, la Cour a ainsi relevé « *qu'aux termes de l'article 43 alinéa 2 du traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994, les directives « lient tout Etat quant aux résultats à atteindre », mais laissent, quant à leur internalisation, le choix aux Etats d'adopter la forme et les moyens compatibles avec les règles internes d'organisation des pouvoirs publics ; que dans ces conditions et en l'absence de dispositions constitutionnelles expresses, la transposition d'une directive communautaire dans le droit positif national doit s'opérer conformément aux règles de compétence et de procédure prévues par la Constitution* ». La Cour doit donc, sans « *opérer un contrôle de conventionalité sur le décret en cause* », « *s'assurer du respect des règles constitutionnelles en ce qui concerne la transposition d'une directive communautaire dans le droit positif national* ». La Cour estime alors que la mesure de transposition ne peut que relever, soit du domaine de la loi soit du domaine réglementaire suivant les règles constitutionnelles de répartition des compétences entre le législateur et l'Exécutif.

---

99 DCC 18-031 du 08 février 2018.

La Cour procédera alors à une analyse du respect, par la norme nationale de transposition, des règles constitutionnelles de répartition des compétences entre autorités normatives. « *Considérant que de la lecture combinée de ces dispositions, il ressort qu'en matière de finances publiques, seules la loi de finances de l'année, la loi de finances rectificative, la loi de règlement et la loi organique de finances relèvent de la compétence du législateur* », la Cour conclura, en conformité avec l'article 100 de la Constitution<sup>100</sup>, « *qu'en conséquence, toute autre matière, en l'occurrence des règles de transparence dans la gestion des finances publiques, que du reste le législateur communautaire n'a pas cru devoir inclure dans la directive n° 06/2009/CM/UEMOA portant loi de finances, ne peut relever que du domaine réglementaire ; que dès lors, il échet pour la Cour de dire et juger que le décret n° 2015-035 du 29 janvier 2015 portant code de transparence dans la gestion des finances publiques en République du Bénin n'est pas contraire à la Constitution* ».

Au-delà de ce contrôle formel portant sur les règles de répartition de compétences, la Cour procède aussi au contrôle substantiel des normes nationales ou internes de transposition. C'est ce qui ressort du traitement fait par la Cour, non pas des directives, mais d'une forme d'actes proches de celles-ci, les projets de lois uniformes. Ces derniers sont discutés et adoptés par le Conseil des ministres de l'UEMOA (UMOA) et nécessitent pour leur prise d'effet dans l'ordre juridique, comme en ce qui concerne les directives, une norme nationale de transposition. Une première illustration de ce contrôle substantiel est donnée par l'affaire ci-après : le 12 juillet 2000, le président de la République a saisi la Cour constitutionnelle d'un contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2000-12 adoptée par l'Assemblée nationale le 27 janvier 2000 portant sur les instruments

---

100 Article 100 de la Constitution béninoise : « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente Constitution peuvent être modifiés par décret pris après avis de la Cour constitutionnelle ».

de paiement dans l'UMOA. Après s'être déclarée compétente, la Cour a conclu, par décision DCC 01-014 du 12 février 2001, que toutes les dispositions de la loi visée sont conformes à la Constitution. Une seconde illustration porte sur une affaire de 2006. La Cour est confrontée au même type d'exercice. Elle est saisie d'une requête du 17 juillet 2006 par laquelle le président de la République, chef de l'Etat, chef du Gouvernement, sur les mêmes fondements qu'en 2000, à savoir les articles 117 et 121 de la Constitution, soumet au contrôle de conformité à la Constitution, la Loi uniforme n° 2006-15 relative aux Entreprises d'Investissement à capital fixe dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) votée par l'Assemblée Nationale le 26 juin 2006. Dans l'exposé des motifs contenu dans le décret n° 2005-704 du 17 novembre 2005 portant transmission à l'Assemblée nationale du projet de loi uniforme relatif aux Entreprises d'investissement à capital fixe dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), le gouvernement explique que « *ce projet de loi uniforme est complété par un projet de Directive qui sera soumis au Conseil des Ministres de l'UEMOA<sup>101</sup>, afin de régir les dispositions d'ordre fiscal, relatives aux activités de capital-risque et d'investissement en fonds propres.* ». Par décision DCC 06-117 du 1<sup>er</sup> Septembre 2006, la Cour se reconnaît compétente. Elle entame ensuite son examen au fond pour constater que « *l'examen de la loi déférée fait apparaître qu'elle est conforme à la Constitution en toutes ses dispositions* ». Elle conclut donc que « *La Loi uniforme n° 2006-15 relative aux Entreprises d'Investissement à capital fixe dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) votée par l'Assemblée Nationale le 26 juin 2006 est conforme à la Constitution en toutes ses dispositions.* ».

---

101 C'est devenu une réalité plus tard. Voir la Directive n° 02/2011/CM/UEMOA du 24 juin 2011 portant harmonisation de la fiscalité applicable aux entreprises d'investissement à capital fixe au sein de l'UEMOA.

Ce texte sera promulgué sous l'intitulé « *Loi n° 2006-15 du 05 septembre 2006 relative aux entreprises d'investissement à capital fixe dans l'Union Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)* ».

Au-delà de ces exemples, il convient de relever que les lois et les décrets nationaux transposant des directives de l'UEMOA ou de toute autre organisation d'intégration n'en demeurent pas moins des lois ou des décrets comme le montre le contrôle formel de leur adoption opéré par la Cour. Or, aux termes des dispositions constitutionnelles « (...) *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions [de la Constitution] sont nuls et nonavenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels.* »<sup>102</sup> ; « *Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours.* »<sup>103</sup>.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle béninoise en cette matière est en phase avec le droit comparé, précisément avec la France qui a des textes quasi identiques sur ce point. Il faut relever qu'en la matière le Conseil constitutionnel français a été, lui aussi, amené, dans l'exercice de ses compétences, à exercer un contrôle de constitutionnalité sur les normes d'application ou de transposition du droit communautaire<sup>104</sup>. Rien ne s'y oppose<sup>105</sup> et cela est déjà arrivé<sup>106</sup>.

---

102 Article 3, alinéa 2 et 3 de la Constitution.

103 Article 122 de la Constitution.

104 O. DUTHEILLET DE LAMOTHE, « Le Conseil constitutionnel et le droit européen », *RFDC*, 2014/1 n°57, p. 29.

105 Ch. CHARPY, « Droit constitutionnel et droit communautaire », *RFDC*, 2009, n° 80, p. 810.

106 Décision N° 94-348 DC du 3 août 1994.

En réalité, l'immunité juridictionnelle qui semble être accordée aux normes d'intégration n'est qu'une immunité de principe. Dans certaines conditions, cette immunité ne joue plus.

## **II- Une primauté relativisée**

La primauté selon la Cour de justice de l'UEMOA signifie que l'ensemble du droit de l'intégration l'emporte sur l'ensemble du droit interne des Etats membres. La Cour constitutionnelle du Bénin relativise cette affirmation. Une norme de droit de l'intégration peut, selon cette dernière, être mise en échec et écartée en droit interne béninois en cas de constat par elle de la violation d'un droit fondamental constitutionnellement protégé. C'est le principe de primauté qui est ainsi mis en échec (A). Une telle situation s'explique par le fait que pour la haute juridiction béninoise, la primauté du droit de l'intégration n'est absolue qu'à l'encontre des normes infra constitutionnelles, à l'exclusion donc de la Constitution elle-même. La haute juridiction béninoise a en effet explicitement affirmé le caractère infra constitutionnel de la primauté (B).

### **A- La mise en échec du principe de primauté pour violation par une norme d'intégration de la Constitution**

Si le non-respect des droits de l'homme est invoqué pour justifier la mise en échec d'une norme de droit de l'intégration par la technique de réserve de constitutionnalité (1), il est souhaitable que la question des droits de l'homme soit mieux prise en compte par les organisations africaines d'intégration pour conduire, comme cela s'est produit en Europe, à une réduction drastique des mises en échec, par les cours constitutionnelles, du droit de l'intégration et de sa primauté (2).



## 1- La réserve de constitutionnalité pour nécessité de respecter les droits de l'homme

Pour la Cour constitutionnelle béninoise, le non-respect des droits de l'homme tels que prévus par la Constitution peut justifier la mise en échec d'une norme de l'intégration. Il s'agit d'un écartement de la norme, d'une désactivation de celle-ci dans un cas d'espèce. Elle ne va pas jusqu'à l'annulation de la norme d'intégration. Cette dernière étant l'œuvre de plusieurs souverainetés, il n'appartient pas à une seule souveraineté de l'annuler. Cela étant, la mise en échec de la norme d'intégration décidée par l'organe d'une seule souveraineté produit, sur le territoire de l'Etat concerné, en l'espèce ici le Bénin, pratiquement les mêmes effets que l'annulation. Même si elle n'est pas annulée, la norme d'intégration ne s'applique pas dans l'espèce qui a conduit au constat de sa mise à l'écart. Cette mise en échec est faite au profit d'une norme nationale qui s'appliquera malgré sa contrariété avec la norme d'intégration. C'est donc à la fois la norme de droit de l'intégration et le principe de primauté qui sont ainsi exceptionnellement mis en échec pour nécessité de respecter les droits fondamentaux.

La Cour constitutionnelle béninoise a adopté cette position dans sa décision DCC 19-287 du 22 Aout 2019. En l'espèce, le requérant, un professeur agrégé des facultés de droit, enseignant permanent dans des universités publiques béninoises, se prévalant de la dispense que lui offre le texte national sur le barreau pour exercer la profession d'avocat, introduit une requête en ce sens rejeté par l'ordre des avocats du Bénin au motif, entre autres, qu' « *en vertu de l'article 35 du règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 (...) l'exercice de la profession d'avocat n'est compatible qu'avec la fonction des enseignants vacataires et non celle des enseignants qui, comme Éric DEWEDI, exercent par statut un emploi permanent dans un grade, une fonction publique, ou une administration dont dispose le chef du gouvernement* ».

Le requérant estimait quant à lui que « *sur la compatibilité de l'exercice de la profession d'avocat avec la qualité d'enseignant vacataire prévue par l'article 35 du Règlement de l'UEMOA, (...) le législateur communautaire n'a pas défini la notion d'enseignant vacataire ; mais que, selon l'article 40 alinéa 3 de la loi n° 65-6 du 20 avril 1965, toujours en vigueur, « la profession d'avocat (...) est toutefois compatible avec les fonctions de professeur ou chargé de cours de droit dans les facultés et écoles ».*

La Cour constitutionnelle, en se fondant sur le préambule de la Constitution, mais aussi sur plusieurs autres dispositions, en particulier, l'article 147 de la Constitution fixant le rang des « *traités ou accords régulièrement ratifiés* » en droit béninois, a d'abord estimé que « *n'est pas contraire à la Constitution une disposition législative nationale qui accorde aux citoyens des droits plus avantageux que ceux résultant d'une norme communautaire ou internationale ; le droit communautaire antérieur ou postérieur, s'appliquant aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes ; qu'il n'en irait autrement que si la disposition contenue dans la législation nationale antérieure ou postérieure fixe des obligations et impose des sujétions plus élevées que ces conventions régulièrement ratifiées par la République du Bénin* ». Elle constate ensuite que la loi nationale, en prévoyant que la profession d'avocat est « *compatible avec les fonctions de professeurs ou de chargé de cours de droit dans les facultés ou écoles* », ne fait aucune différence entre les enseignants vacataires et les enseignants permanents, contrairement à l'article 35 al. 1 du Règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 relatif à l'harmonisation des règles régissant la profession d'avocat dans l'espace UEMOA, qui, lui, ne prévoit la compatibilité de la profession d'avocat qu'avec les seules « *fonctions d'enseignant vacataire* ». Elle décide, enfin, que « *la loi sur le barreau qui accorde aux avocats aspirant aux*

*fonctions d'enseignants du supérieur et aux enseignants agrégés des facultés de droit des droits plus avantageux que ceux accordés par le règlement UEMOA visé n'est pas contraire à la Constitution et ne rompt nullement les engagements internationaux de l'Etat »<sup>107</sup>.*

Quelques observations préalables s'imposent avant de tirer les leçons de la décision relativement à la question de la primauté du droit de l'intégration. D'abord, la Cour n'opère pas un contrôle de constitutionnalité -au sens strict- de la norme du droit de l'intégration, ce qui n'a donc pas débouché, dans le dispositif de la décision, sur un constat de conformité ou non de la norme d'intégration à la Constitution béninoise. Ensuite, le juge constitutionnel opère un contrôle de constitutionnalité de la norme interne béninoise à la Constitution, ce qui a conduit au constat, dans le dispositif, d'absence de violation de la Constitution par la norme béninoise (Article 1 de la décision : « *Dit que les articles 5 alinéa 1, 26 alinéas 2 et 40 alinéa 3 de la loi 65-6 du 20 avril 1965 ne sont contraires ni au préambule ni à l'article 147 de la Constitution* »). Enfin, la haute juridiction opère un contrôle du comportement de l'ordre des avocats du Bénin qui refuse, au mépris du principe d'égalité prévu à l'article 26 de la Constitution, de donner le bénéfice d'une loi nationale conforme à la Constitution à un particulier alors que cette même loi a bénéficié à d'autres personnes appartenant à la même catégorie que le requérant. Cela conduit la Cour à décider, dans le dispositif de la décision, que « *Le Conseil de l'ordre des avocats a méconnu l'article 26 de la Constitution* ».

La décision de la Cour constitutionnelle du Bénin est sans doute une illustration de ce que la doctrine a appelé « réserve de constitutionnalité ». La haute juridiction nationale opère une réserve de constitutionnalité à l'égard de la norme d'intégration en ce qu'elle affirme que « *le droit communautaire antérieur ou postérieur,*

---

107 DCC 19-287 du 22 Aout 2019.

*s'appliquant aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution* ». Cette prise de position, loin d'être un acte isolé, se voit confirmée quelques mois plus tard par la haute juridiction béninoise. Par décision DCC 20-475 du 22 mai 2020, la Cour a été saisie d'une requête par laquelle, se fondant sur une de ses précédentes décisions dans laquelle elle avait déclaré contraire à la Constitution l'article 4 alinéa 2 du décret n°88-43 du 23 janvier 1988 portant organisation du Certificat d'aptitude à la profession d'avocat (CAPA)<sup>108</sup>, le requérant lui demande de « *déclarer également contraire à la Constitution l'article 15 alinéa 1<sup>er</sup> du Règlement d'exécution n° 001-2019/COM/UEMOA relatif au Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat dans l'espace UEMOA, signé à Ouagadougou le 21 février 2019* ». La Cour avait décidé, dans sa décision DCC 19-276 du 22 août 2019, qu' « *il s'induit du droit fondamental à l'égalité devant la loi un objectif à valeur constitutionnelle de transparence, de clarté et de prévisibilité des dispositions de celle-ci ; que n'est ni transparent ni claire et encore moins prévisible la disposition d'un acte réglementaire comme l'article 4 alinéa 2 du décret querellé qui laisse au choix du sort, le jour de la composition, la matière dans laquelle les candidats sont appelés à être contrôlés, alors que dans la même discipline, plusieurs matières sont programmées et régulièrement dispensées* ». Le requérant estime que la disposition du règlement de l'UEMOA est analogue à celle de la norme nationale qui avait été déclarée contraire à la Constitution et que, de ce fait, la norme d'intégration devrait subir le même sort que la norme nationale, à savoir, être annulée pour inconstitutionnalité. La Cour, commence par rappeler sa jurisprudence antérieure pour mieux la confirmer. Elle cite expressément le considérant de principe : « *Considérant que le droit communautaire antérieur ou postérieur s'applique aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus*

---

108 DCC 19-276 du 22 août 2019

*par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes ; qu'il n'en irait autrement que si la disposition contenue dans la législation nationale antérieure ou postérieure fixe des obligations et impose des sujétions plus élevées que ces conventions ratifiées par la République du Bénin* ». Elle conclut qu'« *il ne résulte pas de l'espèce que l'article 15 alinéa 1<sup>er</sup> du Règlement d'exécution n°001-2019/COM/UEMOA relatif au Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat dans l'espace UEMOA, signé à Ouagadougou le 21 février 2019, soumet au sort la sélection des candidats à l'obtention du Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat ; qu'il y a lieu de dire que les droits fondamentaux de la personne ne sont pas violés* ». Autrement dit, si les droits fondamentaux de la personne étaient considérés comme violés, la Cour aurait mis en échec la norme d'intégration incriminée.

La technique des réserves de constitutionnalité utilisée par la Cour constitutionnelle béninoise « permet de maintenir une supériorité de principe de la Constitution, dans la mesure où la coordination est prévue par celle-ci, tout en conférant aux traités concernés une position équivalente à celle de la Constitution à l'égard des autres normes du système juridique interne »<sup>109</sup>. Ainsi, malgré la cohabitation des normes constitutionnelles et d'intégration dérivées, les Etats et leur juridiction constitutionnelle se donnent le droit d'invoquer, en cas d'incompatibilité ou de discordance grave entre la norme d'intégration dérivée et la Constitution, ce qui est appelé en Italie, la théorie des *controlimiti* permettant de maintenir la prééminence des principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel et des droits inaliénables de la personne humaine<sup>110</sup>. En Allemagne, le Tribunal constitutionnel fédéral réserve, au nom de « *l'identité constitutionnelle inaliénable* », l'hypothèse d'une atteinte aux principes structurants de l'État ou à la substance des droits fondamentaux, pour autant que

---

109 Ibid.

110 *Fratini*, n° 183/1973 ; *Granitai*. n°170/1984; *Fragd*, n° 232/1989

le juge communautaire n'offrirait pas une protection équivalente<sup>111</sup>. En Espagne, les limites sont similaires<sup>112</sup>.

La réserve de constitutionnalité n'est donc pas une invention ou une spécificité de la jurisprudence constitutionnelle béninoise. Elle est appliquée en Allemagne, en Italie, en Espagne et en France, pour ne citer que ces exemples. En Europe, « le recours aux réserves de constitutionnalité est très répandu ; il n'y a que dans quelques Etats membres que le principe de primauté du droit européen s'applique sans réserve »<sup>113</sup>. Le concept de réserve de constitutionnalité, signifie dans la doctrine allemande qu'« il s'agit de se positionner sur ce pont que constituent les actes d'assentiment [ou de ratification] entre le droit constitutionnel et le droit européen et de vérifier si les conditions et les termes de ces actes ont été respectés »<sup>114</sup>. Il s'agit de s'opposer au principe de primauté du droit européen, au nom de l'origine de cette primauté, dans la Constitution elle-même<sup>115</sup>.

En somme, l'Etat qui a donné son consentement à être lié l'a fait dans et sous certaines conditions. Il se donne comme tâche de vérifier que ces conditions sont respectées.

- 
- 111 *Solangel*, 29 mai 1974 ; *Solange II*, 22 oct. 1986 ; Lisbonne, 30 juin 2009 ; *Honeywell*, 6 juill. 2010
- 112 Tribunal constitutionnel, déclaration 1/2004 ; Voir sur tous ces points, Hervé ASCENCIO, « Les relations extérieures », in Michet TROPER et Dominique CHAGNOLAUD (dir.) *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 671-673.
- 113 P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 466 ; C. GRABENWARTER, « National Constitutional Law relating to the EU », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2009, p. 85.
- 114 C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2009, pp. 415- 417 ; P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, pp. 466-467.
- 115 J-P. JACQUE, « Droit constitutionnel national , droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies- L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », in *RFDC*, 2007, p. 12 ; H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen", une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales », in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS et F. OST (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre-Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2009, pp. 449-486.

En définitive, le juge constitutionnel béninois, comme ses homologues d'Italie, d'Allemagne, d'Espagne ou de France, en rendant la décision DCC 19-287 du 22 Aout 2019, n'a fait qu'utiliser la technique de la réserve de constitutionnalité en préservant la suprématie des principes fondamentaux de la Constitution dont il est le gardien. Il n'a fait que préserver l'identité constitutionnelle béninoise. Il a opté pour une position bien connue en droit comparé, celle qui « vise à organiser constitutionnellement *la coordination* entre la Constitution et certains traités, les traités d'intégration, de manière à éviter aussi bien de les hiérarchiser que de les placer dans la même catégorie normative. »<sup>116</sup>. Dans cette hypothèse, « la norme constitutionnelle de coordination est posée implicitement et de manière générale, sous la forme d'une disposition autorisant des transferts de compétences souveraines à des organisations internationales - organisations alors qualifiées en doctrine de « supranationales ». »<sup>117</sup>. Mais, avertit l'auteur de ce constat, « si la supériorité des traités opérant de tels transferts sur toutes les normes du droit interne est parfois affirmée de manière absolue<sup>118</sup>, elle comporte le plus souvent des limites »<sup>119</sup>. Ces limites sont liées, entre autres, à la nécessité de faire triompher les droits de l'homme.

## **2- La nécessité d'une meilleure prise en compte des droits de l'homme par les organisations d'intégration**

En droit de l'Union européenne, c'est la prise en compte des droits fondamentaux par la Cour de justice, puis par les traités européens, qui a rendu possible dans les Etats membres de l'Union européenne une meilleure prise en compte de la primauté du droit de l'intégration.

---

116 Hervé ASCENCIO, « Les relations extérieures », in Michet TROPER et Dominique CHAGNOLAUD (dir.) *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 671-673.

117 Ibid.

118 Belgique, Conseil d'État, *Orfinger*, 5 nov. 1996.

119 Hervé ASCENCIO, « Les relations extérieures », in Michet TROPER et Dominique CHAGNOLAUD (dir.) *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 671-673.

Les réserves de constitutionnalité faites par les juridictions constitutionnelles nationales autour des années 1970, ont contraint, voire permis, à différents acteurs européens, notamment la Cour de justice, de faire progresser l'édification de principes généraux et de valeurs fondamentales du droit de l'Union. Ces réserves ou « clauses de sauvegarde » ont spécialement incité la Cour de justice à intégrer dans ses normes de contrôle des actes pris par les organes de l'Union, des éléments (comprenant essentiellement le respect des droits fondamentaux) provenant des ordres constitutionnels nationaux<sup>120</sup>.

Dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft c. EVGF* du 29 mai 1974 rendu par le Tribunal constitutionnel allemand et encore qualifié d'Arrêt *Solange I*, la Cour constitutionnelle allemande était appelée à se prononcer sur la question de savoir si des mesures européennes pouvaient faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. La Cour a admis qu'un tel contrôle pouvait s'exercer « *aussi longtemps que* » (en allemand : *solange*) qu'il n'y avait pas de protection de droits fondamentaux au niveau supranational<sup>121</sup>. La Cour exerça donc un contrôle sur des actes de droit dérivé.

C'est à l'occasion de ces toutes premières formulations de réserve de constitutionnalité que la Cour de justice de l'Union européenne a, dans les années 70, été contrainte d'incorporer les droits constitutionnels nationaux à ses normes de contrôle, malgré l'absence de référence aux droits fondamentaux dans le traité de Rome<sup>122</sup>. Ainsi, dans l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>123</sup>, elle avait tout « à la fois exclu que les juridictions nationales invoquent les droits constitutionnels

---

120 M. DONY, *Droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, p. 54 ; P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 466.

121 M. WENDEL, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne », in *AJC XXVIII*, 2012, p. 641.

122 P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 476.

123 C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr-undVorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, C-11/70 *European Court Reports*, 1970-01 125.



nationaux pour écarter l'application du droit européen<sup>124</sup> mais a, dans le même temps, ouvert la voie à une intégration des droits fondamentaux dans les principes généraux de l'ordre communautaire<sup>125</sup>, prémisse d'une intégration des droits fondamentaux confirmée dans l'arrêt *Nold*<sup>126</sup> »<sup>127</sup>. Dans cette dernière affaire, la Cour de justice des communautés européennes a explicitement décidé : « *Attendu que la requérante fait enfin valoir une violation de certains de ses droits fondamentaux (...) protégés par la Loi fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne, autant que par les constitutions d'autres Etats membres, et divers instruments internationaux, notamment la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, du 4 novembre 1950, y compris le protocole additionnel du 20 mars 1952 ; Attendu que, ainsi que la Cour l'a déjà affirmé, les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect ; Qu'en assurant la sauvegarde de ces droits, la Cour est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces Etats ; Que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire ; Que c'est à la lumière de ces principes que doivent être appréciés les griefs soulevés par la requérante* ».

---

124 Extraits : « *Que, dès lors, l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat ;* »

125 Extraits : « *Attendu qu'il convient toutefois d'examiner si aucune garantie analogue, inhérente au droit communautaire, n'aurait été méconnue ; Qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la cour de justice assure le respect ; Que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ;* »

126 C.J.C.E., 14 mai 1974, *J. Nold, Kohlen-undBaustoffgroßhandlung c. Commission des Communautés européennes*.

127 P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 476.

Un des commentateurs de l'époque a pu faire remarquer que « protéger les droits fondamentaux signifie pour la Cour de justice garantir aux ressortissants des Etats membres le respect par les institutions communautaires de droits que garantissent, dans leur ensemble, les constitutions nationales et la ratification par chacun des neuf de la Convention du Conseil de l'Europe (...) sur la sauvegarde des droits de l'homme et les libertés fondamentales »<sup>128</sup>. Elle devrait aussi permettre selon le même auteur d'éviter « l'aberration que constituerait une absence de protection de tels droits dans le droit communautaire et le danger de voir la primauté de la règle communautaire remise en cause au nom de principes constitutionnellement reconnus dans l'ordre interne »<sup>129</sup>. Et pour lui, si les droits fondamentaux n'étaient pas pris en compte dans le droit communautaire par les soins de la Cour de justice, cela ne pourrait alors « qu'entraver l'extension du droit communautaire »<sup>130</sup>.

Dans l'arrêt « *Solange II* » du 22 octobre 1986, après plusieurs décisions de la Cour de justice des communautés européennes montrant sa disponibilité et sa sensibilité à la question des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a estimé qu'un niveau de protection existait désormais dans le droit communautaire et justifiait qu'elle ne puisse plus exercer un contrôle de constitutionnalité sur les actes communautaires dérivés. Elle affirma : « *ce qui est déterminant, c'est l'attitude de principe que la Cour de justice adopte désormais à l'égard de la soumission de la Communauté aux droits fondamentaux, à l'ancrage normatif des droits fondamentaux dans le droit communautaire et des liens normatifs de ce dernier avec les constitutions des Etats membres et avec la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que l'importance réelle acquise entre temps par la protection des droits*

---

128 Ph. CRISTIAN, « La Cour de justice des communautés et la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », in *AFDI*, Volume 21, 1975, p. 384.

129 Ibid.

130 Ibid., p. 393.

*fondamentaux dans la manière d'agir de la Cour de justice »*<sup>131</sup>. Elle estimait ainsi que la Cour de justice avait élaboré une jurisprudence satisfaisante en matière de droits fondamentaux en considération des constitutions des Etats membres. Vue cette situation, elle a décidé qu'il n'était plus nécessaire pour elle d'opérer un contrôle de constitutionnalité sauf si le requérant arrivait à démontrer que le niveau de protection à l'échelon européen est biaisé de manière générale. Dans le domaine de la protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle allemande a récemment complété son contrôle vertical (« *Solange II* ») par une dimension horizontale lorsque la réalité dans un État membre est susceptible de constituer une atteinte à la dignité humaine. Dans un arrêt rendu en 2015<sup>132</sup> au sujet du mandat d'arrêt européen, la Cour constitutionnelle fédérale a confirmé sa position évoquée dans « *Solange II* », c'est-à-dire « *une confiance de principe dans l'effectivité de la protection des droits fondamentaux par le droit de l'Union, mais elle a toutefois précisé en même temps que la confiance mutuelle que le droit de l'Union exige, dans le cadre de la coopération dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice, entre les États membres au sujet de leur caractère d'État de droit doit connaître une limite, lorsque la réalité de la situation des droits fondamentaux dans un État membre est susceptible de constituer une atteinte à la dignité humaine* »<sup>133</sup>. Le principe est donc bien, pour la Cour constitutionnelle, de ne pas intervenir et ce principe est souvent respecté car le droit de l'Union européenne s'occupe lui-même de protéger de manière satisfaisante les droits fondamentaux. Néanmoins, cela ne signifie pas que les juridictions constitutionnelles ont renoncé entièrement à une forme

---

131 A. CHRISTIAN, « Commentaire de l'arrêt du 22 octobre 1986 (Solange II) », in *AJJC*, 3-1987, 1989. La liberté de l'information. pp. 419-447 ; spécialement, p. 427.

132 Arrêt du 15 décembre 2015 -- 2 *BvR* 2735/14, Recueil *BVerfGE* 140, p. 317.

133 Ch. LANGENFELD. « La jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande relative au droit de l'Union européenne », Titre VII [en ligne], n° 2, De l'intégration des ordres juridiques : droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, avril 2019. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/la-jurisprudence-recente-de-la-cour-constitutionnelle-allemande-relative-au-droit-de-l-union>, consulté le 09 novembre 2020.

de vigilance résiduelle au profit des citoyens de leur pays respectif. Il est certain que si les textes conventionnels sont bien appliqués, la vigilance des cours constitutionnelles ne devrait plus les conduire à mettre en échec la primauté du droit de l'Union européenne.

Les différentes étapes de la prise en compte des droits de l'homme par les textes de l'Union européenne sont décrites en détail par le professeur Marianne DONY<sup>134</sup>. Elles ne vont pas, pour l'instant, jusqu'à l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme<sup>135</sup>. Si cette adhésion advenait, « en plus de la protection de ces droits par le droit de l'UE et par la CJUE, l'UE aurait l'obligation de respecter la Convention EDH et sera placée sous le contrôle externe de la Cour EDH »<sup>136</sup>. Mais, en attendant ce niveau très élevé de protection, ce qui a été fait depuis plusieurs décennies au niveau conventionnel dans l'Union européenne en matière de prise en compte des droits de l'homme n'est pas mince. La toute première étape de cette prise en compte au sein de l'Union remonte ainsi à l'inscription de la question dans les traités de l'Union. Ainsi, le Traité sur l'Union européenne a intégré la problématique des droits fondamentaux à l'article 6, par.2 aux termes duquel : « *L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États*

---

134 M. DONY, *Droit de l'union européenne*, Bruxelles, 2014, pp. 54-64.

135 Pour la Cour européenne des droits de l'homme, « l'adhésion de l'Union européenne à la Convention désigne le processus par lequel l'Union européenne rejoindra la communauté des 47 Etats européens qui se sont engagés juridiquement à respecter la Convention et ont accepté que ce respect soit contrôlé par la Cour européenne des droits de l'homme. L'Union européenne deviendra ainsi la 48e Partie contractante à cette Convention. Cette adhésion a été voulue par le Traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009, qui l'a explicitement prévue à travers l'article 6 § 2 du Traité de l'Union européenne, lequel stipule : « *L'Union adhère à la Convention EDH* ». Voir, Site de la Cour européenne des droits de l'homme : <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts/accession&c=fr#:~:text=L'adh%C3%A9sion%20de%20l'Union,des%20droits%20de%20l'homme.>, consulté le 11 novembre 2020.

136 <https://www.lepetitjuriste.fr/le-processus-dadhesion-de-lunion-europeenne-a-la-cedh-en-suspens/>, consulté le 11 novembre 2020.

*membres, en tant que principes généraux du droit communautaire (...)* ». Dans l'interprétation juridictionnelle de ce texte, la Cour de justice, dans son arrêt *KADI* du 3 septembre 2008<sup>137</sup>, a estimé que le principe selon lequel tous les actes de l'Union doivent respecter les droits fondamentaux est un « *principe constitutionnel* » du droit de l'Union. Elle a même ajouté que « *les principes de la liberté, de la démocratie ainsi que du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales [sont] consacrés à l'article 6 par.1, UE en tant que fondement de l'Union* » et que la protection des droits fondamentaux fait partie des « *principes qui relèvent des fondements mêmes de l'ordre juridique communautaire* ».

La seconde étape est celle de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>138</sup>. Elle a été adoptée par consensus au sein de la « Convention ». Elle a été proclamée lors du Conseil européen de Nice, le 7 décembre 2000. C'est le traité de Lisbonne qui lui a donné la même valeur juridique que celle des traités. Elle est donc désormais contraignante pour les États membres et tout citoyen peut s'en prévaloir en cas de non-respect de ces droits par un texte européen<sup>139</sup>. Les droits ou libertés consacrés en 54 articles ont été regroupés en six titres ou valeurs que sont la Dignité, les Libertés,

---

137 C-402/05 P et C-415 P.

138 Selon son préambule, « *la présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme.* ». Son objectif est « *en les rendant plus visible dans une Charte, de renforcer la protection des droits fondamentaux à la lumière de l'évolution de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques* ».

139 M. GAILLARD, *L'Union européenne. Institutions et politiques*, Paris, La Documentation française, 2018, in <https://www.vie-publique.fr/fiches/20322-pourquoi-une-charte-des-droits-fondamentaux>, consulté le 11 novembre 2011.

l'Égalité, la Solidarité, la Citoyenneté et la Justice. La portée juridique de la Charte est strictement encadrée<sup>140</sup>.

Par rapport aux avancées notées au niveau de l'Union européenne, une organisation comme l'Union économique et monétaire ouest africaine (UEMOA) se réveille à peine pour la prise en compte de cette préoccupation. Et pourtant, l'article 3 du Traité du 10 janvier 1994 instituant l'UEMOA dispose expressément que « *L'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981* ». Lors de la rentrée 2019-2020 de la Cour de justice de l'UEMOA qui s'est déroulée le 20 novembre 2019 à Ouagadougou, sous le thème « *La Cour de justice et la protection des droits de l'homme dans l'Union économique et monétaire ouest-africaine* », les juges communautaires ouest africains, en étaient encore, relativement à cette disposition, à s'interroger sur « *l'étendue de son champ d'application relativement aux sujets de droit concernés ainsi que le contenu des droits qu'on a entendu protéger* »<sup>141</sup>. Il se posait à eux « *la question de la valeur juridique de ces sources externes de protection des droits humains dans l'ordre juridique de l'UEMOA* »<sup>142</sup>. Or, d'après eux-mêmes, « *la comparaison avec les progrès réalisés dans ce domaine par des juridictions sœurs*

---

140 Ibid. D'abord, les droits rattachés à la valeur « Citoyenneté » ne concernent que les citoyens de l'UE. Ensuite, la Charte s'applique aux institutions et organes de l'UE, dans le respect du principe de subsidiarité. Enfin, elle s'applique aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union (art. 51 de la Charte). Mais, pour bien montrer que les États demeurent souverains en la matière, toute disposition de la Charte faisant référence aux législations et pratiques nationales ne s'applique à ces pays que si les droits et principes qu'elle contient sont reconnus dans leurs législations et leurs pratiques respectives. C'est ainsi que la Pologne, le Royaume-Uni et la République tchèque ont négocié un régime dérogatoire à son application.

141 Journal burkinabé en ligne Le Faso <https://lefaso.net/spip.php?article93316#>., consulté le 11 novembre 2020.

142 Mahawa DIOUF Juge rapporteur à la Cour de justice de l'UEMOA, [http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/cour\\_de\\_justice\\_de\\_luemoa\\_rentree\\_judiciaire\\_2019-2020\\_rapport\\_juge\\_mahawa\\_semou\\_diouf.pdf](http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/cour_de_justice_de_luemoa_rentree_judiciaire_2019-2020_rapport_juge_mahawa_semou_diouf.pdf), consulté le 11 novembre 2020.

*comme la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) ou la Cour de Justice de la CEDEAO (CJ CEDEAO) est assez édifiante.*

*Cette situation devrait donc induire une réflexion autour de la problématique globale de la vocation de la Cour communautaire de l'Union en matière de protection des droits de l'homme, l'efficacité de son contrôle ainsi que les mécanismes existants ou à créer pour en assurer l'efficience. L'examen du système mis en place et l'analyse de la mise en œuvre de sa compétence en matière de droits humains aideront à trouver les réponses adéquates à ces questionnements »<sup>143</sup>.*

Ce réveil, quoique tardif, doit être encouragé afin que les juges de l'intégration, dans le cadre de l'UEMOA, puissent faire de cette disposition, ou des meilleures formules de cette disposition à venir, un véritable outil d'expansion d'un droit de l'intégration en phase avec les préoccupations contemporaines des droits fondamentaux telles que le souhaitent les individus, les entreprises et les institutions au sein des Etats membres. C'est incontestablement le manque de prise en compte de la dimension « droits de l'homme » qui est la plus grande menace à la mise en œuvre harmonieuse du principe de primauté. Les réserves de constitutionnalité qui pourraient être soulevées par des juges constitutionnels ouest africains pourraient porter essentiellement sur une insuffisante prise en compte des droits de l'homme dans les actions de chacun des organes de la Communauté. Il faudrait donc que, non seulement la Conférence des chefs d'Etat et de gouvernement, le Conseil des ministres ainsi que la Commission, sans oublier les organes consultatifs et les institutions spécialisées<sup>144</sup> tels que la Chambre consulaire régionale<sup>145</sup>, le Conseil du travail et du dialogue social ainsi que le Conseil des collectivités territoriales<sup>146</sup>, soient tenus de respecter les droits de l'homme dans la prise des différents

---

143 Ibid.

144 Alinéa 3, de l'article 16, du traité de l'UEMOA.

145 Prévues à l'article 40 du traité de l'UEMOA.

146 Prévues par l'Acte additionnel n° 2/CCEG/UEMOA/2011 du 30 mai 2011.

actes de l'Union. Il faudrait aussi que la Cour de justice annule les actes pris par les organes de l'Union en violation des mêmes droits.

C'est le prix à payer pour que le principe de primauté soit respecté, car, pour l'instant, c'est son niveau infra constitutionnel qui est fortement énoncé par la Cour constitutionnelle béninoise.

### **B- L'affirmation du caractère infra constitutionnel de la primauté du droit de l'intégration**

La Cour constitutionnelle béninoise a, de manière constante, depuis 1994, sous-entendu que la primauté du droit de l'intégration n'avait pas de valeur constitutionnelle. Cette affirmation qui fut implicite entre 1994 et 2019 (1) est désormais, depuis 2020, très explicite (2).

#### **1- Une affirmation implicite au départ**

La Cour constitutionnelle béninoise a estimé, dès 1994<sup>147</sup> que « *l'on ne saurait soutenir [que les transferts de compétences] entraînent une violation de la souveraineté de l'État signataire qui s'engage, conscient qu'une fois le Traité ratifié, celui-ci a une autorité supérieure à la loi nationale, conformément à l'article 147 de la Constitution* ».

Autrement dit, l'Etat sait que, une fois ratifié et publié, le traité, sous réserve de réciprocité, ne l'emporte que sur la loi ordinaire. L'Etat sait donc que ce traité n'est pas au-dessus de la Constitution, mais seulement au-dessus de la loi ordinaire. Il faut signaler en effet qu'en matière de rang supra législatif, mais aussi infra constitutionnel, du droit de l'intégration, la Cour constitutionnelle béninoise met sur le même plan le droit dérivé et le droit primaire de l'intégration. Dans sa décision DCC 19-287 du 22 août 2019, alors qu'elle évoque un Règlement de l'UEMOA, en le qualifiant de « *norme communautaire ou internationale* », le juge constitutionnel béninois, toujours dans le même paragraphe, évoquant donc

---

147 DCC 19-94 du 30 juin 1994.



la même norme de droit dérivé de l'intégration, parle de « *ces conventions régulièrement ratifiées par la République du Bénin* », assimilant, en termes de régime juridique, aussi bien les traités internationaux, relevant du droit primaire ou principal, que les normes (dérivées et obligatoires) du droit de l'intégration. Or, il est aujourd'hui bien établi que l'article 147 évoqué par le juge constitutionnel béninois, et qui est une reprise de l'article 55 de la Constitution française<sup>148</sup>, consacre une valeur supra législative et infra constitutionnelle au traité ainsi adopté. « Si l'article 55 donne sans ambiguïté aux traités une valeur supra législative, la Constitution reste la référence suprême en vertu du principe de souveraineté »<sup>149</sup>. Le transfert de l'exercice de compétences souveraines de l'Etat n'équivaut donc pas à une renonciation à la suprématie constitutionnelle. Il est même précisé dans la décision de 1994 qu'il s'agit « *d'un abandon partiel de souveraineté, voulu et accepté par les États parties qu'implique tout engagement international* ».

Par ailleurs, les réserves de constitutionnalité que la Cour constitutionnelle béninoise a commencé à évoquer, dès 2019, n'expriment pas autre chose que la suprématie de la Constitution.

En droit comparé, il existe trois catégories de réserves de constitutionnalité<sup>150</sup> : la première catégorie concerne les règles répartitrices de compétences entre l'Union et ses Etats membres. Il s'agit de la compétence de juger les limites des compétences attribuées. Cette première catégorie de réserve fait l'objet de controverses en Europe, le juge communautaire et les juges constitutionnels nationaux se

---

148 Article 147 de la Constitution béninoise : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ».

Article 55 de la Constitution française : « *Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* ».

149 E. DECAUX et O. de FROUVILLE, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2018, p.113.

150 P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 469.

disputant le droit d'opérer ce contrôle appelé en Allemagne le contrôle « *Ultra Vires* »<sup>151</sup>. Ce type de contrôle a abouti dans la pratique à « doubler les normes de contrôle des actes européens »<sup>152</sup>, les deux juges – constitutionnel et européen- se donnant la latitude de vérifier si des actes de droit dérivé ou des actes d'exécution du droit de l'intégration respectent les règles de répartition de compétences entre l'Union et les Etats membres. Une crainte signalée de danger de ralentissement du projet européen du fait de la mise en œuvre de cette catégorie de réserve a été jugée extrêmement limitée compte tenu des voies de droit prévues en droit de l'Union européenne<sup>153</sup>. Or, non seulement les mêmes procédures existent dans le droit de l'Union économique et monétaire ouest africaine, mais, dans cette dernière organisation, les textes sont allés encore plus loin que ceux de l'Europe par l'instauration d'un « mécanisme de surveillance de la pleine efficacité du droit (...) produit ».<sup>154</sup> La deuxième catégorie de réserve de constitutionnalité, celle qu'applique ici le Bénin, est la réserve pour respect des droits fondamentaux. Cette catégorie de réserve est la plus répandue. Un exemple de la mise en œuvre de cette réserve en Europe est donné par la Cour suprême d'Irlande qui a considéré que le droit à la vie accordé au fœtus par la Constitution irlandaise ne peut être supplanté par le droit européen : « *where the right sought to be protected is that of a life, there can be no question of a possible or putative right which might exist in European law as a corollary to the right to travel*

151 M. WENDEL, « La Cour constitutionnelle fédérale allemande et l'intégration européenne », in AIJC XXVIII, 2012, p. 641 ; Pour une application récente de cette réserve, voir : J-C ZARKA, « L'arrêt du 5 mai 2020 de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne concernant le programme PSPP de la Banque centrale européenne », in <https://www.actu-juridique.fr/international/international-etrangers/droits-europeen-ue/larret-du-5-mai-2020-de-la-cour-constitutionnelle-federale-dallemagne-concernant-le-programme-pspp-de-la-banque-centrale-europeenne/>, consulté le 09 novembre 2020.

152 C. MAYER, « Multilevel Constitutional Jurisdiction », in A. VON BOGDANDY et J. BAST (eds), *Principles of European Constitutional Law*, Hart Publishing, 2009, p.412; P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, pp. 469- 470.

153 P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 474.

154 A. SALL, *La justice de l'intégration réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, deuxième édition revue, corrigée et augmentée, Dakar, L'harmattan-Sénégal, 2018, p. 34.

*so as to avail of services* »<sup>155</sup>. La troisième catégorie de réserve de constitutionnalité est celle de la nécessité de respecter l'identité constitutionnelle de chaque Etat. Cette catégorie de réserve, qui tire sa source de prévisions conventionnelles européennes, est récupérée par les juridictions constitutionnelles nationales qui retournent ce concept contre l'organisation qui l'a prévu en lui signalant chaque fois le manque de prise en compte par l'organisation de l'identité constitutionnelle de l'Etat<sup>156</sup>. Il s'agit dans toutes ces trois formes de réserve de constitutionnalité de préserver la suprématie de la Constitution.

Malgré cet ancrage de la position du juge constitutionnel béninois sur le droit comparé, l'utilisation par lui d'une réserve de constitutionnalité n'a pas laissé indifférent le juge UEMOA de l'intégration. Il a réagi à la décision DCC 19-287 du 22 août 2019 de la Cour constitutionnelle béninoise. Par l'arrêt n°005/2020 du 8 juillet 2020 de la Cour de justice de l'UEMOA rendu sur saisine de la Commission de l'UEMOA, la Cour a rappelé que « *la primauté de l'ordre juridique de l'Union dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux implique qu'aucune disposition juridique administrative, législative, juridictionnelle et même de niveau constitutionnel interne ne saurait être utilisée, pour mettre en échec le droit communautaire* ». Elle a d'abord estimé que « *l'interprétation faite par [la Cour constitutionnelle] du sens et de la portée des dispositions de l'article 35 du Règlement est manifestement erronée* ». Elle a ensuite déploré le fait que la Cour constitutionnelle béninoise n'ait pas cherché à vérifier auprès d'elle l'interprétation authentique de la disposition en cause alors que, selon elle, « *la Cour constitutionnelle du Bénin, instance statuant en dernier ressort, avait l'obligation de saisir la Cour*

---

155 *Society for the protection of Unborn Children (Ireland) Ltd. v. Grogan*, 1989 I.R. 767 (Ir. S.C.), cite par P. DERMINE, M. LYS et C. ROMAINVILLE, « L'influence du droit constitutionnel sur le droit de l'Union européenne », in *Annales de Droit de Louvain*, Vol. 75, 2015, n°3-4, p. 477.

156 D. SYMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, 2011, pp. 27 et s.

*de justice de l'UEMOA par le biais du recours préjudiciel, pour l'interprétation du Règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014* ». Enfin, après avoir rappelé l'interprétation authentique qu'il fallait avoir de la disposition en cause, elle a conclu qu'« en application des dispositions de l'article 14 du protocole additionnel n°1 susvisé qui indiquent que les interprétations faites par la Cour s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles, il appartient à la Cour constitutionnelle du Bénin de s'approprier les articulations du présent arrêt et de s'y conformer ».

La décision du juge de l'intégration, au lieu de conduire le juge constitutionnel béninois à l'exécution attendue a plutôt conduit ce dernier à affirmer très nettement ce qu'elle essayait de faire comprendre de manière voilée depuis des années.

## **2- Une affirmation explicite à l'arrivée**

Poursuivant l'œuvre de clarification de sa position sur la place des normes de l'intégration dans la hiérarchie des normes, la Cour constitutionnelle béninoise a enlevé tous gants et affirmé de manière nette que « *si les dispositions conventionnelles qui instituent les organes d'intégration juridique ou économique ont une valeur supra législative, elles ont également une valeur infra constitutionnelle ; qu'elles ne valent ni n'équivalent les dispositions de la Constitution dont le juge constitutionnel est l'interprète exclusif et authentique* »<sup>157</sup>. Cette affirmation est intervenue alors que la Cour constitutionnelle réagissait à l'obligation qu'avait mise à sa charge la Cour de justice de l'UEMOA dans son arrêt n°005/2020 du 8 juillet 2020. La juridiction de l'intégration avait estimé que « *la Cour constitutionnelle du Bénin, instance statuant en dernier ressort, avait l'obligation de saisir la Cour de justice de l'UEMOA par le biais du recours préjudiciel, pour l'interprétation du Règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014* ».

---

157 DCC 20-641 du 19 novembre 2020.

Une telle prise de position du juge africain est fondée sur l'article 12 du Protocole additionnel n° 1 de 1996 qui stipule que :

*« La Cour de Justice statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des actes pris par les organes de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, quand une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle est appelée à en connaître à l'occasion d'un litige.*

*Les juridictions nationales statuant en dernier ressort sont tenues de saisir la Cour de Justice. La saisine de la Cour de Justice par les autres juridictions nationales ou les autorités à fonction juridictionnelle est facultative ».* En droit comparé, la décision du juge ouest africain de l'intégration n'a rien d'original ou de surprenant. Elle n'est pas sans rappeler, en droit européen et français, un cas semblable. Alors qu'était soulevé devant la Cour de justice de l'Union européenne le grief que le Conseil d'État français, en tant que juridiction statuant en dernier ressort, ne pouvait procéder à l'interprétation du droit de l'Union (...), sans l'avoir, au préalable interrogé au moyen d'un renvoi préjudiciel<sup>158</sup>, cette haute juridiction européenne a, « pour la première fois, [constaté] qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne aurait dû l'interroger afin d'écartier le risque d'une

---

158 Article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) : « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel :

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais ».

interprétation erronée du droit de l'Union »<sup>159</sup>. Elle a décidé qu'« *il y a lieu de constater qu'il incombait au Conseil d'État, en tant que juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne, d'interroger la Cour sur le fondement de l'article 267, troisième alinéa, TFUE afin d'écartier le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union* »<sup>160</sup>.

Sur cette base, la Cour a conclu<sup>161</sup> dans le même sens que la Cour de justice de l'UEMOA<sup>162</sup>. La France a connu ce premier cas en 2018<sup>163</sup>. Le Bénin connaît son premier cas en 2020.

La Cour constitutionnelle béninoise a choisi de répondre à cette position de la juridiction de l'intégration par voie de décision. Elle a estimé que « *le renvoi préjudiciel, qui ne vaut que pour l'interprétation des normes relevant du contrôle de la légalité et non de la constitutionnalité n'est pas opposable à la Cour constitutionnelle, les notions de « juridiction nationale », de « juge national », d' « ordre juridique », « d'ordre judiciaire » et de « primauté législative » ne pouvant être opposables qu'aux juridictions en charge du contrôle de la légalité* »<sup>164</sup>.

159 A. AVOCATS, « Condamnation inédite de la France pour n'avoir pas saisi la CJUE d'une question préjudicielle », in <https://www.adden-leblog.com/condamnation-inedite-de-la-france-pour-navoir-pas-saisi-la-cjue-dune-question-prejudicielle/>, consulté le 03 décembre 2020.

160 Selon l'arrêt, : (*voir, en ce sens, arrêt du 9 septembre 2015, Ferreira da Silva e Brito e.a., C-160/14, EU : C:2015:565, point 44*)

161 La haute juridiction européenne a conclu en ces termes : « *En conséquence, dès lors que le Conseil d'État a omis de saisir la Cour, selon la procédure prévue à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, afin de déterminer s'il y avait lieu de refuser de prendre en compte, pour le calcul du remboursement du précompte mobilier acquitté par une société résidente au titre de la distribution de dividendes versés par une société non-résidente par l'intermédiaire d'une filiale non-résidente, l'imposition subie par cette seconde société sur les bénéfices sous-jacents à ces dividendes, alors même que l'interprétation qu'il a retenue des dispositions du droit de l'Union dans les arrêts du 10 décembre 2012, Rhodia (FR:CESSR:2012:317074.20121210), et du 10 décembre 2012, Accor (FR:CESSR:2012:317075.20121210), ne s'imposait pas avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable, le (...) grief doit être accueilli* ».

162 CJUE 4 octobre 2018 *Commission européenne c/ République française*, aff. C-416/17, in <http://curia.europa.eu/juris/document/document.js>, consulté le 03 décembre 2020.

163 F. CHALTIEL, « Absence de renvoi préjudiciel et manquement d'Etat », in <https://www.actu-juridique.fr/international/international-etrangers/droits-europeen-ue/absence-de-renvoi-prejudiciel-par-le-juge-et-manquement-detat/>, consulté le 03 décembre 2020.

164 DCC 20-641 du 19 novembre 2020.

Normalement, le renvoi préjudiciel, symbole du dialogue des juges, devrait traduire « plus un défaut de compétence pour juger de la question qui justifie le renvoi, qu'une soumission à l'autorité chargée de juger cette question, même si le renvoi implique que la décision prise par l'autorité compétente soit suivie par l'autorité de renvoi »<sup>165</sup>, mais il faut admettre que « selon une approche en termes de pouvoir, le renvoi préjudiciel d'une cour constitutionnelle à la Cour de justice présente une dimension politique dans la mesure où il pourrait traduire une certaine soumission de celle-là à celle-ci et donc une atteinte à la maîtrise de l'interprétation des paramètres de constitutionnalité par le juge constitutionnel »<sup>166</sup>. En effet, « le renvoi préjudiciel affecte en partie l'étendue du pouvoir du juge constitutionnel dans l'appréciation des éléments qui constituent son office. Il perd la maîtrise, du moins en partie, de la norme objet ou de la norme de référence de son contrôle »<sup>167</sup>. C'est donc en termes de luttes de primauté qu'il faut percevoir cette réponse de la Cour constitutionnelle béninoise. Dès lors qu'elle développe une approche de subordination de toutes les branches du droit à la suprématie constitutionnelle dont elle est la gardienne, donner le sentiment qu'elle est obligée de soumettre une préoccupation à un autre juge avant de statuer, irait à l'encontre de sa doctrine. La solution n'est-elle pas alors de prévoir la primauté dans la Constitution dont elle se réclame gardienne afin que celle-ci s'impose à elle ? L'expérience française ne permet pas d'être tranchée sur cette question.

Dans ce pays, il a été prévu un titre spécial de la Constitution dans lequel chaque traité important du droit de l'intégration bénéficie d'une disposition spécifique. C'est ainsi que depuis 1992, le traité de Maastricht a été constitutionnalisé. En 1997, c'est le traité

---

165 X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, 2013/4 n° 96, p.918.

166 X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, 2013/4 n° 96, p. 918.

167 X. MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction... au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne », *RFDC*, 2013/4 n° 96, p. 927.

d'Amsterdam qui est constitutionnalisé. En 2008, le traité de Lisbonne apparaît à son tour dans la Constitution. De nos jours, le titre XV et les articles 88-1 à 88-7 de la Constitution française consacrent la primauté du droit de l'Union européenne sur les normes d'origine interne<sup>168</sup>. Mais, le fait est que cette forme expresse et radicale de consécration de la primauté du droit de l'intégration dans la Constitution ne change pas grand-chose à la question de la suprématie de la Constitution car « l'hypothèse d'un conflit entre ces traités, ou le droit dérivé de ces traités, et la Constitution n'est (...) pas complètement écartée, en raison de *la réserve de constitutionnalité* souvent maintenue par le juge constitutionnel en cas d'atteinte à des principes constitutionnels jugés essentiels ». Et, en pareil cas, « le conflit serait alors tranché en faveur de la norme constitutionnelle »<sup>169</sup>. Le Conseil constitutionnel français a ainsi fait apparaître une réserve de constitutionnalité qui joue en cas de contradiction avec une règle ou un *principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France* sauf consentement du constituant<sup>170</sup>. Le Conseil d'État français réserve, quant à lui, la primauté des normes constitutionnelles aux cas dans lesquels le droit de l'Union européenne n'offrirait pas de garantie équivalente à celle résultant d'une disposition ou d'un principe constitutionnel<sup>171</sup>. « Cette primauté constitutionnellement acceptée ne sacrifie [donc] pas la suprématie de la Constitution. D'abord, parce que celle-ci est nettement réaffirmée ; ensuite, parce que la primauté du droit de l'Union est fondée sur la Constitution elle-même ; enfin, parce qu'elle trouve une limite dans les règles et les principes inhérents à l'identité constitutionnelle

---

168 S.L. FORMERY, *La Constitution commentée, article par article*, Paris, Hachette, 2013, pp. 158-166.

169 Hervé ASCENCIO, « Les relations extérieures », in Michet TROPER et Dominique CHAGNOLAUD (dir.) *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 671-673.

170 Cons. const., n° 2006-540 DC, 21 juill. 2006 ; n° 2008-564, 19 juin 2008 ; n° 2010-605, 12 mai 2010 ; n° 2010-79 QPC, 17 déc. 2010 ; n° 2011-631 DC, 9 juin 2011.

171 CE, Ass. 8 févr. 2007, *Arcelor e.a.* Sur tous ces points, Hervé ASCENCIO, « Les relations extérieures », in Michet TROPER et Dominique CHAGNOLAUD (dir.) *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 671-673.



de la France »<sup>172</sup>. Il s'est agi « d'incorporer dans les jurisprudences constitutionnelles nationales moyennant des ajustements propres à sauvegarder, dans une mesure compatible avec l'application loyale du droit [de l'intégration], la suprématie que les Constitutions sont condamnées à conserver logiquement aussi longtemps qu'elles demeureront au fondement de l'ordre juridique communautaire »<sup>173</sup>.

## CONCLUSION

Le juge constitutionnel béninois, garant de la suprématie constitutionnelle a, dès 1994, quoique de manière voilée, précisé les limites de transferts de l'exercice des compétences souveraines qu'il a approuvé. Il a fallu attendre 2020 pour qu'il affirme explicitement que si primauté il y a, elle ne vaut que pour les normes infra constitutionnelles, le juge constitutionnel se réservant le droit de faire primer la Constitution sur la norme d'intégration quand il lui apparaît que cette dernière norme heurte de manière frontale et essentielle un droit constitutionnellement protégé. Cette réserve existe au nom des droits fondamentaux, et, précisément, du fait du manque de prise en compte de ces droits dans la production normative, puis dans le contrôle juridictionnel de l'organisation d'intégration. Il faut donc approuver le juge rapporteur de la Cour de justice de l'UEMOA, Mahawa DIOUF, s'exprimant en 2019, lorsqu'il constate qu'« *au-delà de la simple fonction de protection individuelle, le fait de subordonner l'action des organes de l'Union au respect des droits fondamentaux s'analyse aussi comme une anticipation aux éventuelles velléités des juridictions des États membres à vouloir contrôler la légalité*

---

172 Agnès ROBLOT-TROIZIER, « La suprématie de la Constitution », in Michel VERPEAUX, Pierre de MONTALIVET, Agnès ROBLOT-TROIZIER et Ariane VIDAL-NAQUET (dir.), *Droit constitutionnel, Les grandes décisions de la jurisprudence*, Paris, PUF, p. 278.

173 H. DUMONT, « La traduction, ciment du "pacte constitutionnel européen", une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales », in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS et F. OST (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre-Hommage au recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2009, p. 21.

*des actes pris par ces derniers, sous prétexte de violation des droits fondamentaux inscrits dans les constitutions nationales* »<sup>174</sup>.

En fait, pour éviter la guerre des hautes juridictions, chacune d'elle étant la gardienne de textes revendiquant tantôt la primauté, tantôt la suprématie, il est important, d'une part, de reconnaître que chaque juge a raison de vouloir assumer la plénitude de ses missions, d'autre part, qu'un rôle important pourrait être reconnu aux gouvernements des Etats membres. Ces derniers devraient trouver le moyen de soumettre aux juridictions constitutionnelles les projets de normes dérivées de l'intégration afin que les juges constitutionnels fassent porter, à travers les gouvernements, leurs éventuelles préoccupations dans les instances des organisations d'intégration détenant le pouvoir de « législation », et cela, au moment même de l'élaboration des normes. Cela épargnerait au système une perturbation « en plein vol » et, finalement, un manque d'efficacité.

Au total, en cette matière, il faut recourir à ce que le doyen Baptiste BONNET a appelé « *l'art de l'accommodement raisonnable* »<sup>175</sup>. Pour lui, « *les rapports entre le droit constitutionnel et le droit de [l'intégration] recèlent un potentiel conflit irrésoluble lié à la suprématie constitutionnelle, mais, (...) précisément, ces rapports induisent, dans une lecture renouvelée, une forme de réconciliation par la Constitution* »<sup>176</sup>.

---

174 Mahawa DIOUF Juge rapporteur à la Cour de justice de l'UEMOA, [http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/cour\\_de\\_justice\\_de\\_luemoa\\_rentree\\_judiciaire\\_2019-2020\\_rapport\\_juge\\_mahawa\\_semou\\_diouf.pdf](http://www.uemoa.int/sites/default/files/bibliotheque/cour_de_justice_de_luemoa_rentree_judiciaire_2019-2020_rapport_juge_mahawa_semou_diouf.pdf), consulté le 11 novembre 2020.

175 BONNET, Baptiste. « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable », *Titre VII* [en ligne], avril 2019, n° 2. URL complète : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/lesrapports-entre-droit-constitutionnel-et-droit-de-l-union-europeenne-de-l-art-de-l-accommodement>, consulté le 8 octobre 2020.

176 Ibid.



## LE JUGE CONSTITUTIONNEL BÉNINOIS ET LA RÉGULATION DE LA COMMUNICATION MÉDIATIQUE

**Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI**

*Docteur en droit, Université d'Abomey-Calavi*

Quand l'Université et le prétoire ont convergé pour la première fois à la Cour constitutionnelle au Bénin, cela portait le nom du bâtonnier et doyen Robert Dossou. Cette convergence se drapait aussi dans les habits du contrôle constitutionnel de la régulation de la communication. La présidence de Robert Dossou (Juin 2008 – Juin 2013) a, en effet, pris une belle part dans l'encadrement de la régulation de la communication afin de permettre aux médias d'apporter leur pierre à l'édification de la démocratie béninoise. Cette œuvre du juge constitutionnel béninois confirme les propos d'Ignacio Ramonet qui affirmait que « c'est de la qualité de l'information que dépend la qualité de la démocratie, quand la première se dégrade, la seconde ne tarde guère elle-même à s'abîmer »<sup>1</sup>. Pour s'assurer de cette qualité des médias, il importe dans les démocraties modernes ou en transition d'organiser la régulation de la communication médiatique. Malgré la diversité des définitions doctrinales de la notion de régulation<sup>2</sup>, celle-ci peut s'entendre, dans le secteur des médias, comme la mise en place d'un mécanisme chargé de veiller à l'équilibre dudit secteur, qu'ils soient écrits ou audiovisuels. Il s'agit en fait d'organes non juridictionnels chargés de régler le secteur, d'assurer un équilibre entre les intérêts des différentes forces en présence, d'arbitrer au besoin entre ces intérêts et de réprimer éventuellement les infractions. Cela revient globalement à mettre en place un mode d'encadrement plus souple, plus flexible et plus

---

1 RAMONET (I), *La tyrannie de la communication*, Paris, Gallimard, 2001, p.241.).

2 BAZET (M) et al, *Dictionnaire des régulations 2016*, LexisNexis, 1995, p. 515 et suiv.

adapté afin de maintenir un équilibre optimal et visant à la stabilité de cet écosystème aux moyens d'un ensemble de techniques juridiques et institutionnelles<sup>3</sup>.

Cette notion de régulation entretient des liens avec la notion de liberté<sup>4</sup> dans la mesure où elle vise à garantir la liberté de la presse et de la communication audiovisuelle dans un contexte de contraintes techniques liées au caractère limité des fréquences hertziennes disponibles, mais aussi de convergence technologique qui met la pression sur ce droit fondamental reconnu par la Constitution. En effet, « la liberté de la presse est une liberté essentielle pour l'existence et le fonctionnement du régime démocratique, mais placée sous « le contrôle vigilant et nuancé »<sup>5</sup> du juge constitutionnel.

Conscient de ces enjeux des médias dans le fonctionnement et le développement d'une démocratie, le constituant béninois de 1990 a, après avoir consacré le droit à la liberté d'expression à l'article 23 de la loi Fondamentale, disposé que « *La liberté de la presse est reconnue et garantie par l'État. Elle est protégée par la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication dans les conditions fixées par une loi organique* » (article 24). L'institution de cet organe par la Constitution de 1990, amendée en 2019, peut s'analyser comme la consécration constitutionnelle des médias comme quatrième pouvoir. Cette constitutionnalisation la place au même pied que les trois pouvoirs classiques que sont l'Exécutif, le Législatif et le Judiciaire. Elle confirme le rôle grandissant du pluralisme des médias comme une composante essentielle de toute société qui se veut démocratique.

---

3 Du MARAIS (B), préface, in SEE (A, sous la dir.), *Régulations*, Editions la Mémoire du droit, 2013, p. 10.

4 DERIEUX (E), « Chapitre VII. Régulation et liberté de la communication audiovisuelle », in MBONGO (P), PICCIO (C) et RASLE (M), *La liberté de communication audiovisuelle au XXI<sup>e</sup> siècle*, L'Harmattan, 2013, pp. 127 et suiv.

5 de LAMY (Bertrand), « La Constitution et la liberté de la presse », in Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 36 (Dossier : la liberté d'expression et de communication) - Juin 2012.

Pour mieux encadrer l'exercice de la liberté de presse et du pluralisme des médias, le Bénin s'est doté d'une instance de régulation de la communication médiatique. Dotée de larges compétences et de pouvoirs conséquents, cette autorité administrative indépendante<sup>6</sup> à statut constitutionnel<sup>7</sup> est chargée par l'article 142 de la Constitution de la mission générale de « *garantir et d'assurer la liberté et la protection de la presse, ainsi que de tous les moyens de communication de masse dans le respect de la loi* ». La Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC) doit également veiller « *au respect de la déontologie en matière d'information et à l'accès équitable des partis politiques, des associations et des citoyens aux moyens officiels d'information et de communication* ». Conformément au vœu de l'article 143, alinéa 2 de la même Constitution, une loi organique a été votée et promulguée en 1992<sup>8</sup>, puis modifiée en 1993<sup>9</sup>, pour fixer la composition, les attributions, l'organisation et le fonctionnement de la HAAC. Cette loi qui fait partie du bloc de constitutionnalité a conféré à la HAAC trois grandes catégories : les attributions relatives au pluralisme et la liberté de la presse, celles qui concernent l'exercice de la profession de journaliste et enfin celles portant gestion des fréquences.

Le 14 juillet 1994, l'instance de régulation de la communication médiatique a été officiellement installée. Sur le fondement de

---

6 «Les autorités administratives indépendantes désignent «des organismes publics non juridictionnels et dépourvus de la personnalité morale qui ont reçu de la loi la mission d'assurer la régulation des secteurs sensibles, de veiller au respect de certains droits des administrés et sont dotés de garanties statutaires et de pouvoirs leurs permettant d'exercer leurs fonctions sans être soumis à l'emprise du gouvernement », GENTOT (M), *Les autorités administratives indépendantes*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, Montchrestien, collection Clefs/politique, 1994, p. 16.

7 ADJOVI (E.V), *les instances de régulation des médias en Afrique de l'Ouest, le cas du Bénin*, Karthala - Fondation Friedrich Ebert, 2003, p.

8 Loi organique n°92-021 du 21 août 1992 relative à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la communication (Bénin), in *Journal officiel de la République du Bénin* du 15 novembre 1992, pp. 574-578.

9 Loi organique n°93-018 du 27 avril 1994 portant amendement de la loi organique n° 92-021 du 21 août 1992 relative à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la communication (Bénin), in *Journal officiel de la République du Bénin* du 15 mars 1995, p 162.

la Constitution, la HAAC s'est dotée d'un Règlement intérieur amendé à plusieurs reprises<sup>10</sup>. Pour rendre cette instance pleinement opérationnelle, il a été promulgué en 1997 la loi sur la libéralisation de l'espace audiovisuel et dispositions pénales spéciales<sup>11</sup>. Elle complétait la Loi n° 60-12 du 30 juin 1960 sur la presse écrite. Plus tard en 2015, ces deux lois sur les médias ont été fondues avec d'autres textes<sup>12</sup> et renforcées pour donner naissance au code de l'information et de la communication du 20 mars 2015<sup>13</sup>. Deux ans plus tard, la loi définissant le cadre juridique favorable au développement numérique a émis des dispositions sur les infractions de presse en ligne<sup>14</sup>.

Forte de cet arsenal juridique, la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication assure la régulation de la communication médiatique au Bénin en utilisant les pouvoirs de décision (investigation, injonction, sanction, réglementaire et saisine) et d'influence (conseil et recommandation, information) que lui octroient la Constitution et sa loi organique.

La plupart des décisions de la HAAC sont susceptibles de recours devant la chambre administrative de la Cour suprême du Bénin (art. 41, al 2 et 56 de la loi organique 92-021). Il apparaît donc que la HAAC est une autorité administrative, soumise au contrôle du

---

10 Règlement intérieur 15 mars 1995 déclaré conforme à la Constitution (Cour const., Décision DCC 95-003 du 13 janvier 1995, Décision DCC 95-015 du 13 mars 1995 et DCC 95-018 du 17 mars 1995), modifié, le 13 mars 2002 (Cour const. DCC 02-017 du 27 mars 2002) le 30 novembre 2004 (Cour const., DCC 05-029 du 31 mars 2005), puis le 4 septembre 2008 (Cour const., DCC 09-018 du 26 février 2009)

11 Loi 97-010 du 20 août 1997 portant libéralisation de l'espace audiovisuel et dispositions pénales spéciales relatives aux délits en matière de presse et de communication audiovisuelle en République du Bénin, in Journal officiel de la République du Bénin du 1<sup>er</sup> novembre 1997, pp 824-834.

12 L'ordonnance n° 69-22/PR/MJL du 04 juillet 1969 tendant à réprimer certains actes de nature à troubler la paix publique, la propagation, la publication, la diffusion et la reproduction de fausses nouvelles ; et la loi n° 84-007 du 15 mars 1984 sur les affiches publiques.

13 Loi n° 2015-07 du 20 mars 2015, portant code de l'information et de la communication en République du Bénin.

14 La loi n° 2017-20 du 20 avril 2018 portant code du numérique, modifié par la loi n°2020-35 du 6 janvier 2021 (voir le chapitre IX : Des contenus abusifs et infractions de presse en ligne).

juge administratif. Mais son statut constitutionnel et la matière sur laquelle elle travaille, à savoir la liberté de la presse constitue un droit fondamental, une liberté publique. Or aux termes des articles 114 de la Constitution, la Cour constitutionnelle est chargée d'assurer le contrôle de constitutionnalité des lois et actes réglementaires, du règlement des différends politiques, du contentieux des élections présidentielles et législatives et la garantie des droits fondamentaux. C'est dire que dans le cadre de son office, elle est appelée à contrôler la régulation de la communication médiatique.

Après près de trois décennies de contrôle de la régulation de la communication, quel bilan peut-on tirer de l'activité prétorienne du juge constitutionnel ? Quelles sont les lignes de forces de sa jurisprudence ?

La réponse à ces interrogations permettra d'apprécier ou de mesurer la contribution de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et de la Cour constitutionnelle à la promotion et l'enracinement de la liberté d'expression et de presse ainsi qu'au pluralisme des médias, conditions indispensables au fonctionnement d'une société démocratique<sup>15</sup> et au renforcement de l'Etat de droit. L'examen de cette jurisprudence constitutionnelle<sup>16</sup>, marquée à la fois par la continuité et par des ruptures, dévoile des linéaments qui ont permis de préciser le sens et/ou la portée des dispositions qui irriguent l'activité de régulation de la communication médiatique. Ils ont inspiré la reconfiguration de certains principes, mais aussi la production de nouveaux textes juridiques.

---

15 Le principe du pluralisme a été érigé en condition de la démocratie par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à travers l'arrêt *Handyside* (CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, série A, vol. 24, p.23. Cette caractéristique de la démocratie a été consacrée, dix ans plus tard, par le juge constitutionnel français (Décision du C.C., n° 86-217 DC, 18 septembre 1986, Liberté de la communication audiovisuelle, Rec. C.C., p. 141), voir MARCANGELO-LEOS (P), *Pluralisme et audiovisuel*, Collection, Bibliothèque de droit public, Paris, LGDJ, 2004, p. 2. (678 pages).

16 Au milieu de la doctrine très abondante sur le sujet, on peut citer MEDE (N), *Les grandes Décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, L'Harmattan, 2020.



De façon globale, il ressort de l'analyse de ce volet de la jurisprudence constitutionnelle, d'une part des efforts de stabilisation de l'indépendance des membres de l'Instance de régulation (I) et, d'autre part, un redimensionnement des compétences de l'institution (II).

### **I- La stabilisation des garanties d'indépendance des membres de la HAAC**

Le contrôle de l'aménagement de la vie de l'instance de régulation laisse entrevoir une relative stabilisation de l'indépendance de l'instance de régulation. La HAAC a été conçue pour être une institution indépendante de tout pouvoir politique, association ou groupe de pression de quelque nature que ce soit» (art. 4 de la loi organique de 1992). La Cour constitutionnelle a été amenée à se prononcer sur les garanties statutaires d'indépendance des membres de l'institution. A ce niveau, elle n'a pas géré de contentieux sur l'irrévocabilité du mandat, ni sur la durée du mandat qui reste fixé à 5 ans, renouvelable une seule fois, depuis la réforme constitutionnelle de 2019. Elle s'est employée à stabiliser le régime des incompatibilités (A), à mieux fixer les contours de l'indépendance politique et sociale des membres (B) et à préserver leur indépendance financière.

#### **A/ Le contentieux des garanties d'indépendance relatives aux incompatibilités**

Saisie d'une requête visant à contester la nomination du premier président de la HAAC et d'un conseiller, la Cour a jugé qu'aucune disposition de la Loi organique n° 92-021 du 21 août 1992 ni aucun autre texte n'interdit à un membre de la HAAC d'appartenir à un parti politique ; qu'au demeurant l'article 25 de la Constitution dispose expressément : « l'Etat reconnaît et garantit, dans les conditions fixées par la loi, la liberté d'aller et venir, la liberté association... ; que cette disposition est confirmée par l'article 10 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples... »<sup>17</sup>.

---

17 Décision DCC 10-94 du 9 mai 1994.

Pour conforter sa position, la Cour s'est référée à la décision n° 14 DC en date de février 1993 du Haut Conseil de la République agissant en qualité de juge constitutionnel qui « *n'interdit point à un membre de la HAAC d'être membre d'un parti politique* ». Elle a tout juste considéré « que pour assurer le bon fonctionnement d'une si haute Institution dont le mandat est de cinq (5) ans, il importe que la nomination de ses membres soit faite avec objectivité, impartialité et rigueur ».

Pour la juridiction constitutionnelle, interdire le droit d'appartenir à un parti politique aux membres de la HAAC reviendrait à restreindre, voir annihiler leur liberté d'association, garantie par la Constitution<sup>18</sup>.

Certes, aucun texte juridique n'interdit aux membres de la HAAC de mener durant leur mandat des activités politiques ou d'occuper au sein des formations politiques des postes de responsabilité ou de direction. Mais, le militantisme politique des membres d'une instance chargée d'assurer de façon impartiale la régulation de la communication médiatique peut perturber l'indépendance de l'institution. La question s'était posée sérieusement au cours de la première mandature de la HAAC quand deux de ses éminents membres s'affichaient dans les meetings politiques de campagnes électorales pour deux candidats à la présidentielle de 1996. Cela avait provoqué des remous internes à la HAAC, mais aussi des critiques externes qui mettaient en doute l'indépendance et l'impartialité de l'institution. En 2005, les prises de positions d'un Conseiller dans le débat politique national avaient amené les associations professionnelles à le dénoncer publiquement dans un communiqué conjoint.

Il importe donc de régler cette situation en complétant le régime des incompatibilités par le non cumul de la fonction de membre de la

---

<sup>18</sup> Cette position de la juridiction constitutionnelle correspond à une doctrine qui l'a conduit quelques mois plus tard à déclarer contraire à la Constitution un décret qui a interdit aux membres de la Cour d'adhérer à un parti ou groupement politique. « Le cas échéant ils doivent justifier de leur démission du parti ou du groupement politique avant leur installation ou la poursuite de l'exercice de leurs fonctions » (cf. Décision DCC 33-94 du 24 novembre 1994).

HAAC avec toute activité politique durant le mandat. A défaut d'une démission de la Cour en la matière, le législateur pourrait le faire en modifiant la loi organique relative à la HAAC. De façon à conforter le devoir de réserve des membres de l'autorité de régulation.

Le deuxième dossier sur lequel le juge constitutionnel s'est prononcé relativement aux incompatibilités concerne un recours qui interroge la compatibilité du rôle d'arbitre de maître Gracia Noutaïs-Holo avec son titre de conseiller à la HAAC. La Cour a dit et jugé qu'il n'y a pas violation de la loi organique de la HAAC, parce que *«maître Noutaïs-Holo a été nommée membre de la HAAC et installée dans ses fonctions le 21 juillet 2014 ; qu'elle a été omise du tableau du barreau du Bénin par arrêté n° 09/2014 du 14 octobre 2014 par le Conseil de l'ordre ; qu'elle n'exerçait plus la fonction d'enseignante, puisque admise à faire valoir ses droits à la retraite depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2013 ; que l'arbitrage étant une activité essentiellement occasionnelle, ne peut être considérée ni comme un mandat électif ni comme un emploi public ou comme une activité professionnelle au sens des articles [22 de la loi organique relative à la HAAC et 6 du règlement intérieur de la HAAC] ; qu'en conséquence, la qualité de membre de la HAAC de maître Gracia Noutaïs-Holo n'est pas compatible avec sa qualité d'arbitre agréé de la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) »*. Selon la Cour, *« l'activité professionnelle est considérée comme un travail dépendant ou indépendant, qui se caractérise par l'accomplissement **régulier** de certains actes, par opposition au travail occasionnel, et par la poursuite d'un but lucratif »*.

On peut douter que la régularité soit le critère décisif de caractérisation d'une activité professionnelle. Sinon, le pigiste, qui a des collaborations de temps en temps avec des organes de presse, ne serait pas qualifié de journaliste.

Les intermittents du spectacle en France<sup>19</sup> ne seraient pas considérés comme exerçant des professions dans le secteur de la culture. Une profession, au sens juridique, c'est « une activité habituellement exercée par une personne pour se procurer les ressources nécessaires à son existence »<sup>20</sup>. Les membres de la HAAC ayant une activité à plein temps, ils ont besoin d'une indépendance politique et sociale pour accomplir leur office au service de la liberté de la presse et du pluralisme des médias. Ce à quoi, le juge constitutionnel a veillé.

## **B/ Le contrôle de la désignation des membres de la HAAC : indépendance politique**

La question de l'indépendance politique et sociale des membres de la HAAC s'est posée dès les débuts de l'institution. La Cour constitutionnelle a géré à ce sujet deux types de contentieux. L'un portant sur les personnes désignées par les pouvoirs politiques (1) et l'autre sur les conseillers choisis par les professionnels des médias (2).

### **1) Le choix des conseillers par les pouvoirs politiques**

Peu après l'adoption de la loi organique relative à la HAAC, une bataille s'est engagée entre le pouvoir et l'opposition pour le contrôle politique de la composition de la Haute autorité des médias. L'Assemblée nationale était le siège de cette bagarre politique à la faveur de la désignation en 1992 de la toute première équipe de conseillers à la HAAC. « Pour se conformer aux prescriptions de la loi, le bureau de l'Assemblée Nationale a désigné le 16 novembre, donc avant l'échéance légale, trois des neuf membres de la HAAC. Le 25 novembre 1992, l'association des journalistes du Bénin a saisi le Haut Conseil de la République, faisant office de cour

---

19 Les intermittents du spectacle (IDS) sont en France des artistes ou des techniciens professionnels qui travaillent pour des entreprises du spectacle vivant, du cinéma, et de l'audiovisuel et qui bénéficient, suivant des critères de nombres d'heures travaillées, et après une cotisation supplémentaire appliquée uniquement à cette tranche socio-professionnelle, d'allocations chômage.

20 CORNU (G), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, 2014, p. 813.

constitutionnelle, aux fins de déclarer inconstitutionnel, le choix fait par le bureau du parlement au motif d'une part, que les personnes désignées l'ont été sur une base partisane, et, d'autre part, qu'elles ne sont pas des professionnels de la communication. Cinq jours après cette requête, le Président de la République a aussi saisi le HCR pour voir clarifier et fixer la compréhension que l'on peut avoir relativement à la nomination des trois membres de la HAAC faite par le bureau de l'assemblée nationale. » En réponse à ces requêtes, le HCR a analysé que « l'esprit qui a prévalu à l'instauration d'une telle institution [la HAAC] résulte *indubitablement de la confiscation de la liberté de presse par l'ancien régime et ce, pendant plusieurs années* ». Elle en déduit que c'est pourquoi les articles 4 et 5 de la Loi organique 92-021 font de la HAAC « *une institution indépendante de tout pouvoir politique, de tout parti politique, association ou groupe de personnes de quelque nature que ce soit et qu'en sus des attributions précises lui ont été conférées pour garantir et assurer la liberté de presse... il importe dès lors que la nomination de ses membres soit faite avec objectivité, impartialité et rigueur* »<sup>21</sup>. Le HCR refuse également d'adopter « l'interprétation de l'Association des Journalistes du Bénin, consistant à dire que la Haute autorité doit être quasiment monopolisée par les professionnels de la communication ». Il s'agit de réaffirmer l'indépendance de la HAAC en indiquant qu'elle ne saurait s'assujettir, même à une association. Mieux, elle ne doit pas faire l'objet d'un corporatisme qui tendrait à faire d'elle la chasse gardée des professionnels de la communication. Pour soutenir sa position, le HCR s'est appuyé sur le préambule de la Constitution du Bénin dans laquelle il est écrit entre autres « Réaffirmons notre opposition fondamentale à tout régime politique fondé sur l'arbitraire, la dictature, l'injustice, la corruption, la concussion, le népotisme, la confiscation du pouvoir personnel ». Il apparaît donc pour le HCR que l'indépendance de la HAAC s'inscrit

---

21 HCR, 14DC du 16 février 1993.

dans la ligne de la volonté du peuple béninois de rompre avec les pratiques peu orthodoxes des régimes politiques antérieurs et qui ont conduit à la Conférence nationale des Forces vives.

Pour conclure son raisonnement, le HCR, faisant office de Cour constitutionnelle a déclaré non conforme à l'esprit de la Constitution et à la Loi n° 92-021 du 21 août 1992 les nominations des membres de la HAAC faites par le Bureau de l'Assemblée nationale en date du 16 novembre 1992 ». Il a également ordonné de compléter la loi organique en question en son article 15 quant aux critères à remplir par les personnes à nommer et par le Bureau de l'Assemblée nationale et par le Président de la République.

C'est sur cette base que l'Assemblée nationale a voté et le Président de la République a promulgué la Loi organique n°93-018 du 27 avril 1994 portant amendement de la loi organique n° 92-021 du 21 août 1992 relative à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication.

Aux termes de l'article 16 de cette loi, les membres de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication sont désignés de la façon suivante : trois (3) par le Président de la République (un communicateur, un juriste, une personnalité de la Société civile), trois (3) par le bureau de l'Assemblée Nationale (un communicateur, un juriste, une personnalité de la Société civile), trois (3) par les journalistes professionnels et les techniciens de l'audiovisuel, des communications et des télécommunications (un journaliste professionnel de l'audiovisuel, un journaliste professionnel de la presse écrite, un technicien des télécommunications).

Cette première clarification législative n'a pas tari la source des polémiques quant à la composition de la HAAC. Le premier contentieux dont la Cour constitutionnelle a été saisi concerne la contestation de la nomination du magistrat Willyam Alyko au motif

qu'il n'était pas de bonne moralité et d'une grande probité au sens de l'article 15 de la loi organique, parce qu'agent permanent de l'Etat, il exercerait cumulativement des activités commerciales en intervenant dans un litige qui oppose une entreprise privée à la société du père du magistrat. Pour les juges de la Cour, « l'intervention de Monsieur Alyko Willyam, magistrat, dans les négociations de la société K.A.F avec son créancier COFACE-CORMORAN, ne suffit pas pour établir l'exercice par ce dernier des activités commerciales ». Par conséquent, cela ne remet pas en cause sa moralité<sup>22</sup>. Dans une autre affaire, la Cour a jugé qu'une personne peut être nommée à la HAAC, même s'il était poursuivi devant la justice. Dès lors que sa culpabilité n'est pas encore légalement établie, il doit bénéficier de la présomption d'innocence.<sup>23</sup>

Le règlement de ces litiges ne cache pas le fait que la loi organique de 1993 ne règle pas de façon satisfaisante la question de la qualité des membres de la HAAC. Le profil le plus controversé est celui de « communicateur ». Il s'agit là d'une fonction-valise, donc vague et englobante qui arrange les autorités de nomination. Un communicateur peut être un enseignant, un disc-jockey ou même un vendeur à la criée. Ce profil permet une manipulation politique du mode de désignation des communicateurs à la HAAC. Les acteurs politiques en profitent pour envoyer des militants politiques à la HAAC qui devient de ce fait une agence de placement politique.

Conséquence : pour certaines mandatures, HAAC est remplie de gens qui ne savent rien au fonctionnement du système médiatique. Cela prive l'instance de sa part de technicité au point que des journalistes en sont arrivés à qualifier une HAAC d'instance zombie. Pour peu que l'on veuille donner à cette autorité une dose importante de technicité, la Cour pourrait interpréter le profil communicateur dans le sens des médias, en précisant qu'il s'agit de « communicateur

---

22 Cour const., Décision DCC 23-94 du 8 juillet 1994.

23 Affaire Félix Chabi Adimi, Cour const., Décision, 14-163 du 28 août 2014.

des masses médias » ou « communicateur médiatique » ou tout simplement « professionnel des médias ». Pour l'instant, ce qui a le plus mobilisé l'office du juge, c'est les modalités de désignation des représentants des professionnels des médias.

## **2) La désignation des représentants des professionnels des médias à la HAAC**

L'article 16 de la loi organique de 1992 modifiée en 1993 a simplement disposé que les professionnels de l'audiovisuel et de la communication désignent comme membres de la HAAC deux journalistes professionnels dont un de l'audiovisuel et un de la presse écrite, et un technicien des télécommunications. Dans le silence de cette loi sur le mode de désignation des représentants des médias, les deux associations de journalistes (AJB et UJPB) qui occupaient l'espace médiatique du Bénin dans les années 1990 ont organisé le 8 janvier 1994 une assemblée générale des journalistes avec listes électorales et listes de candidatures pour faire élire les représentants des médias. Ces élections ont été contestées devant la Cour constitutionnelle par l'Union des Editeurs et Journalistes de la Presse indépendante du Bénin et par le Groupe la Gazette du Golfe (GGG) au motif « qu'en l'absence au Bénin de définition juridique préalable du journaliste professionnel par la loi, les deux professionnels ne pouvaient pas être désignés par voie d'élection ». Le juge a répondu que contrairement aux prétentions de la partie demanderesse, la loi française du 29 mars 1935 donne une définition du journaliste professionnel ; que cette loi a été rendue applicable dans les Territoires d'Outre-mer par le Décret du 12 avril 1947 ; que la loi béninoise n° 60-12 du 30 juin 1960 sur la Presse et les textes subséquents n'ont pas abrogé les dispositions relatives à cette définition<sup>24</sup> ; qu'il s'ensuit

---

24 Depuis 2015, le juge béninois n'aura plus besoin de cette interprétation basée sur la notion de succession d'Etats pour confirmer la définition de la notion de journaliste professionnel au Bénin. Les articles 21 et 22 de la loi n° 2015-07 du 20 mars 2015 fournissent une définition très détaillée du journaliste et assimilés.



que le journaliste professionnel, selon, le droit positif béninois, est celui qui a ‘pour occupation principale et rétribuée l’exercice de la profession dans une publication quotidienne ou périodique éditée’ au Bénin ou une agence ‘béninoise d’information’, et qui en tire ‘le principal des ressources nécessaires à son existence ». Après avoir jugé régulière la procédure adoptée pour désigner les représentants des médias, le juge a annulé les élections parce que la loi organique sur la base de laquelle les élections ont été organisées n’avait pas encore subi la procédure de sa mise en conformité devant la Cour constitutionnelle<sup>25</sup>.

A partir de 2004, la procédure devant régir l’organisation des élections des représentants des médias à la HAAC a été formalisée par les deux grosses associations qui ont émergé dans le paysage médiatique en faveur des Etats généraux des médias : Union des professionnels des Médias du Bénin (UPMB) et Conseil National du Patronat de la Presse et de l’Audiovisuel du Bénin (CNPA-Bénin). Ces associations organisent une Assemblée spéciale des Unions professionnelles qui adopte un Code électoral avec une Commission électorale Autonome (CEA-HAA), chargée d’organiser les élections. Ainsi lorsqu’en 2014, M. Charles da CRUZ a saisi la Cour pour solliciter l’annulation des frais d’étude de dossier de 200 000 FCFA exigés des candidats à l’élection de conseillers à la HAAC, la juge constitutionnel s’est déclarée incompétente, au motif « que l’article 97 du code électoral de la presse béninoise soumet à la compétence exclusive de l’Assemblée spéciale des Unions professionnelles des Médias du Bénin le règlement de tout contentieux relatif aux élections à la HAAC ». C’est quasiment la même réponse qui a été apportée à la requête de M. Alexis Azonwakin qui dénoncé en 2009 le tripatouillage de la liste électorale : le contentieux de l’établissement de cette liste relève de l’Assemblée spéciale »<sup>26</sup>. Toutefois, la Cour

---

25 Cour const., Décision DCC 15-94 du 27 mai 1994.

26 Cour const., Décision DCC 10-012 du 18 février 2010.

conserve la main lorsque les dossiers touchent les dispositions de la Constitution et des lois organiques.

Ainsi, lorsque M. Cyrille Eteka a formé un recours en inconstitutionnalité contre la « Décision n° 002-009/AS du 24 février portant organisation des élections 2009 des représentants des professionnels des médias à la HAAC, en ce que ladite décision fait mention des “professionnels des médias” en son article 1<sup>er</sup> alors que la loi organique de 1993 considère plutôt des “professionnels de l’audiovisuel et de la Communication”, la Cour s’est déclarée compétente. Elle a jugé que les deux expressions sont équivalentes, car elles recouvrent les mêmes réalités. La Cour a profité de l’occasion pour confirmer sa doctrine de 1994 (Décision DCC 15-94 du 27 mai 1994) : on n’a pas besoin de diplôme pour être journaliste professionnel<sup>27</sup>. Le juge constitutionnel a simplement repris sa jurisprudence en 2019 dans la cause de M. Armand Hounsou Godonou à propos de « son classement à tort dans la catégorie des journalistes audiovisuels »<sup>28</sup>.

Une autre jurisprudence constante de la Cour concerne l’interprétation du critère de justification d’une expérience professionnelle de dix (10) ans au moins que la personne soit en activité ou non pour être membre de la HAAC. La Cour a indiqué, à travers sa décision DCC n° 09-061 du 8 mai 2019, que tous les techniciens en service à la HAAC ont le droit d’être électeurs et éligibles, car selon elle, au sens de la Loi organique relative à la HAAC, il n’est pas nécessaire de justifier les 10 ans d’expérience professionnelle dans un organe de presse. En ajoutant cette précision, la Commission électorale autonome a ajouté un critère supplémentaire qui n’est pas prévue par la loi organique. La Cour a repris la même solution dans une cause de 2019 où le Code électoral de l’Assemblée spéciale des Unions professionnelles a exigé la présentation de sa carte de presse pour

---

27 Cour const., Décision DCC 09-062 du 12 mai 2009.

28 Cour Const., Décision DCC 19-245 du 7 juin 2019.

être candidat, or selon les règles en vigueur la carte de presse est délivrée uniquement aux journalistes en exercice<sup>29</sup>. Le juge a écarté ce critère jugé supplémentaire, avant de répéter en français facile que la loi organique a prévu trois postes de membre de la HAAC devant être occupés par les journalistes professionnels et les techniciens de l'audiovisuel, des communications et des télécommunications **sans distinction aucune de lieu de service** ; qu'il en résulte que tout professionnel des médias , quel que soit le lien d'exercice de son métier peut être électeur et/ou éligible »<sup>30</sup>. Dans la même décision, la Cour semble conforter l'UPMB et le CNPA-Bénin dans leur statut d'organisations faïtières du secteur des médias. En effet, dans son considérant final, la Cour a indiqué « qu'il résulte des éléments du dossier que seule l'Assemblée spéciale des Unions des médias du Bénin qui regroupe l'Union des Professionnels des Médias du Bénin (UPMB) et le Conseil National du Patronat de la Presse et de l'Audiovisuel du Bénin (CNPA-Bénin) a pouvoir **pour adopter ou modifier** le code électoral et installer la CEAC-HAAC ».

La Cour s'est également préoccupée de l'indépendance financière des membres de la HAAC.

---

29 Décision n° 13-015/HAAC du 25 avril 2013 portant réglementation de la carte de presse au Bénin.

30 Cour const., Décision n° 19-244 du 7 juin 2019.

## **C/ La préservation des garanties matérielles et financières : indépendance économique**

Comme les autres institutions constitutionnelles, la HAAC jouit non pas d'autonomie budgétaire<sup>31</sup>, mais d'autonomie de gestion. Cette autonomie est fortement encadrée. En témoignent les conditions dans lesquelles le Ministère des Finances a saisi la HAAC aux fins de lui fournir son projet de budget de l'exercice 2016. Dans une lettre datée du 4 août 2016 et enregistrée le 5 août à la HAAC, le directeur de cabinet du ministre des Finances a fixé la date de transmission du projet de Budget des différents ministères et des institutions de la République à la direction générale du Budget au 7 août. Cette correspondance est accompagnée de la lettre de cadrage budgétaire qui précise les orientations des politiques économiques de l'Etat pour l'année suivante et fixe la limite de l'accroissement des dépenses budgétaires. La HAAC a donc dû s'exécuter en moins de deux jours, au risque de se voir reconduire son budget de 2015<sup>32</sup>.

Si l'autonomie de gestion fortement encadrée dont jouit la HAAC n'a pas fait l'objet de beaucoup de recours devant le juge constitutionnel, celui-ci a, dans le cadre de son rôle de régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, dit et jugé « qu'en ne prenant pas les dispositions en vue de l'adoption de son règlement financier plus de dix ans après le Règlement intérieur qui le prévoit, les différentes mandatures de la HAAC qui se sont succédées de juillet 2005 à ce jour ont méconnu [16 novembre 2016]

---

31 La question de l'autonomie budgétaire a été tranchée dans une Décision de principe de la Cour constitutionnelle concernant l'Assemblée nationale, cf. Décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010 : l'autonomie financière suppose juridiquement l'existence de ressources propres de l'entité bénéficiaire. *«L'expression "autonomie financière" utilisée dans le Règlement Intérieur de l'Assemblée Nationale doit en réalité s'analyser comme une autonomie de gestion de ses dépenses à partir d'un budget propre, préparé par elle, voté par sa plénière, dans le strict respect de l'équilibre économique et financier de la Nation, et ce, conformément à l'article 54 de la Constitution, avant d'être intégré dans le budget général de l'Etat »*. Fidèle à cette décision, la Cour a affirmé dans une affaire que la dotation budgétaire est une prérogative exclusive de l'Exécutif, cf. Décision DCC 18-204 du 11 octobre 2018.

32 Cour const., Décision DCC 16-134 du 8 septembre 2016.

l'article 35 de la Constitution ». Il a alors ordonné à la 5<sup>e</sup> mandature de la HAAC, sans délai, de concevoir et d'arrêter son règlement financier après avis du ministre chargé des Finances<sup>33</sup>.

La Cour a œuvré activement pour la préservation des garanties financières et matérielles pour les membres de la HAAC. Certes, l'indépendance est une question de résolution de caractère, mais il faut un minimum de sécurité matérielle pour pratiquer la vertu. Mieux, les personnes appelées à exercer des fonctions d'arbitrage entre des intérêts économiques doivent être mise à l'abri du besoin.

C'est en raison de ces considérations qu'il a été disposé à l'article 21 de la loi organique de 1992 que : « les membres de la HAAC reçoivent un traitement, des avantages et indemnités fixés par la loi ». Cette loi n'a été votée qu'en 2001<sup>34</sup>, soit neuf ans après la promulgation de la loi organique relative à la HAAC. Dans le processus de déclaration de conformité de la loi à la Constitution, la haute juridiction a demandé de prévoir un plafonnement des dépenses en ce qui concerne la gratuité des avantages offerts aux membres de la HAAC<sup>35</sup>. Ce qui fut fait<sup>36</sup>. En 2003, quatre anciens conseillers de la première mandature de la HAAC ont saisi la Cour pour demander le bénéfice de la loi. En effet, durant toute leur mandature, ils ont été rémunérés sur la base de décrets<sup>37</sup> qui leur proposaient des traitements, avantages et indemnités plus bas que ceux fixés par la loi de 2001. Ils considèrent que cette rémunération doit être analysée comme une « avance sur salaire ». La Cour a fait droit à leur requête en jugeant que la loi de 2001 « *n'a pas prévu la date de sa prise d'effet ; que, selon la doctrine et la jurisprudence, une loi peut avoir un effet rétroactif en cas de*

---

33 Cour const., Décision DCC 16-178 du 10 novembre 2016.

34 Loi n° 2001-29 du 11 décembre 2001, portant détermination du traitement, des avantages et indemnités des membres de la HAAC.

35 Cour const., Décision DCC 01-086 du 29 août 2001.

36 Cour const., Décision DCC 01-100 du 23 novembre 2001 et DCC 01-101 du 10 décembre 2001.

37 Décret n° 90-359 du 23 novembre 1990 et 92-311 du 23 novembre 1992 portant traitement de base indiciaire des personnalités politiques et administratives en République du Bénin.

*régulation de mesures antérieures pour tirer les conséquences d'une annulation ; que de même, une loi ou une disposition d'une loi peut être rétroactive lorsque celle-ci le prévoit expressément ; qu'elle peut aussi l'être implicitement ; que dans le cas d'espèce, la loi invoquée a une portée générale, en ce qu'elle concerne tous les membres de la HAAC, quelle que soit la mandature considérée ; qu'il en découle qu'elle est implicitement et nécessairement rétroactive et que ses effets doivent **couvrir toute la période antérieure à sa promulgation** ». La Cour est allée même plus loin en indiquant que le Gouvernement et l'Assemblée nationale ont violé la Constitution, en s'abstenant d'adopter la loi dès l'installation de la HAAC, car cette situation a empêché les requérants de bénéficier de la juste rétribution de leurs services (art. 30 de la Constitution) et qu'en plus il s'est écoulé plus de sept (07) années, délai anormalement long pour prendre un tel texte (donc méconnaissance de l'article 35 de la Constitution qui veut que les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction publique aient « le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun »<sup>38</sup>.*

Suite à cette décision de principe, des anciens membres de la HAAC ont bénéficié de rappels ou d'indemnités compensatrices qui ne leur ont pas donné entièrement satisfaction. Ils ont à nouveau saisi le juge constitutionnel en 2006 pour solliciter une indemnité compensatrice couvrant les avantages qui leurs sont dus, à savoir, le paiement d'une indemnité forfaitaire pour non jouissance de véhicule de fonction et le remboursement des avances sur salaires payés aux gens de maison. Le juge a accédé à leur requête, au motif que en s'abstenant de payer aux anciens conseillers de la HAAC l'intégralité des avantages et indemnités découlant de la loi et de la décision précitée, les différents ministres des finances qui se sont succédé du mois d'août 2003 à octobre 2006 ont violé l'autorité de la chose jugée (art. 124, al. 2

---

38 Cour Const., Décision DCC 03-128 du 21 août 2003.

et 3 de la Constitution). Enfin, Il ordonne au Ministre en charge de l'Economie et des Finances de «faire droit à la requête des membres de la HAAC, première mandature dans un délai raisonnable »<sup>39</sup>. En 2007, la Cour a réitéré les mêmes motifs et dispositifs pour demander au Ministre du développement de l'Economie et des Finances de payer aux membres de la deuxième législature de la HAAC qui n'ont pas bénéficié de l'intégralité des avantages et indemnités, notamment l'indemnités compensatrice pour non jouissance de véhicule de fonction et de paiement des avances sur salaires payées aux gens de maison pour la période du 20 juillet 1999 (date de leur installation) au 10 décembre 2001 (veille de la promulgation de la loi de 2001)<sup>40</sup>.

En 2013, huit membres de troisième législature de la HAAC ont introduit auprès de la HAAC un recours visant à faire constater une rupture d'égalité de traitement en leur défaveur, en raison du fait que le Conseil des ministres du 7 juillet 2010 a décidé de faire payer « exceptionnellement aux membres de la quatrième mandature de la HAAC les indemnités allouées aux membres du Gouvernement par décret n° 2006-187 du 30 avril 2006, ce à compter du 20 juillet 2009, date de leur entrée en fonction ». Il découlerait de cette décision du Gouvernement des moins-perçus pour les membres de la troisième mandature de la HAAC pour la période d'avril 2006 (date de la prise d'effet du décret) au 19 juillet 2009 (date de la fin de leur mandat). Autrement dit, cette décision Gouvernement ale crée une discrimination au préjudice desdits conseillers.

Conformément à une jurisprudence bien établie<sup>41</sup>, la Cour a déclaré irrecevable la requête de sept des huit conseillers pour défaut d'adresse (leurs numéros de téléphone ne pouvant tenir lieu d'adresse, celle-ci se définissant comme l'indication entre autres, de la boîte postale, du

---

39 Cour const., Décision DCC 06-141 du 5 octobre 2006.

40 Cour const., Décision DCC 07-039 du 23 mars 2007.

41 Cour const., DCC 99-024 du 11 mars 1999 ; DCC02-019 du 27 mars 2002 ; et DCC 02-039 du 17 avril 2002

lien de domicile ou de résidence). La Cour a également jugé que le seul requérant valable (Joseph Gnonlonfoun) « ne saurait prétendre au bénéfice de la décision prise par le Gouvernement de faire payer “exceptionnellement” aux membres de la quatrième mandature de la HAAC des indemnités allouées aux membres du Gouvernement postérieurement à la fin de son mandat ; qu’en conséquence, il échet pour la Cour de dire et juger qu’il n’y a pas traitement inégal ». Selon le juge, la notion d’égalité doit s’analyser comme étant un principe selon lequel la loi doit être la même pour tous dans son adoption et dans son application et ne doit contenir aucune discrimination injustifiée ; que cette égalité s’analyse comme une règle selon laquelle les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination et ce conformément à la loi<sup>42</sup>.

On peut s’interroger à bon droit sur le réalisme et la modernité de la jurisprudence consistant à déclarer irrecevables les requêtes au motif qu’elles ne portent pas des adresses postales ou de domicile. Premièrement, dans un pays où l’adressage des rues n’est pas développé ou le numéro de boîte postale n’est pas la chose la plus partagée de la société, exiger uniquement l’adresse telle que le fait la Cour reviendrait à écarter de son contentieux le paysan de Devoukanmè dont la principale indication de son domicile est le nom de son village. Le reste appartient à des indications hasardeuses du genre, « vous verrez au carrefour de la 5<sup>e</sup> intersection un grand arbre et quelques mètres plus loin une buvette, et non loin de la boutique une vendeuse de bouillie, la maison se trouve en face de cette vendeuse ». La modernité de cette décision ainsi que la loi organique de la Cour Constitutionnelle qui en est à la base est questionnable à l’ère des adresses e-mail et des protocoles d’Internet (IP). Une réforme nous semble nécessaire sur ce sujet d’absence d’adresse, source d’irrecevabilité, au risque de continuer à couvrir un accès discriminatoire au contentieux constitutionnel.

---

42 Cour const., DCC 13-022 du 14 février 2013.



D'autre part, on peut être tenté d'analyser la décision de la Cour de dire qu'il n'y a pas eu un traitement discriminatoire des conseillers de la HAAC de la 3<sup>e</sup> et de la 4<sup>e</sup> mandatures comme un revirement implicite de sa jurisprudence antérieure. En réalité, il n'en est rien, car la décision Gouvernement est bien bordée en termes de précision de la période de son application et qu'en plus elle serait fondée sur un motif conjoncturel d'atténuation des effets de l'inflation à l'égard des membres de la quatrième mandature de la HAAC.

Par une décision de 2016, la Cour a déclaré contraire à la Constitution le décret n° 2015-496 du 7 septembre 2016 portant régime des indemnités de mission à l'étranger en ce qui concerne les députés, les membres de la Cour constitutionnelle et les membres de la HAAC. Selon la Cour, les indemnités des députés et des conseillers des deux institutions doivent prendre leur source dans une loi et non dans un décret<sup>43</sup>. Le juge a opiné dans le même sens en déclarant, en 2017, sans objet un recours en inconstitutionnalité contre deux décrets portant frais de mission à l'intérieur et à l'étranger en ce qui concerne les membres de la HAAC<sup>44</sup>.

Pour protester contre le fait que le Gouvernement n'ait pas mis à leur disposition des véhicules de fonction, conformément aux avantages prévus par la loi, des conseillers de la HAAC ont boycotté une session extraordinaire pendant près d'une heure avant de venir poser comme question préjudicielle de la non fourniture des voitures de fonction en modifiant l'ordre du jour et puis reporter la session. Saisie sur le comportement des Conseillers et de leur Président, la Cour a jugé que la modification de l'ordre du jour ne peut être sanctionnée comme l'a été le comportement des députés dans sa décision DCC 08-072 du 25 juillet 2008, car « l'Assemblée nationale est convoquée en session extraordinaire par son Président sur un ordre du jour déterminé », tandis que la HAAC est convoquée en session

---

43 Cour const., DCC 16-133 du 8 septembre 2016.

44 Cour const., DCC 17-073 du 30 mars 2017.

extraordinaire sur « un projet d'ordre du jour » ; donc modifiable. De même, « le boycott et le report de la session du 1<sup>er</sup> septembre 2015 ne constituent ni un cas de paralysie du fonctionnement de la HAAC ni un cas de crise réelle ou imminente au sens où l'a entendu la Cour constitutionnelle dans sa décision DDC 04-065 du 29 juillet 2004 ; que dès lors en s'abstenant de saisir la Cour constitutionnelle le Président de la HAAC n'a violé ni la Constitution, ni le Règlement intérieur de la HAAC ». Au demeurant, il lui appartient, aux termes de l'article 21 dudit Règlement intérieur « d'apprécier l'état général de fonctionnement de son institution et de prendre subséquemment toute décision qu'il juge utile pour en garantir l'efficacité ». Son option de négocier directement le budget de la HAAC avec le Gouvernement au lieu de choisir la confrontation s'inscrit dans le cadre de ses pouvoirs propres<sup>45</sup>.

Il ressort de l'ensemble de cette jurisprudence un souci de stabilisation et parfois de préservation des garanties statutaires d'indépendance des membres de la HAAC. En léger décalage par rapport à cette tendance, l'office du juge constitutionnel a conduit au redimensionnement des compétences de la Haute autorité.

## **II- Le redimensionnement des compétences de l'institution**

Le constituant béninois a investi la HAAC de larges compétences qui couvrent aussi bien la presse écrite que les médias audiovisuels et ceux en ligne. En effet, des nombreuses attributions à lui conférées par sa loi organique et les lois subséquentes, on peut distinguer trois grandes catégories : Il y a d'abord les attributions relatives au pluralisme des médias et à la liberté de la presse, ensuite, celles qui concernent l'exercice de la profession de journaliste et enfin celles qui relèvent de la gestion des fréquences. Pour accomplir ces missions, la loi a attribué à la HAAC des moyens d'action conséquents.

---

45 Cour const., DCC 16-139 du 8 septembre 2016.

Cependant, au fil du contentieux constitutionnel, ses compétences ont été progressivement redimensionnées.

L'exercice de rééquilibrage des missions et des pouvoirs de la HAAC s'est particulièrement manifesté autour de trois grandes activités de régulation : la désignation des directeurs de médias publics (A), l'accès à ces médias et l'exercice de la profession de journaliste (B) et la gestion des fréquences (C).

### **A/ La nomination des directeurs des médias de service public**

L'article 6, alinéa 3 de la loi organique de 1992 relative à la HAAC a innové en Afrique francophone en disposant simplement que l'instance de régulation médiatique doit proposer à la nomination, par le Chef de l'Etat en Conseil des ministres, les directeurs des organes de presse publics.

Conçue pour garantir le pluralisme, faciliter l'accès aux médias publics et protéger la liberté de la presse, la nomination des directeurs des organes de presse publics a fait l'objet de trois types de jurisprudence constitutionnelle. La première porte sur la procédure d'appel à candidatures, la deuxième concerne la nature et la portée de la proposition de nomination et la troisième cible la révocation et le remplacement des directeurs nommés.

#### **1) La procédure d'appel à candidatures**

En l'absence de dispositions légales portant réglementation des conditions de candidature aux postes visés et devant les réticences du Gouvernement de voir la HAAC proposer des candidats à tous les postes de direction des médias publics, l'instance de régulation a trouvé la parade en lançant en septembre 1996 une procédure d'appel à candidatures en vue de sélectionner les noms des candidats à soumettre au Président de la République<sup>46</sup>.

---

46 Décision n° 96-053/HAAC du 25 septembre 1996 portant procédure de sélection des candidats pour les propositions de nomination à divers postes à la l'ORTB et l'ABP ; Décision n° 97-105/HAAC du 3 décembre 1997, portant procédure de sélection des candidats pour les propositions de nomination du Directeur général de l'ORTB.

Cette procédure a été contestée à plusieurs reprises devant la Cour constitutionnelle par certains professionnels des médias. L'un des objectifs de ces requêtes était de réduire le champ de compétences de la HAAC. Tout comme le Gouvernement, les requérants soutenaient que la lecture que l'on devrait avoir de l'article 6 de la loi organique relative à la HAAC est que les propositions de nomination devraient concerner exclusivement des directeurs généraux. Par exemple, pour l'Office de radiodiffusion et télévision du Bénin, la HAAC ne peut proposer que le nom du directeur général. La nomination des directeurs de la Radio nationale, de la Télévision nationale et de la Radio régionale de Parakou<sup>47</sup> relèverait de la compétence du Gouvernement.

La Cour constitutionnelle a déclaré irrecevables toutes les requêtes, en argumentant dans une jurisprudence constante que l'appel à candidatures de la HAAC « ne vaut pas la proposition de nomination prévue »<sup>48</sup> par l'article 6 de la loi organique, qu'elle n'est un acte administratif au sens de l'article 3 de la Constitution susceptible d'être déféré à la censure de la Cour constitutionnelle, mais que ledit appel est un acte préparatoire ; qu'un acte préparatoire d'un acte administratif n'est pas lui-même un acte administratif ; qu'il s'ensuit que la Décision de la HAAC précitée est une mesure préparatoire de la proposition de nomination ».<sup>49</sup> Mieux, pour la Cour, en procédant comme elle l'a fait, la HAAC n'a pas violé la Constitution, car elle a créé des catégories de candidats au sein desquelles n'est opérée aucune discrimination fondée sur quelque motif que ce soit »<sup>50</sup>.

Tout en confirmant cette jurisprudence dans une autre décision, la Cour a jugé que, dans le cas d'espèce, s'agissant des services publics, la HAAC en retenant comme critère l'appartenance des postulants à la catégorie des agents permanents de l'Etat en activité, n'a pas créé de

---

47 Cour const., Décision DCC 00-10 du 9 février 2000.

48 Cour const., Décision DCC 96-082 du 13 novembre 1996.

49 Cour const., Décision 03-071 du 19 juin 2002.

50 Cour const., Décision DCC 96-082 du 13 novembre 1996.

discrimination entre les citoyens »<sup>51</sup>. Sur la question de sa compétence, on peut noter une sorte de contradiction dans la jurisprudence de la Cour, car elle a décidé, d'une part, de ne pas se prononcer sur l'appel à candidatures, analysé comme une "mesure préparatoire" et d'autre part, elle a accepté de déclarer cette décision conforme au principe de non-discrimination, garanti par la Constitution.

Mais, la Haute juridiction n'a pas varié sa jurisprudence sur la notion de mesure préparatoire à la proposition de nomination, lorsqu'elle a été saisie d'une requête sur le fondement de la violation du Règlement intérieur de la HAAC par l'appel à candidatures. Elle a même précisé sa pensée en indiquant « que si la loi organique fait partie du bloc de constitutionnalité et que, par suite, le contentieux y relatif relève de la compétence de la Cour constitutionnelle, conformément aux dispositions de la Constitution, le contentieux du Règlement intérieur des institutions constitutionnelles énumérées par l'article 123 de la Constitution ne ressort à la compétence de la Haute juridiction que pour autant qu'il porte sur la mise en œuvre d'une règle ou d'un principe constitutionnel »<sup>52</sup>. Autrement dit, tout le contenu du règlement intérieur de la HAAC ne fait pas partie du bloc de constitutionnalité<sup>53</sup>. Le juge constitutionnel a apporté ce type de nuance dans l'appréciation du pouvoir de propositions de nomination de la HAAC.

## **2) La nature et la portée du pouvoir de propositions de nomination**

Les actes de propositions de nomination des directeurs des organes de presse ont donné lieu à une jurisprudence établissant la nature obligatoire de ces propositions, mais aussi restreignant ce pouvoir de propositions de la HAAC.

---

51 Cour const., Décision DCC 02-086 du 31 juillet 2002

52 Cour const., Décision DCC 99-039 du 28 juillet 1999.

53 Cette restriction de la notion de bloc de constitutionnalité au Bénin peut appeler des commentaires. Sur d'autres aspects de cette restriction, on peut lire AKERORO (H), « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », in *Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique* (Afrilex) : <http://afrilex.ubordeaux4.fr/>

Dans une Décision de 2003, la Cour a dit et jugé que «en nommant au poste de directeur général de l'ORTB monsieur Fidèle Ayikoué, candidat classé troisième et au poste de directrice de la Télévision madame Pierre Djossou, candidate classée deuxième, le conseil des ministres s'est conformé au principe général selon lequel, lorsqu'il s'agit d'une proposition obligatoire, comme l'exige l'article 6, alinéa 3 de la loi organique n° 92-021 du 21 août 1992 relative à la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC), l'organisme consultatif propose plusieurs candidats entre lesquels l'autorité de décision opère un choix...», que le cas échéant, elle peut demander de nouvelles propositions, que l'organisme consultatif propose plusieurs candidats entre lesquels l'autorité de décision fait son choix. Dans les cas d'espèce, la HAAC avait proposé, dans un premier temps, les candidats arrivés premiers lors du processus de sélection. Le chef de l'Etat avait repoussé ces propositions et a demandé et obtenu du président de la HAAC de nouvelles propositions avec les deuxièmes et les troisièmes candidats avant d'opérer ses choix<sup>54</sup>.

En 2007, lorsque, pour les postes de directeur général de l'ORTB et de directeur de l'ABP, la HAAC a proposé une seule personne par poste à la nomination du chef de l'Etat, ce dernier avait passé outre ces propositions et sans en demander de nouvelles, il fait nommer deux personnes non proposées à ces postes en faisant préciser par le communiqué du Conseil des ministres que ces nouveaux directeurs sont nommés « à la suite des propositions de la HAAC et sur décision du Président de la République. La Cour a déclaré contraire à la Constitution ces nominations en rappelant le caractère obligatoire de la proposition de la HAAC, tout en précisant « que l'absence de réponse au Président de la République à sa demande de proposition de trois (03) noms de candidats ne l'autorise pas non plus à passer outre les dispositions de l'article 6, 2<sup>e</sup> tiret de la

---

<sup>54</sup> Cour const., Décision DCC 03-85 du 28 mai 2007.

loi organique sur la HAAC ; qu'en agissant comme il l'a fait, le Président de la République a dénié à cette institution son pouvoir constitutionnel de sélection et de proposition des candidats aux divers postes dans les organes de presse publique ». Dans le même temps, la Haute juridiction a rappelé sa jurisprudence de 2003 sur la nécessité pour la HAAC de faire de nouvelles propositions en cas de refus du Président de la République et que « l'institution de régulation s'étant trouvé dans l'impossibilité de proposer plusieurs candidats sélectionnés, doit constater que l'appel à candidature est infructueux et *reprendre la procédure ; que le ne pas le faire revient à imposer à l'autorité de nomination de s'en tenir qu'au seul candidat sélectionné par poste ; qu'en agissant comme elle l'a fait, la HAAC a violé la Constitution* »<sup>55</sup>. Malgré cette décision, le Gouvernement béninois n'est pas revenu sur sa décision. Le DG de l'ORTB nommé en violation de la Constitution est resté en fonction jusqu'à la reprise du processus de sélection. Ironie du sort, lorsque la HAAC a repris sa procédure, le DG de l'ORTB sortant, qui ne figurait même pas sur la première proposition de la HAAC, s'est retrouvé seul et unique candidat et donc confirmé à son poste<sup>56</sup>. Saisie d'une autre requête sur le dossier, la Cour a confirmé sa décision de base, en termes d'autorité de la chose jugée<sup>57</sup>. Une autorité qu'elle a réaffirmée au sujet de la destitution des directeurs nommés par des ministres en charge de la communication.

### **3) La révocation et le remplacement des directeurs des médias publics par des ministres de la communication**

Ce troisième volet de la nomination des directeurs des médias publics a fait l'objet d'un contentieux abondant. Trois décisions rendues en 1999 dans l'"affaire Clément Houénontin" ont posé les bases de la

---

55 Cour const., DCC 07-093 du 27 août 2007.

56 Friedrich Ebert Stiftung, « Le baromètre des médias africains. Première analyse locale du paysage médiatique en Afrique. Bénin 2011 », Cotonou, Friedrich Ebert Stiftung, 2011, p. 42.

57 Cour const., DCC 13-084 du 13 août 2013.

jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à l'éviction et au remplacement des directeurs de médias de service public par des ministres en charge de la Communication. Le 17 décembre 1998, le ministre en charge de la Communication a pris un arrêté pour suspendre le directeur de la Télévision nationale pour le faire remplacer le 24 décembre par un directeur intérimaire, par voie d'arrêté ministériel. Examinant la requête qui a déféré ces arrêtés devant son magistère, la Cour a indiqué « que si la loi organique précitée organise la procédure de nomination du directeur de la Télévision nationale, elle ne contient aucune disposition relative à la suspension ou la révocation et n'exige pas l'intervention de la HAAC ; que conformément à la doctrine et une jurisprudence constante, à défaut de *dispositions expresses déterminant l'autorité compétente pour suspendre ou mettre fin aux fonctions de directeur, au demeurant un emploi supérieur, ce pouvoir appartient à l'autorité investie du pouvoir de nomination ; que dès lors, le ministre de la Culture et de la Communication n'a pas compétence pour prendre les deux arrêtés querellés, celui de la suspension et celui de la nomination d'un directeur par intérim, compétence dévolue au Président de la République* »<sup>58</sup>. Après la décision de la Cour, le Président de la République de l'époque a pris un décret sur proposition du ministre pour mettre fin à la fonction du directeur de la télévision nationale. En réponse à la requête contre ce décret, la Cour a confirmé sa jurisprudence de base tout en ajoutant « que le parallélisme des compétences n'impliquant pas le parallélisme des formes, le *Président de la République, autorité de nomination, est habilité à abroger le décret du 21 novembre 2016 par lequel il avait nommé Monsieur Clément Houénontin, directeur de la Télévision nationale* ». Le décret de révocation a donc été jugé conforme à la Constitution. Sauf qu'entre temps, M. Houénontin a saisi la Haute juridiction pour indiquer que ce décret a été pris sur la base du rapport d'une commission d'enquête qui a formulé des griefs

---

58 Cour const., Décision DCC 99-027 du 11 mars 1999.



contre lui. Ayant jugé « *que le décret de querellé n'invoque aucun grief à l'encontre de Monsieur Clément Houénontin, il a été pris en considération de sa personne, que dès lors, il revêt le caractère d'une sanction administrative ; et que Monsieur Houénontin n'a pas eu communication de son dossier et n'a pas été mis en mesure d'exercer son droit à la défense* », le juge a déclaré le décret contraire à la Constitution en ce qui concerne Clément Houénontin<sup>59</sup>.

Cette jurisprudence est devenue un mantra de la Cour constitutionnelle. Elle l'a confirmée en 2006 lorsque le directeur général et le secrétaire général de l'ORTB ont été relevés de leurs fonctions. Après avoir fait observé que « les arrêtés querellés ne portent pas mentions des motifs de la suspension et qu'une procédure particulière n'a été mise en œuvre en vue de permettre aux intéressés de s'expliquer sur les faits qui leur sont reprochés », la Cour a insisté pour dire « qu'au surplus, le parallélisme des formes requis n'a pas été respecté pour les relever les intéressés qui ont été nommés par décret sur proposition de la HAAC », avant de conclure que les arrêtés violent la Constitution<sup>60</sup>.

Mais en 2008, la Cour a procédé à un revirement tacite de sa jurisprudence. Lorsqu'un requérant a fait constater à la Cour que sa décision DCC 07-093 du 27 août 2007 déclarant contraires à la Constitution des nominations effectuées par l'exécutif n'a pas été respectée, la Cour a jugé qu'il n'y a pas violation de la Constitution, du moment où il résulte des éléments du dossier qu'en exécution de sa décision, la HAAC a repris la procédure d'appel à candidatures et que de son côté le Ministre en charge de la Communication a pris des arrêtés nommant des directeurs généraux par intérim<sup>61</sup>.

Quelques années plus tard, ce grain de sable dans la mécanique de la Cour a été écrasé par une décision qui a renoué avec la

---

59 Cour const., Décision DCC 99-029 du 17 mars 1999.

60 Cour const., Décision DCC 06-065 du 20 juin 2006.

61 Cour const., Décision DCC 08-149 du 2 » octobre 2008.

jurisprudence qui dit qu'un ministre ne peut pas mettre fin aux fonctions des directeurs des médias de service public et « qu'il n'a pas la compétence pour prendre l'arrêté querellé portant nomination du directeur général par intérim, compétence dévolue au Président de la République »<sup>62</sup>. Malgré cette décision, le directeur général par intérim est resté en poste. Lorsqu'un citoyen a formé un recours contre le ministre pour non-respect de la chose jugée et violation de l'article 35 sur le respect des principes d'éthique attendu des agents publics, la Cour a considéré que sa décision avait été respectée, parce que « l'extrait du relevé n° 01 des décisions du Conseil des ministres en sa séance du 22 janvier 2015 ... fait état de ce que deux projets de décrets ont été adoptés, l'un portant cessation de fonction du directeur général de l'Office National d'imprimerie et de presse (ONIP), l'autre portant nomination du directeur général par intérim de l'ONIP ; qu'il y est par ailleurs demandé au ministre de la Communication et des Technologies de l'information et de la Communication :

- *de prendre les dispositions qui s'imposent en la matière, aux fins de déclencher la procédure de recrutement d'un directeur général, conformément aux dispositions en vigueur en République du Bénin ;*
- *de veiller à l'application dudit décret ».*

A l'instar de la chambre administrative de la Cour suprême du Bénin, la Cour constitutionnelle assimile le relevé de décisions du conseil des ministres à un décret. Ce raisonnement peut sembler très court. Il sera rattrapé en 2016, lorsque la Haute juridiction a déclaré inconstitutionnel un arrêté du ministre en charge de la Communication qui a nommé un directeur général par intérim de l'ORTB en remplacement du titulaire, M. Stéphane Todomè, nommé trois ans et demi plus tôt par le Président de la République

---

62 Cour const., Décision DCC 14-151 du 19 août 2014.

sur proposition de la HAAC. Pour la Cour, le ministre n'a pas compétence pour prendre l'arrêté querellé<sup>63</sup>. Mais, cette décision n'a jamais été respectée par le Gouvernement.

En dehors des cas comme la décision de nomination de Joël Houndolo où la Cour a constaté que la nomination a été faite dans le respect des procédures et des règles établies par la loi organique<sup>64</sup>, dans plusieurs dossiers, le Gouvernement n'a pas cru devoir respecter la jurisprudence constante de la Cour interdisant aux ministres en charge de la Communication de révoquer et de remplacer les directeurs des médias de service public. De Clément Houénontin à Stéphane Todomè en passant Akuété Assévi, Fidèle Ayikoué et d'autres, les décisions de la HAAC n'ont jamais été mises en œuvre par le Gouvernement. Les personnes révoquées en violation de la Constitution n'ont jamais été rétablies dans leurs fonctions.

La jurisprudence de la Cour aurait été plus féconde si elle était sortie des carcans du droit administratif classique pour examiner la désignation des directeurs des médias de service public à la lumière des objectifs de base de cette modalité d'action publique, à savoir la promotion de la liberté d'expression et l'accès équitable aux organes de presse publics.

Face à la situation actuelle faisant la part à l'impérium du Gouvernement, deux actions possibles : donner aux victimes le droit de poursuivre personnellement les ministres et pour obtenir réparation devant le juge administratif. Si on ne veut pas prendre une telle mesure qui peut être regardée comme radicale, on pourrait réexaminer les conditions de nomination et de révocation en indiquant expressément que seule la HAAC peut révoquer les directeurs nommés qui disposerait d'un mandat clair avec une durée de cinq ans, renouvelable une seule fois. Le dispositif peut être

---

63 Cour const., Décision DCC 16-091 du 7 juillet 2016.

64 Cour const., Décision DCC 17-240 du 23 novembre 2017.

complété en remodelant le statut des organes de presse. La décision du Président de la République Patrice Talon de supprimer le ministère de la Communication ou de l'Information<sup>65</sup> est une opportunité d'avancer dans ce sens. Pour aller au bout de cette réforme, il peut être proposé de mettre ces organes directement sous la tutelle de la HAAC qui nommera directement les directeurs des médias publics. Ainsi, pour leur financement, le parlement voterait des budgets sous la couverture de la HAAC destinés aux organes de service public. De plus, la HAAC signerait avec chacun des organes des contrats d'objectifs et de mission. Ces contrats pourraient faciliter l'exercice libre de la profession de journaliste et l'accès aux médias qui ont également mobilisé le travail de la Cour.

## **B/ L'exercice de la profession de journaliste et l'accès équitable aux médias publics**

L'œuvre prétorienne de la Cour a porté aussi bien sur les dossiers liés à l'exercice de la profession de journaliste (1) que l'accès équitable aux médias de service public (2).

### **1) Le respect de la déontologie et du libre exercice de la profession de journaliste**

La liberté de presse et son corollaire le droit à l'information du public ne sont pas des libertés absolues. La Cour constitutionnelle considère ces libertés comme des droits fondamentaux qui, dans leur exercice, *« peuvent être régulés par la HAAC pour des motifs de sauvegarde de l'ordre public et de l'unité nationale notamment ; qu'il s'ensuit qu'à cet effet et en sa qualité d'institution régulatrice des médias, celle-ci dispose d'un pouvoir souverain d'appréciation et peut prendre toute mesure qu'elle estime nécessaire pour prévenir tout dérapage dans les médias de nature à mettre en péril l'ordre public ou l'unité nationale, dans la limite des dispositions de la Constitution »*.

---

65 Décret N° 2021-257 du 25 mai 2021 portant composition du gouvernement.

Il est même reconnu au Président de la HAAC de prendre par communiqué des mesures conservatoires urgentes et exceptionnelles « *en vue de réguler la diffusion de l'information à un moment où l'actualité politique nationale sur la disponibilité à temps ou non de la liste électorale permanente informatisée pour l'organisation des élections locale et législative était vive et pouvait donner lieu à des situations pouvant mettre en péril l'unité nationale* ». Le juge a même soutenu que cette décision a été prise dans l'intérêt supérieur du pays et de sa démocratie<sup>66</sup>. L'exercice de la liberté de la presse et du droit à l'information peut donc connaître des limites dans les cas suivants : la sauvegarde de l'ordre public, de l'unité nationale et de l'intégrité territoriale. La Cour constitutionnelle a indiqué dans l'affaire « La Nouvelle tribune » que la HAAC dispose d'un pouvoir légal d'appréciation à l'effet de prendre toute mesure qu'elle juge légalement nécessaire afin de prévenir la violation de ces objectifs à valeur constitutionnelle »<sup>67</sup>. Erigés ainsi en normes de référence du juge constitutionnel, ces objectifs à valeur constitutionnelle « devant assurer la pérennité et la stabilité de l'ordre constitutionnel » font partie du bloc de constitutionnalité », selon un auteur<sup>68</sup>. Parmi ces principes à valeur constitutionnelle figure la question de l'unité nationale qui est une préoccupation centrale au Bénin. L'article 36 de la Constitution insiste particulièrement sur cette exigence : « *chaque béninois a le devoir de respecter et de considérer son semblable sans discrimination aucune et d'entretenir avec les autres des relations qui permettent de sauvegarder, de renforcer et de promouvoir le respect, le dialogue et la tolérance réciproque en vue de la paix et de la cohésion nationale* ». Compte tenu de la sensibilité du sujet, la Cour aurait pu élaborer une doctrine faisant apparaître une conception béninoise de la liberté d'expression limitée par le respect de l'unité nationale, à l'instar des doctrines française (la sécurité nationale) et

---

66 Cour const., Décision DCC 15-042 du 26 février 2015.

67 Cour const., Décision 18-214 du 18 octobre 2018.

68 AKEREKORO (H), op. cit., p.18.

américaine (le discours de la haine).<sup>69</sup> Sa jurisprudence sur “la paix comme principe constitutionnel”<sup>70</sup> pourrait être combinée avec la jurisprudence sur l’unité nationale dans le secteur des médias.

L’article 5, alinéa 2 de la loi organique de 1992 qui dispose que la HAAC « veille au respect de la déontologie en matière d’information et l’accès équitable des partis politiques, des associations et des citoyens aux moyens officiels d’information et de communication ». Pour certains auteurs, le fait que l’instance de régulation se mêle de la déontologie journalistique remet sans doute en cause la notion même de « déontologie » (qui devrait dénommer un ensemble de règles que les professionnels se donnent à eux-mêmes et dont ils assurent le contrôle et l’application par l’exercice d’un pouvoir de sanction)<sup>71</sup>. Une autre aberration : la HAAC partage désormais le contrôle des fautes déontologiques avec le juge judiciaire dans la mesure où la quasi-totalité du code de déontologie a été reversée dans le Code de l’information et de la communication, donnant au juge le pouvoir de constater et de sanctionner des fautes déontologiques.

Lorsque le Gouvernement a suspendu en août 2010 la diffusion des émissions de Radio France Internationale (RFI) pour avoir annoncé une éventuelle mise en accusation du Président de la République dans le cadre de l’affaire ICC Service (escroquerie à travers la pyramide de Ponzi), la Cour a protégé les prérogatives dévolues à la HAAC contre l’empiètement opéré par le Gouvernement. Elle a jugé que « seule la HAAC est compétente pour sanctionner le non-respect de la déontologie en matière de d’information ou tout manquement grave aux obligations notamment en ce qui concerne les émissions d’information politique »<sup>72</sup>. Et pourtant au début de ses activités, ce pouvoir de sanction en matière de déontologie avait

---

69 PREUS-LAUSSINOTTE (Sylvia), *Ellipses*, 2014, pp 29, 47 et 109.

70 Cour const., Décision DCC 13-071 du 11 juillet 2013.

71 DERIEUX (E), *op. cit.* pp. 138-139.

72 Cour const., Décision DCC 048 du 23 février 2012.

été contesté par la corporation des journalistes, contestation avalisée par la HAAC. Le Président de l'Union des Journalistes de la Presse privée du Bénin (UJPB) a déféré devant la Haute juridiction une décision qui indique que « tout directeur de publication devra, en cas de nécessité, et à la *première demande de la HAAC, fournir à celle-ci toutes les preuves matérielles au soutien de tout article ou reportage faisant ou pouvant faire l'objet de contestation ou de poursuite par la direction de la publication concernée* ». L'article 3 de ladite décision précise : « toute défaillance aux dispositions de l'article 2 ci-dessus sera considérée comme un aveu de non-respect de la déontologie de la profession, et pourra ouvrir droit à l'engagement de la procédure de sanction appropriée, conformément aux dispositions de la loi organique n° 92-021 du 21 août 1992 relative à la HAAC »<sup>73</sup>.

La Cour constitutionnelle a déclaré contraires à la Constitution ces dispositions pour suppléer l'absence d'une loi relative à la procédure et aux sanctions en matière disciplinaire<sup>74</sup> (une loi prescrite par l'article 43 de la loi organique de 1992). Depuis ce temps, les relations se sont améliorées entre la HAAC et la corporation des journalistes. Les deux entités ont mis en place la co-régulation en matière de respect de la déontologie. La loi n°2015-07 du 20 mars 2015 portant code de l'information et de la communication conforte la HAAC en ses articles 13, 29, 30, 45 et 46. Plusieurs médias ont été sanctionnés. Mais le contentieux disciplinaire relève de la compétence de la chambre administrative de la Cour suprême. En 2006, lorsque des propos à connotation régionaliste et invitatoires à la haine et à la xénophobie ont amené la HAAC à suspendre, à titre conservatoire, jusqu'à nouvel ordre, l'émission « grogne matinale » de Golfe FM Magic Radio, la Cour a jugé la HAAC n'a fait que

---

73 Décision n°95-019/HAAC du 18 mai 1995, portant organisation du dépôt des publications et périodiques en République du Bénin, in HAAC, Recueil des décisions et recommandations. Juillet 1994-juillet 1996, pp. 39-40

74 Cour const., Décision DCC 95-041 du 12 décembre 1995.

s'acquitter de sa mission constitutionnelle, celle de « veiller à la déontologie en matière d'information »<sup>75</sup>.

Pour faciliter l'exercice de la profession de journaliste, la loi organique de 1992, en son article 10, dispose « le ministère en charge de la Communication délivre les cartes de presse sur la base d'un dossier complet du requérant après décision de la HAAC ». En application de ces dispositions, la HAAC a pris une décision portant définition et règlement de la carte de presse<sup>76</sup> et une autre décision portant création d'une commission technique chargée de l'étude des demandes de carte de presse<sup>77</sup>. La Commission est composée des représentants de la HAAC, du Ministère en charge de la Communication et des organisations représentatives des journalistes professionnels. Avec la restructuration du paysage associatif du secteur des médias, les professionnels sont représentés par l'UPMB et le CNPA-Bénin. Un syndicat de journalistes, le Synapromeb, créé en 2007 a tenté sans succès d'intégrer la Commission. Il a alors saisi la Cour qui a indiqué que la HAAC n'a fait preuve ni d'un parti pris, ni foulé au pied le principe de la liberté de presse. L'institution tient simplement à sauvegarder les acquis des Etats Généraux de la presse au cours desquels, la volonté d'assainir et de simplifier le paysage associatif des médias a conduit à la création des unions professionnelles ». Il appartient donc aux organisations professionnelles de désigner les structures qui les représentent à la commission de la carte de presse. « La volonté de la HAAC de travailler par souci de neutralité avec les unions des professionnels des médias ne porte atteinte ni à l'existence ni à la reconnaissance du Synapromeb ». La HAAC peut même à bon droit « inviter les professionnels des médias désireux de postuler à une carte de presse à introduire leur dossier soit par l'UPMB, soit directement au Secrétariat administratif de l'institution »<sup>78</sup>.

---

75 Cour const., Décision DCC 06-128 du 7 septembre 2006.

76 Décision 94/03/HAAC 16 décembre 1994. Cette décision est remplacée par une autre : Décision n°-13-015/Haac du 25 avril 2013 portant réglementation de la carte de presse au Bénin.

77 Décision 95-043/HAAC du 31 août 1995

78 Cour const., Décision DCC 09-031 du 12 mars 2009.



En vertu de l'article 6, dernier alinéa de la loi organique de 1992 et du soutien de la corporation des journalistes<sup>79</sup>, la HAAC assure la gestion de l'aide de l'Etat à la presse. La Cour a jugé que la décision n° 97073/HAAC du 12 septembre 1997 portant répartition de l'aide de l'Etat à la presse ne viole pas le principe de l'égalité devant la loi garanti par l'article 26 de la Constitution, car les conditions de parutions et de périodicité des quotidiens, établies par la décision de la HAAC, ont été appliquées à tous sans discrimination. De plus, concernant « *les questions intéressant la presse et la communication, la moralisation et la qualité des activités du secteur public comme privé de la Communication* » (art. 7, al. 1 de la loi organique de 1992), la HAAC en tant que « institution spécialisée en la matière est compétente pour apprécier la qualité des productions et fixer en conséquence le montant des aides attribuées aux postulants » Pour le reste, la Cour se déclare incompétence pour connaître de l'attribution des aides aux radios rurales et locales, car leur inclusion de la catégorie de la presse privée relève de l'application de la Loi de Finances exercice 1997 ; elle relève donc du contrôle de légalité<sup>80</sup>.

## 2) L'accès équitable aux médias de service public

La Cour constitutionnelle analyse « le droit à l'information comme un droit fondamental garanti par la Constitution qui charge une autorité administrative indépendante, en l'occurrence la HAAC, d'en assurer la protection aux termes de l'article 142 de la *Constitution* » et qu'à ce titre la HAAC « *peut y faire des restrictions dans des cas limitativement énumérés à l'article 3 de la loi organique n° 92-021 du 21 août relative à la HAAC, notamment en vue d'assurer « ... le respect... du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion* ». Dans cette perspective, le juge constitutionnel a jugé que « la décision n° 21-002/HAAC du 13 janvier 2021 portant réglementation des activités

---

79 ADJOVI (EV), Les instances de régulation des médias en Afrique de l'Ouest. Le cas du Bénin, op. cit., p. 102.

80 Cour const., Décision DCC 98-012 du 5 février 1998.

des médias pendant la période de précampagne pour l'élection présidentielle de 2021 n'excède ni le cadre constitutionnel ni le cadre légal du rôle régulateur de l'activité des médias dont la HAAC est investie ». La Haute juridiction a déduit de la lecture croisée du code de l'information et du code électoral que : « l'intervention de la HAAC s'inscrit dans un cadre légal et vise à s'assurer que la compétition électorale se déroule suivant des règles égalitaires en vue d'assurer la liberté et la sincérité des opérations de vote »<sup>81</sup>.

En 1996, la Cour avait indiqué, en réponse à une requête de Me Adrien Houngbédji contre une décision de la HAAC relative à l'octroi, dans le journal « La Nation » de pages dans le cadre de la campagne électorale, qu'en application de l'article 142 de la Constitution, « la HAAC est chargée d'une mission de service public, et en conséquence, habilitée à fixer, dans le respect de l'égalité des candidats aux élections présidentielles, les conditions d'accès de ceux-ci aux médias officiels ; leur a ouvert les colonnes dudit journal par décision n° 95-085/HAAC portant réglementation de la pré-campagne et de la campagne médiatiques pour l'élection présidentielle de 1996 ; ... que cette décision qui ne règlemente pas la liberté de la presse en général, mais le droit à la communication dans un domaine spécifique de la campagne électorale et dans un organe officiel de presse, ne viole pas la Constitution»<sup>82</sup>.

Dans un autre dossier, la Cour s'est appuyée uniquement sur les éléments de réponse fournis par le Directeur de la télévision nationale pour conclure que les reports du débat télévisé en cause dus aux multiples désistements des acteurs politiques sollicités ne sont pas contraires à la Constitution<sup>83</sup>. Cette décision aurait été plus équilibrée si la Cour s'était donnée la peine d'écouter les acteurs en question sur le sujet.

---

81 Cour const., Décision DCC 21-237 du 16 septembre 2021.

82 Cour const., Décision EL-P 96-013 du 28 février 1996

83 Cour const., Décision DCC 12-050 du 06 mars 2012.

En ne faisant pas jouer pleinement le principe du contradictoire, la Cour n'a pas œuvré en faveur de l'accès équitable aux médias publics<sup>84</sup>.

### **C/ La gestion des fréquences**

Pour assurer le pluralisme des médias, la Loi organique de 1992 a conféré à la HAAC la double mission d'octroyer des fréquences hertziennes à des acteurs du secteur privé et de contrôler l'utilisation de ces fréquences. L'office du juge constitutionnel sera donc chargé de veiller au respect des principes constitutionnels qui sous-tendent l'attribution des fréquences aux entreprises du secteur privé (1) et de contrôler la sanction du non-respect des obligations découlant de l'utilisation desdites fréquences (2).

#### **1- L'attribution des fréquences aux entreprises du secteur privé**

La Constitution du 11 décembre 1990, modifiée le 7 novembre 2019, a consacré la HAAC comme autorité administrative indépendante chargée de la régulation du secteur des médias. La Haute juridiction a jugé que cette mission constitutionnelle ne l'empêche pas de travailler avec le ministère en charge de la Communication sur la migration de la télévision analogique au numérique. Les deux institutions exercent leurs compétences sans que l'on puisse s'immiscer dans leurs attributions respectives. En co-présidant l'installation de la Commission en charge de cette migration, la HAAC conserve son

---

84 Il n'est pas surprenant que quelques mois après cette décision, l'opposition béninoise ait pris d'assaut les locaux de la télévision nationale du Bénin (ORTB), pour y réclamer l'accès aux médias de l'ORTB. Selon le communiqué lu et diffusé à cette occasion : « L'Union Fait la Nation s'est particulièrement investie depuis plusieurs mois dans la dénonciation de cette situation qui consacre le boycott systématique des partis politiques, notamment de l'opposition, et le sabotage de la couverture médiatique de leurs activités. Dans le même temps, elle a adressé de nombreuses correspondances à l'ORTB, pour solliciter des émissions de réaction aux déclarations gouvernementales, de présentation de ses propositions à la Nation ou de commentaires de l'actualité nationale et internationale. Jusqu'à ce jour, les dirigeants de l'ORTB ont opposé un mépris arrogant à nos demandes, s'obstinant à ne point répondre et se refusant même à appliquer les dispositions contenues dans la Décision 98-050/HAAC du 17 juin 1998 », Communiqué de presse de l'Union fait la Nation en date du 5 septembre 2013.

indépendance et ne porte pas atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, qui est une répartition des fonctions politiques de l'Etat entre des organes autonomes interdépendants. Pour la Cour, la séparation des pouvoirs ne s'analyse pas comme une confrontation des pouvoirs, mais une collaboration des pouvoirs »<sup>85</sup>.

Même si « les deux organes sont appelés à travailler ensemble pour la réalisation du Bien commun », la HAAC dispose de missions et de prérogatives propres. Selon l'article 35, al. 2 de la loi organique de 1992, « *les autorisations d'usage de fréquences pour la radiodiffusion sonore, la télévision par voie hertzienne terrestre ou par satellite, sont délivrées aux personnes privées par la HAAC, conformément aux dispositions de la convention et sur la base d'un rapport technique présentée par le ministre en charge de la Communication* ». Cette mission de la HAAC a été précisée par la loi n° 97-010 du 20 août 1997, laquelle a été abrogée et remplacée plus tard par la loi n° 2015-07 du 20 mars 2015, portant code de l'information et de la Communication. Il apparaît donc que « seule la HAAC est compétente pour attribuer des fréquences aux promoteurs sélectionnés »<sup>86</sup>.

L'Etat réserve un quota de bandes de fréquences pour les personnes privées. (art. 3 de la loi de 1997. Dans l'art. 208 de la loi de 2015, ce dispositif devient « La HAAC autorise l'utilisation par des personnes privées de bandes de fréquences ou des fréquences dont l'attribution lui est confiée par le Gouvernement). L'article 11 de la loi de 1997 repris par l'article 212 de la loi de 2015 précise que le Président de la République définit les bandes de fréquences ou fréquences qui sont attribuées aux administrations publiques ». En tout état de cause, c'est la HAAC qui octroie aux personnes privées l'autorisation d'émettre ou d'exploitation des stations de radios et de télévisions dans les conditions fixées par la loi.

---

85 Cour const., Décision DCC 14-055 du 11 mars 2014.

86 Cour const., 13-140 du 19 septembre 2013.

Devant le retard du vote de cette loi de libéralisation de l'espace audiovisuel, la HAAC a engagé en 1995 une procédure de démonopolisation des ondes par la base d'une décision qu'elle a pris en vue de s'inspirer de la pratique dans les démocraties avancées « où la démonopolisation des ondes a précédé la réglementation par voie légale ».

Cette procédure de la HAAC a été déclarée contraire à la Constitution par la Cour au motif que l'instance de régulation a empiété sur le domaine de la loi<sup>87</sup>.

La loi en question ayant été voté en août 1997, la HAAC s'est mise en branle pour lancer trois appels à candidatures en 1997, 1998 et 2002. Sur la base des principes d'une mise en concurrence publique la HAAC a pu accorder des autorisations d'exploitation des fréquences à des stations de radios et de télévisions privées. A chaque fois, le rapport technique requis du Ministère en charge de la Communication est venu des mois après la délivrance des autorisations. Mais, en 2008, lorsque la HAAC a décidé d'attribuer d'autres fréquences, cette décision<sup>88</sup> a été déférée devant la Cour par le Conseil technique juridique du chef de l'Etat sur le fondement que la HAAC a passé outre le rapport technique du Ministre en charge de la Communication et qu'en plus, elle le fait en l'absence du décret par lequel le Président de la République doit définir les bandes de fréquences ou les fréquences qui sont attribuées aux administrations d'Etat ».

C'était l'occasion pour la Cour constitutionnelle de fixer de façon rigide le partage de rôles entre le Gouvernement et la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication en matière attribution des fréquences aux opérateurs privés de radiodiffusion et de télévision.

---

87 Cour const. , Décision DCC 95-042 du novembre 1995.

88 Décision n° 08- 008/Haac du 30 janvier 2008 portant attribution de fréquences aux promoteurs retenus sur concours pour l'installation et l'exploitation de radiodiffusions sonores et de télévisions privées.

La Cour a jugé « qu’il ressort de la lecture combinée et croisée des dispositions législatives que si la HAAC est constitutionnellement habilitée à attribuer des fréquences au nom de l’Etat, encore faut-il qu’elle le fasse conformément à la loi et donc sur la base des conclusions du rapport technique prévu à cet effet par les textes en vigueur »... « qu’en l’espèce, l’attribution des fréquences par la HAAC ne saurait déroger aux conclusions du rapport technique sans violer les dispositions de la loi organique sur la HAAC qui fait partie du bloc de Constitutionnalité »<sup>89</sup>. Autrement dit, le rapport technique du ministère n’est pas un avis consultatif comme la HAAC le pensait jusque-là, mais c’est un avis non seulement obligatoire, mais également conforme. Cette décision majeure a renversé le rapport de forces entre le Gouvernement et la HAAC en matière d’attribution de fréquences. Désormais, l’avis technique du Gouvernement oblige la HAAC qui est tenue de s’y conformer. Une proposition modificative de la loi organique (portée par un groupe de députés) visait, entre autres, à écarter cet avis décisionnaire ou non-dérogeable du ministre de la Communication pour le transformer en “avis consultatif”. Ladite proposition de loi a été déclarée contraire à la Constitution par la Cour constitutionnelle<sup>90</sup>. Mais, la haute juridiction a complètement erré dans la justification de cette décision. Elle a fondé sa décision sur l’article 98, alinéa 2, 11<sup>e</sup> tiret de la Constitution qui voudrait que les articles 16, 18 et 35 de la loi organique de la HAAC relèveraient du régime des « transports et télécommunications », or en cette matière, la loi ne détermine que les principes fondamentaux. Aussi, la Cour a-t-elle indiqué « *que la proposition de modification de l’article 35 de la loi Organique, en fixant les modalités de gestion des fréquences, va au-delà de la détermination des principes fondamentaux* ». Il s’agit d’un motif erroné, car il confond les fréquences pour les communications électroniques (téléphonie et autres) avec les fréquences de radiodiffusion sonore et de télévision. L’attribution de

89 Cour const., Décision DCC 08-021.

90 Cour const., décision DCC 08-095.

ces dernières, relève belle et bien de la liberté de presse et du droit de l'information, donc d'un droit fondamental, matière dans laquelle « l'Assemblée nationale peut, en fixant les règles, descendre, aussi loin qu'il lui paraît, dans le détail », comme l'a indiqué la Cour dans une de ses décisions-phare sur la création de la CENA<sup>91</sup>. Bien entendu, ces fréquences peuvent connaître des restrictions eut égard aux éléments mentionnés plus haut (cohésion nationale, sécurité, etc. La ressource étant rare, elle doit être optimisée par l'entité dont c'est le champ de compétence).

Dans deux décisions successives, la Haute juridiction a sanctionnée la HAAC pour non-respect de l'autorité de la chose jugée attachée à la Décision DCC 08-021 du 28 février 2008 qui consacre les caractères préalable, obligatoire et conforme de l'avis technique du ministre en charge de la Communication dans le cadre de l'attribution des fréquences aux stations de radio et télévisions privées. D'une part, la HAAC a pris une autre décision en mars 2008 portant agrément de projets pour l'usage de fréquences et canaux. Or il se trouve que le contenu substantiel de cette décision est quasiment identique à celui de la décision que la Cour a déclaré contraire à la Constitution. La Cour a jugé que la décision initiale, « ayant été déclarée contraire à la Constitution, et partant nulle, la procédure d'attribution de fréquences devrait être reprise ab initio, c'est-à-dire à partir de la phase d'appel à candidatures »<sup>92</sup>. D'autre part, lorsque la HAAC a autorisé un promoteur qui se trouvait sur la liste de sa décision invalidée par la Cour, à procéder à des essais, le ministre de la Communication a dépêché une équipe pour mettre hors tension et sous scellés des équipements de la nouvelle station *«Espérance d'Ekpè de l'ONG VOLDEB. La cour a considéré que ce faisant, le ministre a fait respecter les dispositions de l'article 59 de la Constitution aux termes desquels le Président de la République est garant de l'exécution des décisions de justice ; que les mesures ainsi*

---

91 Cour const., Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994.

92 Cour const., Décision DCC 08-044 du 02 avril 2008.

*prises ne sauraient être assimilées à une intervention du Gouvernement destinée à sanctionner une radio qui émet sans autorisation, prérogative de la HAAC, mais, plutôt contre une radio qui émet en violation d'une décision de la Cour constitutionnelle »<sup>93</sup>, laquelle avait déclaré contraire à la Constitution la décision de la HAAC et qui nécessitait une reprise de la procédure d'attribution des fréquences.*

Mais, on peut s'interroger sur la solidité de cette jurisprudence de la Cour à la lecture d'une décision de 2010 dans laquelle elle a analysée comme un acte préparatoire ne modifiant en rien l'ordonnancement juridique, une décision de la HAAC énonçant que « les projets ainsi agréés se verront affecter des fréquences selon la disponibilité et après avis technique du ministre en charge de la Communication. Au cas où les disponibilités de fréquence ne permettraient pas de satisfaire tous les projets agréés, la priorité sera donnée aux fréquences principales. L'attribution fera l'objet d'une Décision ultérieure »<sup>94</sup>. Que vaut l'avis technique préalable et obligatoire du ministère ? A moins de considérer la décision de la HAAC comme une étape intermédiaire avant l'attribution effective des fréquences.

Dans une décision de 2014, la Cour a émis une exception à sa jurisprudence d'avis technique préalable et conforme du Ministre en charge de la Communication. Elle a jugé que « la commercialisation et la distribution des bouquets des chaînes audiovisuelles diffusées par satellites ne sont pas soumises aux dispositions précitées ; que pour pallier ce vide juridique, la HAAC a pris la Décision n° 07-029 du 13 juin 2007 portant règlementation de la distribution des chaînes audiovisuelles diffusées par satellites sur le territoire de la République du Bénin ; que sur la base de cette décision, des autorisations ont été accordées [à des acteurs de ce secteur] sans requérir l'accord préalable du Ministre en charge de la Communication ; que dès

---

93 Cour const., Décision DCC 08-045 du 2 avril 2008.

94 Cour const. Décision DCC 10-017 du 08 mars 2010.



lors la signature entre la HAAC et la société Canal Holding S.A du bouquet SeeAfrica n'est pas contraire à la Constitution ».<sup>95</sup>

L'ensemble de cette jurisprudence a amené le Gouvernement à prendre en 2013 et en 2014 les deux principaux décrets qui manquaient au dispositif d'attribution et de gestion de fréquences. Il s'agit du plan national de fréquences radioélectriques et des règles de gestion et conditions d'utilisation des ressources en fréquences<sup>96</sup>. Entre temps, la HAAC a attribué des fréquences en 2013 sur la base d'un rapport technique du 30 décembre 2010. Elle se prépare encore à délivrer des autorisations en 2022, sur la base d'un appel à projets de 2021. A partir du moment où il n'y a plus de ministère en charge de la Communication, la HAAC semble disposer d'un boulevard pour opérer en reprenant en main toute la compétence d'attribution des fréquences. A moins que la président de la République revendiquant tous les attributs de l'Exécutif ne se positionne pour produire le rapport technique préalable, obligatoire et conforme. Ce qui peut donner l'opportunité à la Cour de se prononcer sur un éventuel litige en la matière, tout comme elle le fait déjà dans le domaine de la régulation du contrôle des normes et d'usage des fréquences.

## **2- La sanction du non- respect des obligations découlant de l'utilisation des fréquences**

Le premier point qui a appelé l'activité jurisprudentielle de la Cour concerne le retrait de l'autorisation des fréquences. Trois affaires ont

---

95 Cour const., Décision DCC 14-073 du 15 avril 2014.

96 Décret n° 2013-442 du 08 octobre 2013 portant approbation du plan national de fréquences et du tableau national d'attribution des bandes de fréquences en République du Bénin et Décret n° 2014-600 du 09 octobre 2014, portant règles de gestion et conditions d'utilisation des ressources en fréquences en République du Bénin. Ce dernier décret a été abrogé et remplacé par le Décret 2019-217 du 31 juillet 2019, portant règles de gestion et conditions d'utilisation des ressources en fréquences en République du Bénin. De même, le plan national de fréquences a été modifié en 2018, puis en 2021 : Décret n° 2018-26 du 20 juin 2018, portant approbation du Plan National de Fréquences radioélectriques en République du Bénin et Décret n° 2021-375 du 14 juillet 2021, portant approbation du Plan National de Fréquences radioélectriques en République du Bénin.

permis à la Haute juridiction de fixer les recours en la matière. La première se rapporte au dossier de la Radio Adja-Ouèrè/FM Ouémé : « il résulte de l'analyse des éléments du dossier que le promoteur de Radio Adja-Ouèrè/FM Ouémé n'a pas eu communication du rapport d'inspection des sites du 7 février 2003. Il n'a pas non plus été entendu sur les griefs mis à sa charge. Il s'ensuit qu'il n'a pas été mis en demeure d'exercer son droit à la défense, conformément aux dispositions des articles 47 et 52 de la loi organique relative à la HAAC. Dès lors, il y a lieu de dire et juger, que la Décision n° 03-013 bis/HAAC du 20 février 2003, portant retrait des fréquences supplémentaires attribuées à Radio Adja-Ouèrè/FM Ouémé à Sakété, Porto-Novo et Zangnanado et la Décision n° 03-13/HAAC uniquement en ce qui concerne l'attribution de la fréquence 107.6 MHZ à Covè, violent la Constitution »<sup>97</sup>. Autrement dit le droit à la défense des promoteurs doit être respecté impérativement lors de la procédure de retrait de fréquences.

Le deuxième principe énoncé ou réaffirmé par la Cour a émergé à l'occasion de l'Affaire Radio Star avec Karl-Charles Djimadja et Marcellin Attindégla. La Cour a observé que le retrait par la HAAC de l'autorisation d'exploitation des fréquences de Radio star, sans mise en demeure, en cas de modifications substantielles des données au vu desquelles l'autorisation avait été délivrée, est conforme à l'article 48 de la loi organique de 1992. Mais que dès lors que l'avocat conseil de Radio Star a avisé la HAAC de l'introduction d'un recours administratif contre la décision en question, le fait de vouloir exécuter la décision (à travers un commandement itératif de s'exécuter), nonobstant le recours, est contraire à l'article 54 de la loi organique relative à la HAAC qui prescrit justement que le recours est suspensif<sup>98</sup>. Dix ans plus tard, sans apporter aucun élément nouveau à leur requête, objet

---

97 Cour const., Décision DCC 05-057 du 23 juin 2005.

98 Cour const., Décision DCC 10-035 du 23 mars 2010.

de la Décision précédente, les promoteurs sont repartis devant le juge constitutionnel qui a déclaré irrecevable leur requête<sup>99</sup>.

Deux après cet épisode, M. Djimadja a, à nouveau, saisi le juge pour contester une lettre de la HAAC qui enjoint à sa station de radiodiffusion « radio star » de cesser ses émissions. La Cour a fait constater que par arrêt n° 137/CA du 12 juillet 2018, le recours de Radio Star contre la décision de suspension de ses émissions par la HAAC a été rejeté par la chambre administrative de la Cour Suprême ; que dès lors « *le requérant ne peut plus soutenir, comme le fait, que l'affaire est toujours pendant devant la Chambre administrative de la Cour Suprême ; qu'il s'ensuit que la décision n° 09-003/HAAC du 22 janvier 2009 a désormais plein effet ; que le fait d'adresser une lettre à radio Star lui ordonnant de cesser ses émissions, ne constitue pas une violation ni de la Constitution ni de la loi organique relative à la HAAC* »<sup>100</sup>. Il apparaît donc qu'à partir du moment où le juge administratif tranche, la suspension d'une décision tombe et celle-ci s'impose pleinement.

Deux autres principes ont été établis par la Haute juridiction en matière de retrait de fréquence dans le cadre de l'affaire LC2, une chaîne de télévision privée que la HAAC a mise en demeure de cesser d'exploiter le canal 8 de la bande de fréquences III en VHF. LC2 avait commencé à émettre (le 1<sup>er</sup> avril 1997) sur cette fréquence avant le vote de la loi sur la libéralisation des ondes en août 1997. Après la promulgation de cette loi, LC2 a pris part à l'appel à candidatures de la HAAC ; ce qui lui permis de signer le 22 septembre 1998 avec le régulateur des médias une convention pour exploiter le canal 44 de la bande IV en UHF. La HAAC lui a accordé un moratoire de six mois pour conformer ses équipements techniques aux prescriptions du cahier des charges, c'est-à-dire, changer de canal ou quitter le canal antérieur. Faute par lui de s'exécuter dans les délais prescrits,

---

99 Cour Const., Décision DCC 20-588 du 08 octobre 2020.

100 Cour const., Décision DCC22-066 du 13 janvier 2022.

un concurrent en la personne du promoteur de Golfe TV a protesté en février 2003 contre la concurrence déloyale que cette situation lui impose. La Cour a jugé « qu'il découle de la lecture combinée et croisée des dispositions des articles 46, al. 1, 47, 51 et 53 de la loi organique sur la HAAC qu'il est des attributions de la HAAC de faire cesser l'exploitation par LC2 du canal 8 de la bande 3, et que l'appréciation du respect des obligations découlant du cahier des charges relève du contrôle de légalité sous réserve de la violation des droits de l'homme. En conséquence, la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité, est incompétente.

*Par ailleurs, la HAAC n'a pas autorisé LC2 à émettre sur le canal 8 de la bande 3. En sa qualité d'instance de régulation du fonctionnement des organes de presse et de communication audiovisuelle, elle a, à maintes reprises, mis LC2 en demeure de cesser d'exploiter le canal 8 de la bande 3. En agissant ainsi qu'elle l'a fait, la HAAC n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement. »<sup>101</sup>.*

Deux principes sont ainsi affirmés : 1) la Cour constitutionnelle n'est pas juge de la légalité du respect des obligations découlant du cahier des charges que la HAAC signe avec les promoteurs des stations de radios et de télévisions privées. 2) La HAAC ne viole pas le principe d'égalité de traitement de ces opérateurs lorsqu'elle met en demeure, à plusieurs reprises, LC2 de cesser d'exploiter un canal de fréquence qui lui est pas attribué.

Nonobstant, le Directeur du cabinet civil du Président de la République a adressé une lettre à LC2 pour l'autoriser à reprendre ses émissions télévisées, suite à la décision de la HAAC lui ayant ordonné de cesser d'émettre en VHF. La Cour a jugé qu'aux termes des dispositions de la Constitution et de la loi organique de 1992, « il revient à la HAAC d'autoriser dans le respect du principe d'égalité de traitement l'établissement et l'exploitation des installations

---

101 Cour const., Décision DCC 05-49 du 16 juin 2005.

*de radiodiffusion et de télévision ; qu'en ordonnant à LC2 de poursuivre ses émissions télévisées alors que la HAAC en a décidé la cessation, le directeur de cabinet civil du Président de la République s'est immiscé dans les attributions de la HAAC en créant un conflit d'attribution entre deux institutions ; qu'en agissant ainsi le DC du PR a méconnu les articles 142 de la Constitution, 4, 11 et 35 de la loi organique relative à la HAAC »<sup>102</sup>. Il apparaît que le pouvoir exécutif n'a pas le droit de s'immiscer dans le retrait des fréquences aux promoteurs privés. Mais, elle peut décider de reprendre une fréquence déjà attribuée à un privée après avis conforme de la HAAC. L'instauration d'une instance de régulation était supposée servir à mettre le secteur de la communication audiovisuelle à l'abri des interventions et des pressions, notamment de caractère politique ou partisan »<sup>103</sup>. La Cour du Bénin semble rappeler au DC du PR que la mise en place de la HAAC vise à « couper le cordon ombilical » qui reliait le secteur (public) des médias au Gouvernement ».*

Selon la jurisprudence de la Cour, le Président de la HAAC a le pouvoir de prendre des mesures conservatoires de suspension des stations de radio et de télévision (en l'espèce "Soleil FM", "Eden TV" et "E-Télé") avant d'obtenir l'adhésion ou non des membres de la HAAC pour une prise de décision définitive<sup>104</sup>.

En dehors du retrait des fréquences, la haute juridiction s'est prononcée sur le changement de site d'émission par les promoteurs de stations de radio et de télévision. Dans l'affaire de « radio soleil FM », elle a décidé que le déplacement de l'émetteur ladite radio de Djèffa (Sèmè-Kpodji) vers le Centre de Promotion de l'Artisanat (Cotonou) ne peut s'opérer sans l'accord préalable de la HAAC. Et que c'est à bon droit que la HAAC sanctionne la station radio.<sup>105</sup>

---

102 Cour const., Décision DCC 05-054 du 16 juin 2005.

103 DERIEUX (E), op.cit., p. 129.

104 Cour const., Décision DCC 17-167 du 27 juillet 2017.

105 Cour const., Décision DCC 17-139 du 29 juin 2017.

Au total, il apparaît que la haute juridiction a affiné un certain nombre de principe de droit de la communication et précisé sa position sur la nomination des directeurs de médias publics, l'accès à ces médias et l'exercice de la profession de journaliste et la gestion des fréquences. Cet exercice lui a permis de redimensionner les compétences le HAAC après avoir stabilisé les garanties d'indépendance de ses membres. Cette œuvre prétorienne est une construction progressive qui positionne la Cour constitutionnelle comme la régulatrice du système de régulation des médias. Mais son action est restée dans un schéma d'affirmation des principes directeurs du droit de la communication de presse et de l'audiovisuel au XX<sup>e</sup> siècle. Son audace jurisprudentielle qui dérouté bien des constitutionnalistes<sup>106</sup> ne s'est pas véritablement manifestée dans le contrôle de la régulation des médias. Elle aurait pu lui permettre de prendre en compte les spécificités des médias à l'ère du numérique, notamment la convergence technologique qui fait voler en éclats le modèle ancien de régulation structuré autour d'un paysage national des médias sur des territoires bien maîtrisés. L'adoption d'une telle approche aurait conduit la Cour à prendre davantage en compte la liberté d'expression du point du récepteur/citoyen qu'au regard exclusivement de l'émetteur. L'autre grande faiblesse de cette jurisprudence se trouve dans la négligence de la dimension économique de la liberté de presse et d'expression à l'époque contemporaine. Chaque fois qu'il était question de concurrence déloyale (affaire LC2 Vs Golfe TV) ou de concentration des médias (projet "Aïfa FM" : DCC 13-140), la Cour a botté en touche ou fermé les yeux. Or les principes directeurs du droit des communications numériques oscillent entre les activités d'expression et les activités économiques. Un auteur a parlé de « la consubstantialité du juridique à l'économie »<sup>107</sup>.

---

106 Joël Aïvo parle de « solutions excentriques » qui « sont marquées par ce goût de la prise de risque et des sensations fortes, cf. AIVO (J), « la cour constitutionnelle du Bénin », in Nouveaux Cahier du Conseil constitutionnel, n° 47 - avril 2015 - pp.99 à 112.

107 PARIS (Thomas), *La libération audiovisuelle. Enjeux technologiques, économiques et réglementaires*, Dalloz, 2004, p. 28

En effet, l'ouverture des marchés des communications implique nécessairement la mise en avant des principes économiques comme le respect du pluralisme externe, la reconnaissance des "facilités essentielles", le contrôle des pratiques anti-concurrentielles et des concentrations sans compter des principes inhérents à l'écosystème numérique comme le principe de la neutralité technologique et le principe de la loyauté<sup>108</sup>. La prise en compte de ces données pourrait éclairer différemment la politique actuelle d'ouverture effrénée avec des appels à candidatures réguliers pour l'attribution des fréquences sans tenir compte de l'économie du secteur. Ces différentes considérations appellent aussi à une réforme en profondeur de la HAAC pour prendre en compte la convergence technologique, les nouveaux outils de régulation et la régionalisation ou sous-régionalisation (Afrique de l'Ouest) d'une partie au moins des activités de régulation des communications électroniques avec le souci de préserver la diversité culturelle<sup>109</sup>.

A cet égard, la Plate-forme des régulateurs de l'audiovisuel des pays membres de l'UEMOA et de la Guinée (ROGAM) et le Réseau Francophone des Régulateurs des médias (REFRAM) sans compter le Réseau des Instances Africaines de Régulation de la Communication (RIARC) pourraient offrir des perspectives. Ce serait des sources d'inspiration féconde pour la production jurisprudentielle du juge constitutionnel béninois.

---

108 Sur ces questions, lire FAVRO (K), *Droit de la régulation des communications électroniques*, LGDJ, 2018, p. 89 et suiv.

109 MOREAU (F), « Quelques enjeux de la régulation pour les industries de contenus à l'ère du numérique », in BLOUD-REY (C) et MÈNURET (J-J), *Le droit de la régulation audiovisuelle et le numérique*, Larcier, 2016, pp. 156-157.

L'ASSEMBLÉE NATIONALE DANS LA JURISPRUDENCE  
CONSTITUTIONNELLE AU BÉNIN

**Akouègnon Clément DASSI**

*Docteur en droit public,  
Greffier à la Cour des comptes.*

« Dans le cadre de la séparation traditionnelle des pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire), le parlement en sa qualité d'organe librement élu occupe une place centrale. Il est l'institution incarnant la volonté du peuple, celle qui réalise dans la pratique le gouvernement du peuple par le peuple. Mandaté par le peuple, le parlement le représente vis-à-vis des autres pouvoirs et auprès des diverses organisations internationales ou des assemblées infranationales. Un parlement est démocratique lorsqu'il remplit réellement ce rôle de médiateur et qu'il représente le peuple dans toute sa diversité »<sup>1</sup>. Ainsi, le parlement est-il le « *pilier de la démocratie, [il incarne] la volonté des peuples, [porte] l'espérance que la démocratie réponde réellement à leurs besoins et contribue à résoudre les plus urgents des problèmes auxquels ils sont confrontés dans leur vie quotidienne* »<sup>2</sup>.

Mais « Le paradoxe de notre époque tient à ce que, d'un côté, nous saluons la victoire de la démocratie et, de l'autre, nous déplorons amèrement la crise de légitimité que le Parlement institution pivot de la démocratie – traverse dans bien des pays. La branche exécutive domine l'agenda ; la coopération internationale et la mondialisation ont engendré un processus décisionnel qui manque de transparence démocratique, et les citoyens se demandent si les processus politiques actuels sont réellement en mesure de produire des

---

1 David Beetham, *Parlements et démocratie au vingt-et-unième siècle : guide des bonnes pratiques*, Union interparlementaire, 2006, p.5.

2 <http://archive.ipu.org/dem-f/guide/guide-1.htm> (Consulté le 27 juin 2022 à 11h 26 mn)



parlements représentatifs de leurs intérêts dans toute leur diversité. *Les parlements connaissent eux-mêmes une mutation profonde car il leur faut s'adapter aux défis d'un nouveau siècle* »<sup>3</sup>.

C'est pourquoi « *depuis quelques années, beaucoup d'entre eux s'emploient à être plus à l'écoute des citoyens et à améliorer leurs méthodes de travail, bref, à mieux représenter leurs électeurs, à leur être plus accessibles et leur rendre des comptes, être ouverts et transparents dans leurs procédures, à mieux s'acquitter de leurs tâches essentielles de législateur et de leur droit de regard sur l'exécutif* »<sup>4</sup>.

Ce souci de mieux jouer son rôle de représentation nationale demeure aussi la préoccupation majeure du parlement béninois. C'est du moins ce qu'il convient d'inférer des propos de Monsieur Louis VLAVONOU, Président de l'Assemblée nationale du Bénin, lorsqu'il déclare : « Comme vous vous en doutez, je prends les rênes de la huitième législature dans un contexte assez spécial. Contexte spécial en ce que l'issue du processus électoral d'avril dernier laisse un arrière-goût à une certaine frange de notre peuple. Contexte spécial en ce que la peur habite encore certains d'entre nous. Non pas la peur liée à la sécurité et à l'intégrité physique, mais celle de ne pouvoir pas remplir correctement la mission et à donner satisfaction au peuple dont nous sommes les dignes représentants. Contexte spécial enfin en ce que les défis sont grands et assez importants. C'est de ce contexte spécial que nous devons tirer nos capacités intellectuelles et spirituelles pour mériter cette confiance du peuple et démentir les schémas stéréotypés que notre peuple malheureusement se forge. Nos délibérations doivent nous rendre témoignages à travers des lois de bonne facture et un contrôle régulier de l'action gouvernementale.

---

3 Idem.

4 <http://archive.ipu.org/dem-f/guide/guide-1.htm> (Consulté le 27 juin 2022 à 11h 26 mn)

Une proximité avec notre base est aussi un gage de respect à ce peuple qui a besoin d'être rassuré »<sup>5</sup>.

Cependant l'Assemblée nationale, assemblée unique du Parlement béninois<sup>6</sup>, ne saurait remplir convenablement sa mission sans se conformer aux textes qui la régissent, à savoir, la Constitution et le Règlement intérieur. Or, ces textes requièrent souvent l'éclairage du juge constitutionnel, « interprète exclusif et authentique »<sup>7</sup> de la Constitution et des textes relevant du bloc de constitutionnalité, dont le règlement intérieur de l'Assemblée nationale<sup>8</sup>.

Ainsi, la Cour constitutionnelle a-t-elle joué et joue encore sa partition pour accompagner l'institution parlementaire à mieux accomplir sa mission, à travers sa jurisprudence. Il ne peut d'ailleurs en être autrement, puis que la Cour constitutionnelle est « l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics »<sup>9</sup>, et l'Assemblée nationale est « une institution de la Constitution »<sup>10</sup>. C'est donc pour examiner l'apport du juge constitutionnel béninois à cette institution que la présente étude porte sur « L'Assemblée nationale dans la jurisprudence constitutionnelle au Bénin ».

---

5 Discours du Président Louis VLAVONOU après son installation <https://assemblee-nationale.bj/index.php/president-2/le-president/mot-du-president/> (Consulté le 27 juin 2022 à 11 h 59 mn).

6 Article 79 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

7 Décision DCC 20-641 du 19 novembre 2020.

8 Certes, la Cour constitutionnelle avait jugé que « le Règlement Intérieur de l'Assemblée n'a pas valeur constitutionnelle [et] qu'il n'entre donc pas dans le bloc de constitutionnalité » (Décision 18 DC du 03 juin 1993). Mais elle a par la suite reconnu que « les articles du Règlement intérieur [de l'Assemblée nationale] ne font partie du bloc de constitutionnalité que s'ils constituent la mise en œuvre d'une disposition constitutionnelle ou à valeur constitutionnelle » (Décision DCC 01-013 du 29 janvier 2001). Il n'est pas de nos propos de discuter la valeur constitutionnelle du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, la question n'ayant aucun intérêt pour la présente étude.

9 Article 114 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

10 Décision DCC 32-94 du 24 novembre 1994.

Dès lors, l'on ne peut que s'interroger sur la consistance de cet apport. Le moins qu'il convient de retenir de l'analyse est que le juge constitutionnel non seulement dans ses fonctions de régulation « *lubrifiant institutionnel* » et de « *régulation discipline des acteurs politiques* »<sup>11</sup>, mais également dans son rôle d'interprète, a contribué à préciser l'encadrement juridique de l'institution parlementaire, en tant qu'organe (I), et de ses membres (II).

### **I. L'apport du juge constitutionnel à l'encadrement de l'Assemblée nationale**

La Constitution et le Règlement intérieur fixent les attributions (A) et définissent les règles de fonctionnement de l'Assemblée nationale (B). Mais il faut parfois davantage que la lettre pour en saisir la portée. Il faut l'interprétation du juge constitutionnel.

#### **A. Sur les attributions de l'Assemblée nationale**

Le parlement « exerce le pouvoir législatif et contrôle l'action du Gouvernement »<sup>12</sup>. Il en résulte les deux principales attributions de l'Assemblée nationale. Cependant, c'est la première, relative à l'exercice du pouvoir législatif, qui a occupé une large place de l'activité de la Cour constitutionnel. Celle-ci reconnaît qu'il « *est exact que le Parlement a le pouvoir de voter une loi, puis de l'amender ou de l'abroger* »<sup>13</sup>. Plus spécifiquement, en matière pénale, elle a même rappelé au législateur qu'il a « l'obligation de fixer les règles concernant la détermination des infractions [...] Par voie de conséquence, il doit en définir les éléments constitutifs en des termes clairs et précis »<sup>14</sup>.

---

11 Ces deux formes de régulation ont été excellemment développées avec des illustrations par Docteur Gilles BADET. (Voir Gilles BADET, Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin, FES, Bénin, 2013, 480 p.)

12 Article 79 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

13 Décision DCC 10-049 du 05 avril 2010.

14 Décision DCC 98-035 du 08 avril 1998.

Toutefois, elle souligne que « l'exercice de ce pouvoir ne peut se faire au bon vouloir et au gré des intérêts d'une composante (*fut-elle majoritaire*) de l'Assemblée Nationale [...] Un pouvoir conféré par la Constitution ne peut s'exercer que dans le cadre des règles posées par ladite Constitution »<sup>15</sup>, pas plus qu'il ne « saurait contrevenir à des exigences à caractères constitutionnelles »<sup>16</sup>.

C'est pour veiller à cela que la Haute juridiction précise les limites du champ du législatif pour le démarquer plus clairement de celui du réglementaire. En effet, même si le constituant confie l'exercice du pouvoir législatif à l'Assemblée nationale et énumère les matières entrant dans ce cadre<sup>17</sup>, il arrive souvent que les contours de ces matières, ne soient pas clairement définis, de sorte que l'interprétation du juge constitutionnel soit indispensable sur la question. Ce fut le cas par exemple des modalités d'exercice du droit de réponse en matière de radiodiffusion et de télévision<sup>18</sup>, des charges des commissaires-priseurs<sup>19</sup>,

---

15 Décision DCC 10-049 du 05 avril 2010.

16 Décision DCC 99-017 du 10 mars 1999.

17 Voir article 98 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

18 La Cour constitutionnelle du Bénin a déclaré contraire à l'article 98 de la Constitution « la Décision n°95-023/HAAC du 08 juin 1995 portant exercice du droit de réponse à la Radiodiffusion et à la Télévision », au motif qu'elle « régit les modalités d'exercice du droit de réponse en matière de radiodiffusion et de télévision, matière qui relève exclusivement du domaine de la loi » (Voir Décision DCC 95-041 du 12 décembre 1995).

19 Est déclaré contraire à la Constitution le décret n°95-318 du 18 octobre 1995 portant création de charges de commissaires-priseurs près les tribunaux du Bénin, au motif qu' « il est de doctrine constante que les commissaires-priseurs occupent une charge d'office ministériel [...] La détermination des règles régissant leur statut y compris la détermination de leur compétence territoriale est du domaine de la loi conformément aux dispositions de l'article 98 [de la Constitution] » (Voir Décision DCC 02-007 du 16 janvier 2002).

du statut des agents d'affaires<sup>20</sup>, des tarifs des frais de justice alloués aux huissiers de justice en matière civile et commerciale<sup>21</sup>, de l'inscription sur la liste électorale<sup>22</sup>, des conditions d'établissement de la carte d'identité nationale<sup>23</sup>, de la création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Organe Présidentiel de Médiation (OPM)<sup>24</sup>, la fixation des chefs-lieux des départements<sup>25</sup>, etc.

- 
- 20 L'article 98.6 de la Constitution « n'indique pas expressément que les agents d'affaires font partie des auxiliaires de justice ou des officiers ministériels qui, titulaires d'un office aussi appelé charge, sont des personnes qui assistent le tribunal ou des particuliers, bénéficient d'un monopole de fonction pour accomplir certains actes et sont placés sous la surveillance de l'autorité judiciaire [...] Cependant, [...] les agents d'affaires qui assument des fonctions quasi identiques à celles des auxiliaires de justice et officiers ministériels doivent être assimilés à ceux-ci [...] Les statuts des auxiliaires de justice et les officiers ministériels étant du domaine légiféré, le gouvernement ne saurait, sans méconnaître les dispositions de l'article 98.6 de la Constitution, réglementer le statut des agents d'affaires par un décret » (Voir Décision DCC 02-023 du 03 avril 2002).
- 21 Est déclaré contraire à la Constitution l'acte de la Chambre nationale des Huissiers du Bénin en date du 21 septembre 1978 portant tarifs des frais de justice alloués aux huissiers en matière civile et commerciale, en ce qu'« il résulte de la lecture croisée et combinée [des dispositions des articles 98 et 100 de la Constitution] que seuls une loi ou un texte réglementaire doivent régir les activités des offices ministériels ». (Voir Décision DCC 03-133 du 21 août 2003).
- 22 « L'inscription sur la liste électorale est une condition pour élire et pour être élu [...] Il appartient alors au législateur de fixer les règles concernant l'inscription sur la liste électorale, la conservation de celle-ci, sa révision ou remise à jour [...] Dès lors, le pouvoir exécutif ne peut, sans violer la constitution, se charger de procéder à la mise à jour de la liste électorale » (Voir Décision DCC 99-023 du 10 mars 1999).
- 23 Selon la Cour constitutionnelle du Bénin, « conditions d'établissement de la carte d'identité nationale relèvent du domaine réglementaire » (Voir Décision DCC 03-007 du 19 février 2003).
- 24 Est déclaré contraire à la Constitution le Décret n° 2006-417 du 25 août 2006 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'Organe Présidentiel de Médiation (OPM), en ce qu'« il résulte [des dispositions de l'article 98 de la Constitution] que la création d'une nouvelle administration, en l'occurrence une structure administrative autonome, relève de la compétence exclusive du législateur [...] Dans le cas d'espèce, l'article 17 du décret querellé édicte : "L'organe Présidentiel de médiation dispose d'un budget alimenté par le Budget national et par tous autres apports extérieurs. Il jouit d'une autonomie de gestion" [...] Bien que déclaré "placé sous l'autorité directe du Chef de l'Etat", cet organe n'en demeure pas moins, dans son organisation, son fonctionnement et ses attributions, une administration autonome [...] Une telle administration ne peut être créée que par une loi » (Voir Décision DCC 08-066 du 26 mai 2008).
- 25 « Le législateur ne saurait, sans renoncer à ses prérogatives, renvoyer au pouvoir réglementaire la fixation des chefs-lieux des départements, alors même qu'il en a fixé le ressort territorial respectif [...] Selon les dispositions constitutionnelles, c'est le législateur qui, ayant créé le département, définit le ressort de celui-ci et précisé sa dénomination, doit en fixer le chef-lieu ou à tout le moins les critères de désignation ». (Voir Décision DCC 98-026 du 13 mars 1998).

Dans le domaine plus subtil de la modification des textes normatifs, le juge constitutionnel a veillé à départir le législatif du réglementaire en ces termes : « sauf le cas prévu à l'article 100 alinéa 2 de la Constitution, le principe de la hiérarchie des normes (de laquelle il ressort que les textes de forme législative occupent une place supérieure à celle des textes de forme réglementaire) s'oppose à ce qu'il soit procédé par voie réglementaire à la modification d'un texte de forme législative »<sup>26</sup>.

Il importe de préciser qu'au sens de l'article 100 de la Constitution, « la modification par décret d'une disposition de forme législative n'est fondée que lorsque la matière soumise au pouvoir réglementaire par la Constitution est antérieurement régie par une loi [...] Il faut donc, en pareille circonstance, d'une part, que la matière concernée relève en principe du domaine réglementaire et, d'autre part, que le texte de forme législative dont la modification est envisagée ait été adoptée avant l'entrée en vigueur de la Constitution [...] Il en est ainsi en raison de ce que, lorsque postérieurement à l'entrée en vigueur de la Constitution, le législateur intervient dans le domaine réglementaire, il appartient à la Cour constitutionnelle saisie, de constater la contrariété à l'article 100 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution et en tirer les effets prescrits par l'article 3 de la même Constitution »<sup>27</sup>.

Même à l'intérieur du champ de compétence du législateur, le juge constitutionnel est intervenu pour distinguer les matières devant être régies par des règles précises, telles que par exemple l'organisation territoriale<sup>28</sup>, de celles dans lesquelles la loi ne fixera que les principes fondamentaux. Il déclare en effet que dans les matières citées à l'article 98 alinéa 2 de la Constitution, « seuls doivent être déterminés par la loi les principes fondamentaux »<sup>29</sup>.

---

26 Décision DCC 21-066 du 17 février 2021.

27 Idem.

28 « La matière légiférée portant organisation territoriale doit l'être par fixation de règles précises et non par détermination de principes fondamentaux » (Voir Décision DCC 98-026 du 13 mars 1998).

29 Décision DCC 15-197 du 10 septembre 2015.

Par ailleurs, pour certaines matières énumérées à l'article 98 alinéa 1<sup>er</sup> de la constitution, la Cour constitutionnelle n'a pas manqué d'apporter des nuances quant à leurs aspects spécifiques qui relèvent du domaine législatif. Il déclare par exemple que « seules l'imposition, ses modalités de fixation et de recouvrement relèvent de la compétence du législateur »<sup>30</sup> ou que « le législateur n'est habilité [...] qu'à créer les *catégories d'établissements publics* »<sup>31</sup>, ou encore « qu'en matière de finances publiques, seules la loi de finances de l'année, la loi de finances rectificative, la loi de règlement et la loi organique de finances relèvent de la compétence du législateur [...] En conséquence, toute autre matière, en l'occurrence des règles de transparence dans la gestion des finances publiques [...] ne peut relever que du domaine réglementaire »<sup>32</sup>.

Outre l'encadrement des attributions de l'Assemblée nationale, des questions touchant au fonctionnement de l'Assemblée nationale ont nécessité l'intervention de la Cour constitutionnelle.

### **B. Sur le fonctionnement de l'Assemblée nationale**

La jurisprudence constitutionnelle a permis de mieux fixer le contenu de certaines dispositions relatives au fonctionnement de l'Assemblée nationale. Il s'agit, notamment de l'information donnée au Gouvernement de l'ordre du jour des travaux parlementaires, des obligations incombant à l'Assemblée nationale dans le cadre de ses sessions extraordinaires, l'autonomie financière dont elle bénéficie, des circonstances pouvant justifier le transfert de son siège, et même de ce qui relève de son pouvoir discrétionnaire.

Si la Constitution dispose que « l'Assemblée nationale informe le président de la République de l'ordre du jour de ses séances

---

30 Décision DCC 10-027 du 11 mars 2010.

31 Décision DCC 21-066 du 17 février 2021.

32 Décision DCC 18-031 du 08 février 2018.

et de celui de ses commissions »<sup>33</sup> et que « les membres du Gouvernement ont accès aux séances de l'Assemblée nationale »<sup>34</sup>, il a fallu l'intervention du juge constitutionnel pour préciser que « *l'information donnée au Gouvernement de l'ordre du jour des travaux de l'Assemblée nationale et la présence de celui-ci à ses débats, lorsqu'il le requiert, constituent une obligation constitutionnelle* »<sup>35</sup>.

Il rappelle également les obligations de l'institution parlementaire dans le cadre de ses sessions extraordinaires lorsqu'il dit qu'« *il résulte de la lecture combinée et croisée des dispositions [des articles 88 de la Constitution<sup>36</sup> et 86 du Règlement Intérieur de l'Assemblée Nationale<sup>37</sup>] que l'Assemblée Nationale réunie en session extraordinaire, non seulement ne peut débattre que des questions inscrites à l'ordre du jour pour lequel elle a été convoquée, mais encore est tenue d'en débattre* »<sup>38</sup>. Il ajoute que « *si suite à la présentation des rapports par les Commissions saisies, des questions préjudicielles peuvent à tout moment être présentées par les députés, et tendant soit à l'ajournement du débat jusqu'à la réalisation de certaines conditions, soit au renvoi de l'ensemble du texte devant*

---

33 Article 94 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

34 Article 95 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

35 Décision DCC 01-060 du 21 juillet 2001.

36 Aux termes des dispositions de l'article 88 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019, « L'Assemblée nationale est convoquée en session extraordinaire par son président, sur un ordre du jour déterminé, à la demande du président de la République ou à la majorité des députés. La durée d'une session extraordinaire ne peut excéder quinze jours. L'Assemblée nationale se sépare sitôt l'ordre du jour épuisé ».

37 L'article 86 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale dispose que : « 86.1 - Il est procédé à une discussion générale des propositions des commissions saisies. 86.2 - A tout moment, au cours de cette discussion générale et jusqu'à la clôture, il peut être présenté des questions préjudiciables tendant soit à l'ajournement du débat jusqu'à la réalisation de certaines conditions, soit au renvoi de l'ensemble du texte devant une commission saisie au fond. 86.3 - La discussion des questions préjudiciables est de droit. 86.4 - Est également de droit le renvoi à la commission initialement saisie au fond ».

38 Décision DCC 08-072 du 25 juillet 2008.



*une Commission saisie au fond, ces questions préjudicielles doivent nécessairement avoir un rapport avec les questions inscrites à l'ordre du jour de la session extraordinaire en cours »<sup>39</sup>.*

Toujours dans le cadre des sessions extraordinaires de l'Assemblée nationale, la Cour constitutionnelle a déclaré contraire à l'article 88 de la Constitution, le fait pour des députés d'avoir inscrit à l'ordre du jour d'une session extraordinaire la mise en conformité d'une loi, alors que le juge constitutionnel n'avait pas encore rendu sa décision de conformité de ladite loi à la Constitution. En effet, par requête du 30 août 2010, quarante-quatre (44) députés ont introduit pour compter du 07 septembre 2010, une demande de convocation de session extraordinaire comportant en son point 6, « Etude et adoption en deuxième lecture de la loi 2010-35 portant règles particulières pour l'élection du Président de la République ... » et en son point 8, « Mise en conformité éventuelle des lois... 2010-35 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale suite aux décisions de la Cour constitutionnelle ». La loi dont s'agit a fait l'objet de la Décision DCC 10-117 prise par la Cour constitutionnelle en sa session du 08 septembre 2010 et notifiée à l'Assemblée Nationale par lettre n°1153/CC/PT du 09 septembre 2010. Il s'ensuit qu'à la date du 30 août 2010, les députés ayant inscrit la mise en conformité éventuelle de ladite loi à l'ordre du jour de cette session extraordinaire, l'ont fait en fraude à l'article 88 précité de la Constitution, parce que, n'étant pas encore en possession de la décision de conformité de la Cour<sup>40</sup>.

Sous un autre registre, relatif aux finances de l'institution parlementaire, le juge constitutionnel a précisé que l'expression « autonomie financière » utilisée dans son Règlement intérieur « doit en réalité s'analyser comme une *autonomie de gestion de ses dépenses à partir d'un budget propre, préparé par elle, voté*

---

39 Idem.

40 Décision DCC 10-121 et DCC 10-122 du 16 octobre 2010.

*par sa plénière, dans le strict respect de l'équilibre économique et financier de la Nation, et ce, conformément à l'article 54 de la Constitution, avant d'être intégré dans le budget général de l'Etat », car « le budget de l'Assemblée Nationale, ne comportant aucun élément de ressources, ne saurait techniquement conférer à ladite Assemblée l'autonomie financière qui, en Droit des Finances Publiques, s'analyse comme la 'situation d'une collectivité ou d'un organisme disposant d'un pouvoir propre de gestion de ses recettes et de ses dépenses, regroupées en un budget ou dans un document équivalent' »<sup>41</sup>.*

*En effet, « l'autonomie financière prévue à l'article 141 [du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale] ne saurait se confondre avec un budget autonome entendu comme 'budget ou état de prévision distinct de la loi de finances de l'Etat qui englobe les dépenses et les recettes des services dotés de la personnalité morale, et donc juridiquement distincts de l'Etat' [...]. 'Pour être complète, l'autonomie financière suppose l'existence de ressources propres à la collectivité dont s'agit' [...]. Il s'ensuit que seuls les démembrements de l'Etat que sont les collectivités locales, et les organismes publics pouvant disposer de ressources propres en quantité suffisante pour exercer sans difficultés financières majeures les compétences qui leur sont dévolues bénéficient réellement de l'autonomie financière »<sup>42</sup>.*

La Haute juridiction constitutionnelle s'est même prononcée sur les circonstances pouvant justifier le transfert du siège de l'Assemblée nationale. Elle a en effet précisé que l'on ne saurait confondre le cas de force majeure pouvant nécessiter le transfert de la tenue des séances de l'Assemblée nationale de son lieu ordinaire et les circonstances

---

41 Décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010.

42 Idem.

exceptionnelles dont il est question à l'article 68<sup>43</sup> et en particulier l'article 101<sup>44</sup> de la Constitution, car ces dispositions ne posent pas la question du transfert du siège de l'Assemblée nationale<sup>45</sup>.

Dans le cadre de son fonctionnement, l'institution parlementaire n'est pas qu'astreinte aux obligations. Elle est aussi dotée de pouvoirs, et mêmes de pouvoirs discrétionnaires qui ne transparaissent pas expressément dans les textes qui la régissent. Il a fallu l'exercice d'un recours pour donner l'occasion à la Cour constitutionnelle de le souligner. En effet, Monsieur Victor PADONOU forme un recours contre l'Assemblée nationale pour violation de la Constitution en son article 81 et la loi subséquente n° 94-015 du 27 janvier 1995 définissant les règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale en ses articles 22 et 27. Il expose qu'un député de l'Assemblée nationale continue d'exercer une fonction incompatible avec sa fonction parlementaire et demande à la Haute juridiction d'enjoindre l'institution parlementaire à prononcer la démission d'office du député en question.

---

43 L'article 68 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019 dispose : « Lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacés de manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et constitutionnels est menacé ou interrompu, le président de la République, après consultation du président de l'Assemblée nationale et du président de la Cour constitutionnelle, prend en Conseil des ministres les mesures exceptionnelles exigées par les circonstances sans que les droits des citoyens garantis par la Constitution soient suspendus. Il en informe la Nation par un message. L'Assemblée nationale se réunit de plein droit en session extraordinaire ».

44 Aux termes des dispositions de l'article 101 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019 « La déclaration de guerre est autorisée par l'Assemblée nationale. Lorsque, à la suite de circonstances exceptionnelles, l'Assemblée nationale ne peut siéger utilement, la décision de déclaration de guerre est prise en Conseil des ministres par le président de la République qui en informe immédiatement la Nation. L'état de siège et l'état d'urgence sont décrétés en Conseil des ministres, après avis de l'Assemblée nationale. La prorogation de l'état de siège ou de l'état d'urgence au-delà de quinze jours ne peut être autorisée que par l'Assemblée nationale. Lorsque l'Assemblée nationale n'est pas appelée à se prononcer, aucun état de siège ou état d'urgence ne peut être décrété sans son autorisation, dans les soixante jours qui suivent la date de mise en vigueur d'un précédent état de siège ou d'urgence ».

45 Décision 3 DC du 02 juillet 1991.

La Cour constitutionnelle se déclare incompétente, au motif qu'elle « est appelée à se prononcer, d'une part sur les conditions d'éligibilité des candidats aux élections législatives, d'autre part sur les conditions dans lesquelles se sont déroulées les élections [...] Les incompatibilités ne pouvant s'apprécier qu'après l'entrée en fonction du député, il appartient à ce dernier de se démettre de ses fonctions incompatibles et, à défaut, à l'Assemblée nationale, sur requête de son Bureau, de prononcer la démission d'office de ce député »<sup>46</sup>. Elle ajoute qu'« il en découle que prononcer la démission d'office d'un député se trouvant dans un cas d'incompatibilité relève du pouvoir souverain et discrétionnaire de l'Assemblée nationale »<sup>47</sup>.

La jurisprudence constitutionnelle ne s'est pas limitée à l'organe législatif. Elle s'est également étendue aux fonctions parlementaires.

## **II. La contribution du juge constitutionnel à l'encadrement des fonctions parlementaires**

Pour accomplir efficacement leur mission, les parlementaires ont besoin de savoir avec précision l'étendue et les limites de leurs attributions et leurs pouvoirs, ainsi que leurs droits et leurs obligations. Le juge constitutionnel a contribué à apporter des précisions nécessaires à ces aspects des fonctions du Président de l'Assemblée nationale (A) et des députés (B).

### **A. Sur l'encadrement de la fonction du Président de l'Assemblée nationale**

Le juge constitutionnel a contribué à encadrer la fonction du Président de l'Assemblée nationale, notamment sur ses pouvoirs et certaines de ses obligations.

---

46 Décision DCC 07-157 du 29 novembre 2007.

47 Idem.

En ce qui concerne les pouvoirs du Président de l'Assemblée nationale, ils portent notamment sur la représentation de l'institution parlementaire, l'irrecevabilité de certains amendements aux lois, et la direction des débats au sein de l'hémicycle.

Le pouvoir de représentation découle des dispositions de l'article 82 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution, aux termes desquelles « l'Assemblée nationale est dirigée par un président assisté d'un Bureau ». S'il est possible de déduire de ces dispositions constitutionnelles que la direction de cette institution parlementaire par son Président confère à celui-ci le pouvoir de représentation, rien n'indique qu'il en a l'exclusivité.

C'est sans doute en raison de cette ambiguïté que Monsieur Bruno AMOUSSOU, Vice-Président de l'Assemblée nationale a formé un recours en inconstitutionnalité contre les ordonnances n<sup>os</sup> 94-001 et 94-002 du 16 septembre 1994 du Président de la République portant respectivement Loi de Finances pour la gestion de 1994 et Loi de Programme d'Investissement Publics pour la gestion 1994. Mais la Cour a déclaré son recours irrecevable aux motifs qu'« il résulte des dispositions [de l'article 82 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution] que seul le Président de l'Assemblée peut la représenter et qu'aucun autre membre du Bureau ne dispose de pouvoir propre à cet effet, à moins d'établir qu'il agit par délégation »<sup>48</sup> et que « la requête a été signée par Monsieur Bruno AMOUSSOU, Vice-président de l'Assemblée nationale, sans qu'il apparaisse et qu'il soit établi que celui-ci agissait pour le Président de cette institution qui, en tout état de cause, ne peut valablement introduire es-qualité le recours »<sup>49</sup>.

Bien que ce cas n'ait concerné que la représentation de l'Assemblée nationale devant la Cour constitutionnelle, il n'est pas exclu de l'étendre à toute autre situation nécessitant cette représentation

---

48 Décision DCC 95-031 du 1er septembre 1995.

49 Idem.

devant toutes autres institutions nationales ou internationales. Ainsi, n'est-il désormais plus possible pour les parlementaires de représenter l'institution parlementaire sans une délégation expresse de son président, celui étant le seul doté du pouvoir de représentation.

S'agissant du pouvoir de déclarer irrecevables certains amendements aux lois, le constituant dispose que « les propositions, projets et amendements qui ne sont pas du domaine de la loi sont irrecevables » et que « l'irrecevabilité est prononcée par le président de l'Assemblée nationale après délibération du Bureau »<sup>50</sup>. C'est sur le fondement de ces dispositions que le Président de la République a saisi la Cour constitutionnelle aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité de la loi n°94-010 du 28 juillet 1994 portant Loi de Finances pour la gestion 1994 et de la loi n°94-011 du 28 juillet 1994 portant Programmes d'Investissements Publics. Il allègue, entre autres, que les amendements relatifs à la revalorisation du point d'indice et à la réintégration de 438 agents occasionnels auraient dû avoir été déclarés d'office irrecevables par la Président de l'Assemblée nationale après délibération du Bureau.

Mais la Cour constitutionnelle précise que « l'article 104 alinéa 2 de la Constitution n'attribue pas compétence au Président de l'Assemblée nationale pour déclarer d'office l'irrecevabilité des amendements concernés. En cas de contestation sur l'irrecevabilité des amendements, il appartient, soit au Président de l'Assemblée nationale, soit au Gouvernement de saisir la Cour constitutionnelle »<sup>51</sup>.

Le pouvoir discrétionnaire du Président de l'Assemblée nationale a été affirmé par le juge constitutionnel à l'occasion l'examen de recours exercés contre le Président de l'Assemblée nationale pour violation de la décision DCC 17-262 rendue par la Cour

---

50 Article 104 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

51 Décision DCC 30-94 du 1er octobre 1994.

constitutionnelle le 12 décembre 2017. L'un des requérants expose, entre autres que dans la logique de la flagrance de la violation du règlement intérieur de l'Assemblée nationale, et sous prétexte qu'il a outragé les Institutions de la République, le Président de l'Assemblée nationale, en violation des pouvoirs de police que lui confère l'article 42 du règlement intérieur, a interrompu à plusieurs reprises le député Guy MITOKPE dans la lecture d'une déclaration pour le compte de son groupe avant de le suspendre carrément pour empêcher la lecture de ladite déclaration. Il conclut que le Président de l'Assemblée nationale a fait une gestion inique et partisane de la police des débats.

Mais la Cour constitutionnelle relève que « même si en démocratie, le Parlement est et demeure le lieu par excellence du débat démocratique, débat nécessairement contradictoire, parfois viril, mais toujours courtois, et bien que cette activité soit susceptible d'être régulée par la Cour, le Président de l'Assemblée nationale dispose d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la direction des débats au sein de l'hémicycle »<sup>52</sup>.

Au titre des obligations du Président de l'Assemblée nationale, il résulte des dispositions de l'article 94 de la Constitution qu'il est tenu d'informer le Gouvernement de l'ordre du jour des travaux de l'institution. Le juge constitutionnel précise qu'en cette matière, c'est la seule obligation qui incombe au Président de l'Assemblée nationale et qu' « aucun délai n'est imposé entre cette communication et la séance à laquelle les membres du gouvernement peuvent assister »<sup>53</sup>.

Il a également rappelé qu'il résulte de la lecture combinée et croisée des dispositions des articles 35 et 36 de la Constitution et de l'article 17.1-d du règlement intérieur de l'Assemblée nationale que « *le Président de l'Assemblée Nationale, a au sein de cette institution*

---

52 Décision DCC 18-075 du 15 mars 2018.

53 Décision DCC 31-94 du 1<sup>er</sup> octobre 1994.

*l'obligation constitutionnelle d'amener les députés à travailler dans un esprit conforme aux prescriptions des articles précités de la Constitution* »<sup>54</sup> et que tenant la police intérieure et extérieure de l'institution, il a aussi « *l'obligation de prendre les mesures nécessaires lorsque ces limites sont atteintes* »<sup>55</sup>.

Outre l'encadrement de la fonction du Président de l'Assemblée nationale, le juge constitutionnel est également intervenu dans l'encadrement de la fonction de député.

### **B. Sur l'encadrement de la fonction de député**

Le constituant a prescrit que « la loi fixe le nombre des membres de l'Assemblée nationale, les conditions d'éligibilité, le minimum de suffrage à recueillir par les listes de candidature au plan national pour être éligibles à l'attribution des sièges, le régime des incompatibilités et les conditions dans lesquelles il est pourvu aux sièges vacants »<sup>56</sup> et que « la Cour constitutionnelle statue souverainement sur la validité de l'élection des députés »<sup>57</sup>. De telles prescriptions donnent à penser que le juge constitutionnel jouerait un rôle négligeable dans l'encadrement de la fonction parlementaire, notamment celle de député. Mais la jurisprudence constitutionnelle révèle que la Haute juridiction s'est prononcée sur les conditions d'accès à la fonction parlementaire, le mandat des députés, les droits et les obligations qui leur incombent.

En ce qui concerne les conditions d'accès à la fonction parlementaire, certains agents de l'Etat sont astreints à une démission préalable à toute candidature aux élections législative. A ce sujet, le juge constitutionnel clarifie : « *Les seuls agents de l'Etat astreints à une démission préalable à toute candidature aux élections législatives*

---

54 Décision DCC 08-163 du 06 novembre 2008.

55 Idem.

56 Article 81 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

57 Idem.



*sont les membres des Forces Armées ou de Sécurité Publique [...] En étendant cette prescription à d'autres 'personnes exerçant au niveau de l'administration publique des fonctions de ministres, de directeurs ou de gestionnaires de projets d'Etat, de sociétés d'Etat, d'offices, d'entreprises publiques ou semi-publiques', la loi crée une condition supplémentaire relative à la candidature en matière d'élections législatives [...] Il n'appartient pas au législateur ordinaire d'apporter des rajouts aux conditions déjà fixées par la Constitution »<sup>58</sup>.*

Il convient de relever qu'une fois élu, les députés sont aussi soumis à un régime d'incompatibilité. Selon la Cour constitutionnelle, « *l'incompatibilité est l'état de deux situations juridiques dont la loi interdit la coexistence [...] L'incompatibilité de fonctions est une prohibition légale d'exercer une activité définie en considération d'un mandat électif ou d'une fonction publique [...] S'agissant du député, le régime des incompatibilités entre l'exercice des fonctions publiques non électives et le mandat de député [...] vise à assurer à travers l'indépendance du député, celle du parlement vis-à-vis des pouvoirs exécutif et judiciaire [...] Il est porté atteinte à cette indépendance lorsque, par ailleurs, la fonction exercée cumulativement avec le mandat de député est rémunérée ou place l'élu dans une situation hiérarchique vis-à-vis de l'un de ces pouvoirs [...] Il en résulte que l'exercice par un député d'une fonction publique qui ne revêt pas ce caractère rétribué ou subordonné n'entre pas dans le champ du régime des incompatibilités prescrites par le code électoral »<sup>59</sup>.*

Pour ce qui est du mandat des députés, l'article 80 de la Constitution dispose que « *les députés sont élus au suffrage universel direct. La durée du mandat est de cinq (05) ans renouvelables deux (02) fois. Chaque député est le représentant de la Nation toute entière et tout mandat impératif est nul* ».

---

58 Décisions DCC 05-069 du 27 juillet 2005 10 et DCC 10-117 du 08 septembre 2010.

59 Décision DCC 18-198 du 02 octobre 2018.

Si la durée et le nombre de mandat des députés aucune interprétation particulière, la notion de mandat impératif ont nécessité l'éclairage du juge constitutionnel. Celui-ci a en effet jugé que « *la participation des membres de l'Assemblée nationale élus dans les circonscriptions électorales du département [où ils sont élus] est une expression du mandat impératif* »<sup>60</sup>. Aussi, déclare-t-il que « le fait d'inscrire les noms des députés sur des bulletins afin de connaître la nature de leur vote pourrait s'apparenter à un mandat impératif, viole le principe du secret du vote, et partant est inconstitutionnel »<sup>61</sup>.

En termes de droits, le constituant en reconnaît un certain nombre aux députés, notamment le droit de proposition de loi. Mais le juge constitutionnel y a relevé certaines limites, notamment lorsque l'adoption des propositions et amendements de loi déposés par les députés aurait pour conséquence soit une diminution des ressources publiques, soit la création ou l'aggravation d'une charge publique. Ces propositions et amendements, aux termes des dispositions de l'article 107 de la Constitution, ne sont recevables, à moins qu'ils ne soient accompagnés d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes.

Selon la Haute juridiction constitutionnelle, « l'article 107 de la Constitution donne une large compétence aux députés pour amender les propositions contenues dans le projet de budget. Ils peuvent créer ou aggraver les charges publiques à conditions toutefois qu'ils proposent une augmentation de recettes ou des économies équivalentes. Par économies équivalentes il faut entendre les crédits dégagés qui, à eux seuls, suffisent à compenser des charges publiques sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création de recettes nouvelles. Ainsi, en procédant comme ils l'ont fait, c'est-à-dire en créant ou en aggravant des charges publiques et en les accompagnant d'une proposition d'économies équivalentes, les députés ont fait

---

60 Décision DCC 98-026 du 13 mars 1998.

61 Décision 3 DC du 02 juillet 1991.

une application correcte de l'article 107 de la Constitution et se sont également conformés au principe de l'équilibre budgétaire prescrit par l'article 110 de la Constitution »<sup>62</sup>.

Elle ajoute que « loin de dénier à la Représentation nationale son droit de légiférer en la matière, le constituant a simplement entendu limiter les initiatives du législateur ayant une incidence directe sur l'équilibre budgétaire [...] La proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes doit émaner du député ayant proposé la loi et non du Gouvernement, laquelle *proposition doit être concomitante à la proposition de loi* »<sup>63</sup>.

Les députés jouissent, par ailleurs, d'une certaine immunité qui est, selon la Cour constitutionnelle, « générale et absolue pour les opinions et les votes qu'il a émis à l'occasion de ses fonctions. Le député ne peut donc en aucun cas être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé pour ces opinions et votes. En revanche, et en application des alinéas 2 et 3 de l'article 90, le député ne bénéficie que d'une immunité relative, limitée aux arrestations et poursuites, s'il doit être poursuivi ou arrêté pour des motifs autres que les opinions et votes émis à l'occasion de ses fonctions et hors les cas de flagrance, et qui requiert l'autorisation de l'Assemblée nationale pendant la durée des sessions ou celle de son bureau lorsqu'elle est hors session. L'autorisation de l'assemblée nationale n'intervient donc pour la levée de l'immunité que pour une arrestation ou une poursuite »<sup>64</sup>.

---

62 Décision DCC 30-94 du 1er octobre 1994.

63 Décisions DCC 07-083 du 06 août 2007 et DCC 10-117 du 08 septembre 2010.

64 Décision DCC 19-316 du 05 septembre 2019.

Dans ce cadre la Haute juridiction constitutionnelle précise que « *la convocation adressée à [un député] d'avoir à se présenter à [...] la Police judiciaire pour être écouté dans [un] dossier [...] s'inscrit dans le cadre d'une enquête préliminaire et ne peut être assimilée à une poursuite judiciaire* »<sup>65</sup>.

## CONCLUSION

L'Assemblée nationale du Bénin a fait l'objet d'une abondante jurisprudence qui n'a fait litière d'aucun aspect essentiel de ses attributions, son fonctionnement et les fonctions de ses membres. Il revient donc aux parlementaires, pour accomplir convenablement la mission de représentation nationale, de s'approprier les décisions de la Cour constitutionnelle relatives à leur institution.

---

65 Décision DCC 18-088 du 05 avril 2018.



## L'EXERCICE DU MANDAT DU DÉPUTÉ BÉNINOIS

**Vigny Landry AMOUSSOU**

*Docteur en droit public,*

*Assistant au département de droit,*

*Université Péléforo Gon Coulibaly (Korhogo, Côte d'Ivoire).*

L'article 80 de Constitution béninoise du 11 décembre 1990<sup>1</sup> dispose en des termes suffisamment précis que « *les députés sont élus au suffrage universel direct. La durée du mandat est de cinq ans renouvelables deux fois. Chaque député est le représentant de la Nation tout entière et tout mandat impératif est nul* ». Plus précisément, et en s'inspirant largement des *Etats généraux*, la députation n'est pas comme on pourrait le croire, une invention de la révolution française de 1789<sup>2</sup>. Bien au contraire, elle est directement liée à l'expérience d'une « *véritable structure représentative* »<sup>3</sup> et ce depuis, l'Ancien Régime où les élus des trois ordres (le clergé, la noblesse et le tiers) ont représenté l'ensemble du royaume, permettant ainsi au Roi de donner une apparente légitimité à ses décisions<sup>4</sup>. Sous l'Ancien Régime toujours, « *les députés aux États généraux étaient les mandataires de leurs électeurs (...) Ceux-ci se faisaient représenter par des députés de leur choix, auxquels ils donnaient des mandats et des instructions, comme les commettants avaient coutume, en droit civil, d'en donner*

---

1 Modifiée par la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019.

2 Son origine remonte aux premières manifestations des États généraux au XIV<sup>e</sup> siècle.

3 **ESTÈVE (A.)**, *Le député français*, thèse pour le doctorat en droit public, Faculté de Droit & des Sciences Économiques, Université de Limoges, 27 septembre 2018, p. 17.

4 Sur ce point, voir notam. **RIGAUDIÈRE (A.)**, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale*. Tome 2 : Des temps féodaux aux temps de l'État, Armand Colin, coll. « U : Histoire », 3<sup>e</sup> éd., 2008, pp. 177-187 ; **SAINTBONNET (F.)**, **SASSIER (Y.)**, *Histoire des institutions avant 1789*, LGDJ, coll. « Domat droit public », 5<sup>e</sup> éd., 2015, pp. 335-338.

à leurs fondés de pouvoirs »<sup>5</sup>. Quant vint le temps de la révolution, le mandat impératif laissa place au mandat représentatif dans lequel le député va désormais représenter la Nation tout entière et non plus ses électeurs ou sa circonscription. La révolution a ainsi préparé la voie d'une « *métamorphose complète* »<sup>6</sup> de la théorie de la représentation enjoignant les députés à se déterminer librement dans l'exercice de leur mandat.

Force est de remarquer qu'au-delà des justifications tendant à inscrire le député béninois dans la lignée de la théorie classique du mandat représentatif accordé par la Nation<sup>7</sup>, celui-ci est vite dépassée par l'omniprésence de l'institution présidentielle en Afrique qui est aux antipodes du régime présidentiel américain dont elle se réclame officiellement. En vérité, c'est le Chef de l'Etat, et lui seul qui détermine et facilite les réformes visant l'aménagement du pouvoir de l'Etat. De ce point de vue, la constitution en Afrique francophone ne saurait être analysée dans le cadre « *des techniques de limitation des gouvernants* »<sup>8</sup> mais apparaît surtout comme un instrument du pouvoir<sup>9</sup>.

Il n'est donc pas surprenant, qu'un peu partout, la doctrine soit unanime sur le fait que le « *régime présidentiel à l'état pur n'existe que dans son pays d'origine, les États-Unis* »<sup>10</sup>. Nous sommes portés à admettre la pertinence de cette analyse en référence à l'articulation des pouvoirs dans les pays d'Afrique francophone qui se fait quasi exclusivement à l'avantage du Chef de l'Etat<sup>11</sup>.

---

5 **DANDURAND (P.)**, *Le mandat impératif*, Thèse, Bordeaux, Impr. du midi Paul Cassagnol, 1896, pp. 4-5.

6 **PRÉLOT (M.)**, *Droit parlementaire français*, Les cours de droit IEP Paris 1957-1958, Fasc. III, p. 9  
7 Lire notam. **BASTID (P.)**, *Sieyès et sa pensée*, PUF, 1970.

8 **FAURE (Y.)**, «Les constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique Noire», *Politique Africaine*, janvier 1981, p. 36.

9 **GONIDEC (P.-F.)**, *Les systèmes politiques africains*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, tome II, 1974, p. 80.

10 **LINZ (J.-J.)**, « Political Regimes and the Quest for Knowledge », in **MUNCK (G.)**, **SNYDER (R.)**, *Passion, Craft and Method in comparative Politics*, Baltimore, The John Hopkins University Press, 2006.

11 **MANANGOU (V.R.)**, « Le néo-présidentialisme africain : entre paternalisme et superposition », *op. cit.*, p. 29.

Partant, le déséquilibre contextuel des pouvoirs en Afrique<sup>12</sup> est pour la grande majorité de la population, une garantie de stabilité politique et de croissance économique<sup>13</sup>. Il suffit pour s'en convaincre, de regarder la très forte implantation du « présidentielisme » sur le continent africain qui semble unanimement consacré un régime politique dans lequel le Président de la République va non seulement « *imposer ses choix politiques, économiques et sociaux aux assemblées* »<sup>14</sup> mais aussi capter par le prestige de sa fonction, l'essentiel du débat constituant<sup>15</sup>. C'est notamment le cas du Bénin où après deux tentatives infructueuses au cours des deux premières années de son mandat à la tête du pays, M. Patrice TALON a réussi à intégrer des réformes majeures dans la constitution du 11 novembre 1990<sup>16</sup>.

Il faut l'avouer, la plupart des dirigeants africains ont toujours gouverné avec une majorité confortable au parlement, à telle enseigne que, à l'heure actuelle, la perspective d'une assemblée nationale totalement hostile à un projet de loi peut sembler lointaine ou utopique. Le lien de subordination du parlement vis-à-vis du chef de l'Etat s'écarte donc considérablement des dispositions normales du régime présidentiel dans lequel la séparation rigide des pouvoirs interdit, en principe, toute collaboration entre le président investi du pouvoir exécutif et le Congrès investi du pouvoir législatif<sup>17</sup>.

---

12 FOKOU (E.), « De l'idéal démocratique de l'équilibre à la réalité politique du déséquilibre des pouvoirs », *Les Annales de droit*, n° 14, 2020, pp. 37-68.

13 AHADZI (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique*, Vol. 1, 2002, p. 75.

14 GICQUEL (J.E), Préface de la thèse de Céline VINTZEL, *Les armes du gouvernement dans la procédure législative. Étude comparée : Allemagne, France, Italie, Royaume-Uni*, Dalloz, 2011.

15 HOURQUEBIE (F.), « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat africain ? », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 73

16 Au cœur de la révision constitutionnelle du 1er novembre 2019, on retrouve le nouveau cadre institutionnel promu de façon constante par le Président TALON en l'occurrence : la création d'un poste de vice-président (art. 43 nouveau), la limitation du nombre de mandats des députés (art. 80 nouveau) et la limitation des mandats présidentiels à deux (art. 42 nouveau). A cela, on peut ajouter le cas du Burkina Faso, où le Président en exercice, M. Roch KABORE a promis une nouvelle constitution qui contiendrait des changements profonds et durables comme : la limitation de l'exercice de la présidence du Faso à deux mandats de cinq ans, qu'ils soient successifs ou non ; Une meilleure séparation et un rééquilibrage des pouvoirs ; l'abrogation de la peine de mort ; l'inscription de certains droits humains essentiels.

17 HAURIOU (M.), *Éléments de droit constitutionnel*, 2e édition, 1929, Paris, pp. 198-199.



Au regard de cette réalité, nous pouvons nous poser la question suivante : comment s'articule la fonction du député béninois dans la configuration institutionnelle du régime présidentiel africain ? En dépit du contexte politique dans lequel il évolue c'est-à-dire, consubstantiel au régime présidentiel en Afrique, l'exercice de la fonction de député a peu évolué avec le temps. Il est le législateur par excellence (I) auquel s'ajoute désormais une fonction de contrôle de l'action gouvernementale (II).

## I- LE DÉPUTÉ LÉGISLATEUR

Aux termes de l'article 79 de la Constitution du 11 décembre 1990, il est écrit que « *Le parlement est constitué par une assemblée unique (...) dont les membres portent le titre de député. Il exerce le pouvoir législatif...* ». Partant, c'est au député que revient l'insigne honneur de faire les lois, de légiférer (A). Pourtant, on remarque que l'exécutif fort, prôné par De Gaulle, sous la Vème République<sup>18</sup>, s'aligne parfaitement avec le contexte africain francophone dominé par l'hégémonie bureaucratique, politique et partisane du chef de l'Etat. Celle-ci tend d'ailleurs à s'affirmer de plus en plus au fil des années non sans conséquences sur l'équilibre des pouvoirs entre les institutions (B).

### A- L'EXERCICE DU POUVOIR LÉGISLATIF PAR LE PARLEMENT

Bien qu'élu dans le cadre d'une circonscription, chaque député, « *compte tenu de la mission de vote de la loi et de contrôle de l'action du Gouvernement dévolue à l'Assemblée nationale, représente la Nation tout entière et exerce à ce titre un mandat*

---

18 MAUS (D.), FAVOREU (L.), PARODI (J.-L.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p.8 et s.

*national* »<sup>19</sup>. A ce titre, le député détient des compétences diverses : il vote la loi (art. 96) ; il peut déposer des propositions de loi (art. 97) ; en commission, puis en séance publique, il peut proposer, par amendement, des modifications au texte examiné (art. 103) et prendre la parole (art. 84). On notera également avec intérêt que la révision de la Constitution du 11 décembre 1990 « *n'est acquise qu'après avoir été approuvée par référendum, sauf si le projet ou la proposition en cause a été approuvé à la majorité des quatre cinquième des membres composant l'Assemblée nationale* ». Ce n'est donc pas un hasard Les chefs d'Etat africains ont très vite compris que les élections présidentielles couplées aux législatives pouvaient conduire, si elles n'étaient pas suffisamment maîtrisées, à un effritement progressif de « *la prééminence présidentielle* »<sup>20</sup>.

Ainsi, le principe qui prévaut est le décalage dans le temps des élections présidentielles et législatives. Certes, des raisons pratiques<sup>21</sup> peuvent justifier le choix de tenir les élections à des moments très différents mais à la vérité, il y a des motivations politiques à cela, particulièrement dans les démocraties embryonnaires<sup>22</sup>. D'où l'échelonnement des élections présidentielles et législatives qui servent surtout à favoriser la cohérence du gouvernement ou à donner un avantage au parti du président.

En effet, en sa qualité de chef de l'Etat, il dispose « *des moyens, budgets et administrations nécessaires* »<sup>23</sup> pour assoir sa domination politique,

---

19 **VIE PUBLIQUE**, *fiche thématique : Qu'est-ce qu'un député ?* Direction de l'information légale et administrative (DILA), République française. Mis en ligne le 10 janvier 2022 URL : <https://www.vie-publique.fr/fiches/19505-quest-ce-quun-depute-quel-est-le-role-dun-depute> (consulté le 29-06-2022)

20 **HOURQUEBIE (F.)**, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat africain ? », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012, p. 74.

21 Par exemple, en Inde, les élections de la chambre basse – le Lok Sabha – se tiennent pendant quatre jours répartis sur plusieurs semaines de façon à permettre le redéploiement des forces de sécurité pour couvrir tous les lieux de vote.

22 **RESEAU DU SAVOIR ELECTORAL (ACE)**, « Systèmes électoraux », *Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale*, mis en ligne en 2006, URL : <https://aceproject.org/ace-fr/topics/es/default> (consulté le 13-11-2021)

23 **SÄGESSER (C.)** « Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs », *Dossiers du CRISP*, vol. 87, no. 2, 2016, p. 9.

en obtenant une fraction toujours plus grande de militants et de sympathisants par l'entremise des engagements tenus lors de la campagne présidentielle (l'accès à l'eau potable, la réhabilitation des routes, la gratuité de l'école élémentaire, etc.) ou par la nomination stratégique d'alliés politiques à de hautes fonctions qui, en retour devront accroître sa légitimité dans leur régions respectives par le biais d'activités récréatives et socioculturelles. C'est dans cette période propice, quelques mois seulement après les élections présidentielles, que vont se dérouler les élections législatives ou bon nombre de ministres, de directeurs d'entreprises publiques, bref, d'alliés politiques du chef de l'Etat vont se muer en députés de la Nation. C'est précisément le scénario dont s'est accoutumé le paysage politique ivoirien dans lequel la majorité parlementaire n'est consolidée que par le soutien politique et financier nécessaire du Président de la République<sup>24</sup>. Ainsi, tous ces exemples présument une relation complètement décomplexée de dépendance des parlementaires vis-à-vis de l'exécutif.

Pour toutes ces raisons, les députés remplissent le plus souvent « *le rôle assigné au chœur dans les pièces antiques. Ils applaudissent et s'ébaudissent des projets de l'Exécutif, à défaut de les susciter ou de les discuter. Ravalés au rang de techniciens, ils mettent en œuvre la procédure législative et budgétaire, abandonnant le pouvoir qu'elle inclut au Président. Le service de celui-ci accapare l'attention des élus et résume leur ambition* »<sup>25</sup>. Au demeurant, on pourrait résumer la fonction du parlement, justement parce qu'il qui prend toujours fait et cause des desiderata du Chef de l'Etat<sup>26</sup>, de « *caisse de*

---

24 On pourrait également citer l'exemple de l'élection du Président Macky Sall au Sénégal en 2012 qui a été suivi le 1er juillet de la même année par la victoire de la coalition présidentielle aux élections législatives. Pour de nombreux observateurs, cette coalition n'aurait jamais pu accéder à de telles responsabilités et opportunités sans la dynamique de l'élection présidentielle.

25 GICQUEL (J.), « Le présidentielisme négro-africain : l'exemple camerounais », in Mélanges offerts à BURDEAU (G.), *Le Pouvoir*, L.G.D.J., Paris, 1997, p. 721.

26 Ceci est particulièrement visible lorsque le parti dominant ou au pouvoir a la majorité au parlement.

*résonnance des volontés du Président de la République* »<sup>27</sup>, ou de « *simple élément du décor politique* »<sup>28</sup>. D'ailleurs, il n'est pas exagéré d'admettre que le parlement se comporte comme le « *prolongement institutionnel de l'exécutif* »<sup>29</sup>, et de ce fait, n'a aucune raison de s'opposer aux réformes juridiques majeures prévues et souhaitées par le chef de l'Etat.

## **B- L'ÉFFRITEMENT PROGRESSIF DU POUVOIR LÉGISLATIF PAR LE POUVOIR EXÉCUTIF**

Le parlement est la principale institution du pouvoir législatif et, à ce titre, il joue un rôle important dans l'élaboration et l'adoption de la loi. Sur ce point d'ailleurs, il est important de souligner la différence constitutionnelle fondamentale des pouvoirs du parlement dans le régime présidentiel américain et dans le régime semi-présidentiel français dont l'esprit général a inspiré ses anciennes colonies africaines. Aux Etats-Unis, le pouvoir du président est comme l'ont noté les politologues « *fortement limité par ceux du Congrès et du Sénat : il ne peut prendre aucune décision en matière notamment de régulation de commerce, de fiscalité, de recrutement des armées, sans l'aval du parlement (...) si bien qu'on a assisté à plusieurs épisodes de cohabitation à l'américaine (quand le président et la majorité parlementaire ne sont pas du même bord), se traduisant par une paralysie de l'exécutif bien plus grande que dans la V<sup>e</sup> République* »<sup>30</sup>. Alors qu'en France, De Gaulle, l'un des principaux rédacteurs de la Constitution de la V<sup>ème</sup> République avait souhaité un pouvoir exécutif fort capable de garantir une stabilité politique<sup>31</sup>

---

27 NGUELE ABADA (M.), « La réforme du règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Cameroun », *R.A.S.J.*, n° 1, vol. 1, 2003, p. 102.

28 *Ibid.*, p. 102.

29 MAMBO (P.), « l'autonomie institutionnelle du parlement en Afrique », in KAKAI (H.F), SOHOUENOU (E.), Ollivier (M.), *Le parlement en Afrique : Actes du colloque international organisé au Bénin du 23 au 26 septembre 2019*, Paris, l'Harmattan, avril 2021, p. 273.

30 ANDREANI (T.), « Changer la Constitution, ou de Constitution ? », *Nouvelles FondationS*, vol. 5, no. 1, 2007, p. 36.

31 MAUS (D.), FAVOREU (L.), PARODI (J.-L.), *L'écriture de la Constitution de 1958*, Economica, 1992, p.8 et s.

ce qui n'était pas le cas auparavant avec la Constitution de la IV<sup>ème</sup> République<sup>32</sup>. Autrement dit, si l'on se réfère qu'aux énoncées, on remarque l'exécutif fort, prôné par De Gaulle, sous la V<sup>ème</sup> République, s'aligne parfaitement avec le contexte africain francophone dominé par l'hégémonie bureaucratique, politique et partisane du chef de l'Etat<sup>33</sup>.

Celle-ci tend d'ailleurs à s'affirmer de plus en plus au fil des années non sans conséquences sur l'équilibre des pouvoirs entre les institutions<sup>34</sup>. Il faut l'avouer, le point focal du processus de domestication du parlement a été la mise en place de mécanismes efficaces qui concurrencent fortement son pouvoir législatif<sup>35</sup> comme c'est le cas dans la pratique actuelle du règlement qui est émis par le Président de la République (art. 54) auxquelles les lois constitutionnelles ont conféré un pouvoir de prendre unilatéralement (c'est-à-dire sans l'accord des destinataires) des actes exécutoires comportant « *des normes à portée générales et impersonnelles* »<sup>36</sup>. Placée principalement sur le terrain du droit, on peut en déduire que le règlement à force de loi, c'est-à-dire qu'il produit les mêmes effets qu'une loi à la seule différence que la loi est un acte voté seulement par le parlement. Mais là encore, le gouvernement peut, à sa demande, être autorisé par le parlement à prendre des mesures

---

32 La IV<sup>ème</sup> République avait en effet été créée sur la base d'un Parlement puissant, qui nommait le Président de la République (article 29 de la Constitution de 1946). Mais cette République a également connu l'instabilité - *24 gouvernements de 1947 à 1958, de durée très inégale (1 jour à 16 mois)* - en raison du multipartisme qui avait pour conséquence l'incapacité à trouver des majorités et donc la crainte des gouvernements d'une dissolution qui les amenait à démissionner dès qu'ils étaient mis en minorité à la majorité simple.

33 **HOURQUEBIE (F.)**, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat africain ? », *op. cit.*, p. 78.

34 **DANGLA (B.), GUILHAUMAUD (J.)** « Comment le rôle du Parlement s'est-il affaibli », *Paysans & société*, vol. 377, no. 5, 2019, pp. 38-41.

35 Sur ce point, se référer notam. à **VERPEAUX (M.)**, *La naissance du pouvoir réglementaire. 1789-1799*. Presses Universitaires de France, 1991 ; Ainsi la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 opère une distinction entre le domaine de la loi prévu à l'article 67 et le domaine réglementaire posé à l'article 76 ; la constitution de la République Démocratique du Congo (RDC) dans le même sens, opère une distinction similaire au travers des articles 122 et 123 (domaine de la loi) avec l'article 129 (domaine réglementaire).

36 **SALAMI (D.I.)**, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition refondu et enrichie, Cotonou, CeDAT, 2021, p. 47.

dans les matières relevant normalement de son domaine<sup>37</sup>. Ces mesures appelées « ordonnances » existaient déjà sous les IIIe et IVe Républiques sous le nom respectivement de décret-loi ou de loi-cadre<sup>38</sup> et participent aussi aux efforts conduits pour surmonter les barrières juridiques posées par la tradition rousseauiste qui voudrait que le pouvoir législatif soit « *le seul pouvoir public à qualité pour édicter des règles générales et obligatoires pour les citoyens* »<sup>39</sup>.

Par ailleurs, un certain nombre d'indices ont mis en exergue la prépondérance accordée aux projets de loi sur les propositions de loi<sup>40</sup> à telle enseigne que dans la majorité des Etats d'Afrique francophone, à l'instar du Bénin, on ne saurait contester qu'il existe, à ce jour, une assez large zone de flou entre le principal responsable du pouvoir exécutif et les parlementaires. D'autant plus qu'en raison de cet amalgame d'intentions, toutes les lois<sup>41</sup> et réglementations sont décidées depuis le sommet<sup>42</sup>. Dans ce contexte, « *l'élection du Président de la République et l'existence de prérogative qui lui sont*

---

37 v. par ex. L'article 75 de la Constitution ivoirienne qui dispose que : « Le Président de la République peut, pour l'exécution de son programme, demander à l'Assemblée nationale l'autorisation de prendre par ordonnance pendant un délai limité, des mesures qui sont prises en Conseil des ministres après avis éventuel du Conseil constitutionnel. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais, deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant l'Assemblée nationale avant la date fixée par la loi d'habilitation ».

38 **VIE PUBLIQUE**, *fiche thématique : Qu'est-ce qu'une ordonnance ?* Direction de l'information légale et administrative (DILA), République française. Mis en ligne le 4 novembre 2021 juin. URL : <https://www.vie-publique.fr/fiches/20262-quest-ce-quune-ordonnance> (consulté le 23-11-2021)

39 **GICQUEL (J.), GICQUEL (J.-E.)**, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 26<sup>ème</sup> édition, Paris, Montchrestien, 2012, p. 698.

40 Aux termes de l'article 39 de la Constitution française de 1958, l'initiative législative appartient concurremment au Premier ministre et aux parlementaires. On appelle donc « projets de loi » les textes déposés au nom du gouvernement, devant l'une ou l'autre des Assemblées, par le Premier ministre. On dénomme, au contraire, « propositions de loi » les textes qui proviennent d'une initiative parlementaire. Evidemment, une grande majorité des Etats d'Afrique d'obédience francophone ont repris cette idée.

41 Nous entendons par « toutes les lois », celles qui correspondent soit à un domaine particulier d'intervention, soit à une procédure particulière d'adoption : les lois constitutionnelles, référendaires et organiques dont l'adoption requiert un formalisme particulier, suivant une procédure législative spécifique et d'autre part, les lois ordinaires intervenant dans les domaines de la loi définis par la constitution et adoptées à l'issue de la navette parlementaire.

42 **WAHL (N.)**, « Introduction », in **WAHL (N.), QUERMONNE (J.-L.)**, (dir.), *La France présidentielle*, Paris, Presse Sciences Po, 1995, p. 15.

*propres contribuent à assurer la domination présidentielle sur l'institution législative (...) il s'agit presque d'une revanche sur l'histoire, puisque dans les années 1990 coïncidaient avec l'émergence d'une architecture des pouvoirs à l'avantage du parlement* »<sup>43</sup>. Cette représentation des choses a pour but de donner un aperçu très général du contexte entourant le contrôle de l'action du gouvernement par le parlement.

## II- LE DÉPUTÉ CONTRÔLEUR

Le contrôle de l'action du gouvernement est prévu par l'article 79 de la Constitution du 11 décembre 1990. Quant aux modalités concrètes de ce contrôle, il existe sous deux (2) formes : l'une jugée peu convaincante en raison des relations privilégiées et fusionnelles entre l'Assemblée nationale et l'exécutif (A) et une autre plus efficace, qui se traduit par l'ouverture de la saisine de la Cour constitutionnel aux parlementaires (B).

### A- LES OUTILS PEU CONVAINCANTS DU CONTRÔLE PARLEMENTAIRE

Parmi les outils de contrôle de l'action du gouvernement par le parlement, on retrouve les auditions et les missions d'informations des commissions. En règle générale, ce contrôle se fait à en séance publique ou au sein des organes parlementaires qui jouent un rôle essentiel dans la préparation des échanges dans l'hémicycle. Il s'agit bien en effet, pour les députés qui ont invité des personnes qui leurs sont étrangères, « *d'entendre leur point de vue, de les interroger, éventuellement de susciter une instruction contradictoire afin de recueillir les informations destinées à juger en connaissance de cause la matière qu'elle étudie* »<sup>44</sup>. On en veut pour preuve, l'appel des députés aux membres du gouvernement du Président béninois,

---

43 MANANGOU (V.R.), « Le néo-présidentialisme africain : entre paternalisme et superposition », *op. cit.*, p. 38.

44 DRION (F.), « La procédure des auditions dans les commissions parlementaires des pays du Benelux », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 794-795, no. 9-10, 1978, p. 1.

Patrice TALON, qui ont eu a échangé avec les parlementaires sur des questions relatives au retard observé dans la construction de la route Djougou-Dassa, du non achèvement de la route Pahou-Tori, du retard observé dans la réalisation d'infrastructures marchandes, des prestations du Centre National d'Essai et de Recherches des Travaux Publics (Cnertp) et de la question orale relative aux défalcatons opérées en juin 2020 par le réseau MTN sur les comptes Mobiles Money de certains de ses abonnés<sup>45</sup>.

A la fin de ces auditions, des rapports d'information peuvent des propositions concrètes, qui peuvent être reprises dans des projets ou propositions de lois. Ils peuvent également « *donner lieu à un débat sans vote ou à une séance de questions lors de la semaine de contrôle. Dans ce cadre, le gouvernement répond aux remarques, observations ou critiques des députés et prend position sur les propositions* »<sup>46</sup>. On le pressent, dans le contexte politique béninois, ces auditions semblent revêtir incontestablement un caractère folklorique eu égard aux éléments précités de « *domestication du parlement par l'exécutif* »<sup>47</sup>. Il n'est pas alors exagéré d'affirmer que la saisine parlementaire de la Cour constitutionnel reste le moyen efficace d'action politique des députés contre le gouvernement et sa majorité.

## **B- L'EFFICACITÉ DE LA SAISINE PARLEMENTAIRE DU JUGE CONSTITUTIONNEL**

Le consensus autour de l'autorité du chef de l'Etat ne souffre d'aucune contestation sérieuse<sup>48</sup>. Ce principe vaut également à l'égard du juge

---

45 **FINOGBE (J.)**, « Bénin – Parlement : Le gouvernement Talon à la barre », *Hémicycles d'Afrique*, publié le 23 juin 2021. URL : <https://hemicyclesdafrique.com/benin-parlement-le-gouvernement-talon-a-la-barre-2/> (consulté le 29-06-2022)

46 **VIKTOROVITCH (C.)** « Les commissions parlementaires à l'Assemblée nationale et au Sénat : un havre de paix ? », *Revue d'histoire politique*, n° 14, 2010, p. 95.

47 **LASCOMBE (M.)** *Droit constitutionnel de la Ve République*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 5e éd., 1997, p. 83

48 **HOURQUEBIE (F.)**, « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat africain ? », *op. cit.*, p. 82.



constitutionnel dont la nomination est politique<sup>49</sup> et constitue le plus grand facteur contribuant à altérer « son indépendance et sa partialité, essentielles à la légitimité de sa jurisprudence »<sup>50</sup>. Pour rappel au Sénégal, les cinq membres du Conseil constitutionnel sont nommés par le Président de la République et, au Bénin quatre sont nommés par le Bureau de l'Assemblée nationale et trois, par le Président de la République. Or, on sait très bien que « *parmi les caractéristiques générales reconnues au pouvoir judiciaire, la première est évidemment l'indépendance* »<sup>51</sup>. Or, le maintien de cette « indépendance » ne suscite pas toujours une adhésion enthousiaste, bien au contraire, les gouvernants s'arrangent toujours pour faire nommer des amis de longues dates ou des personnes cooptées, qui en retour, sont enclins à une obligation de gratitude.

Mais aussi invraisemblable que cela puisse paraître, certaines juridictions constitutionnelles<sup>52</sup> vont s'affranchir des contraintes liées à cette dépendance vis à vis du pouvoir exécutif<sup>53</sup> en se positionnant non pas au service du politique mais au service du juridique et déterminées à sauvegarder les acquis démocratiques. Sur ce point particulier, l'audace de la cour constitutionnelle du Bénin n'est plus à démontrer. La preuve, en référence à l'article 121 de la Constitution qui dispose que la « ***Cour constitutionnelle, à la demande du président de la République ou tout membre de l'Assemblée nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation*** », les députés béninois ne se privent pas d'utiliser cet atout pour rappeler à l'ordre le gouvernement et les exemples ne

---

49 Nommés généralement par le Président de la République et les présidents des assemblées parlementaires. Cf. HOUNAKE (K.), *Les juridictions constitutionnelles dans les démocraties émergentes de l'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Gabon, du Niger, du Sénégal et du Togo*, Thèse de doctorat de l'Université de Lomé, 6 avril 2012, p. 363.

50 BOURGI (A.), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 52, no. 4, 2002, p. 732.

51 CABANIS (A.), LOUIS MARTIN (M.), *Les constitutions d'Afrique francophone*, Karthala, 1999, p. 153.

52 BOUBOUTT (A.S.O.), « Les juridictions constitutionnelles en Afrique - Évolutions et enjeux », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n°13, 1997, pp. 31-45.

53 v. TAMBEDOU (M.), « De l'indépendance du pouvoir judiciaire au Sénégal », *Revue juridique et politique des états francophones*, n° 62, 2008, pp. 271-314.

manquent pas pour illustrer cet état de fait<sup>54</sup> : **Décision DCC 13-071 du 11 juillet 2013** dans laquelle la Cour a jugé contraires à la Constitution les propos tenus par le chef de l'État à l'occasion de l'entretien télévisé dénommé « Boni YAYI à cœur ouvert » diffusé le 2 août 2012 sur les chaînes de télévision ; **DCC 14-156 du 19 août 2014** à propos des propos favorables à un troisième mandat pour le président de la République, dans une émission télévisée. La Cour la Cour a jugé que Fatoumata Djibril Amadou, ministre de l'Agriculture a violé la Constitution en tenant de telles affirmations ; **Décision DCC 10-144 du 14 décembre 2010** par laquelle Monsieur Raphaël AKOTEGNON, député, a formé un recours en inconstitutionnalité le projet de loi de finances (exercice 2011) et le décret de transmission dudit projet à l'Assemblée nationale. Pour la Cour le gouvernement à méconnu le règlement intérieur de l'Assemblée nationale et par ailleurs, le budget de l'Assemblée nationale voté le 23 septembre 2010 est contraire à la Constitution.

Pour de nombreux auteurs, c'est la preuve que le juge constitutionnel africain peut être un rempart très solide contre de tels abus<sup>55</sup>.

---

54 v. entre autres, **FALL (A.B.)**, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », *Mélanges en honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE, La constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ?*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 717-728 ; **ATANGANA-AMOUGOU (J.-L.)**, « La Cour constitutionnelle du Bénin comme modèle de justice constitutionnelle en Afrique ? », *Mélanges en honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE, op. cit.*, pp. 647-660 ; **HOLO (T.)** « Émergence de la justice constitutionnelle au Bénin », *Pouvoirs* n° 129, 2009, pp. 101-113.

55 Sur ce point, voir notamment : **SY (P.M.)**, *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de Doctorat d'État en Droit Public, Université de Dakar, 1998, 414 p. ; **ABDOURAHMANE (I.)**, *Les Cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique*, Thèse de Droit Public, Université Bordeaux IV, 2002, 406 pages ; **NDIAYE (A.)**, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'Etat de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse Droit public, Université de Montpellier, 2003 ; **CONAC (G.)**, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 105-119 ; **MBORANTSUO (M.M.)**, *La contribution des cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 365 p. ; **AÏVO (F.J.)**, *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, 222 p. ; **AMADOU HASSANE (B.)**, *Justice constitutionnelle et démocratie dans les États d'Afrique noire francophone : cas du Bénin, du Mali et du Niger*, Thèse de Droit Public, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 2014, 432 p.

Bien entendu, à condition qu'il accepte d'endosser son rôle de « *garant de l'État de droit* »<sup>56</sup> qui en fait respecter les principes à un pouvoir exécutif toujours malhabile, sinon malfaisant.

## CONCLUSION

Le député béninois est un parlementaire qui, à l'Assemblée nationale, participe au travail législatif et au travail de contrôle du Gouvernement. Dans les faits, il existe une exception africaine à l'équilibre du système constitutionnel et qui fait pencher la balance du côté de la nature du régime politique. C'est pourquoi l'analyse du pouvoir législatif dans les systèmes constitutionnels des Etats d'Afrique francophone est indissociable du régime présidentiel africain dans lequel le chef de l'Etat « *domine tout le système* »<sup>57</sup>. Or, si on est d'accord que le président africain rencontre fort peu de limites<sup>58</sup>, l'office du juge constitutionnel peut s'avérer un rempart très solide contre de tels abus<sup>59</sup>. Bien entendu, à condition qu'il accepte d'endosser son rôle de « *garant de l'État de droit* »<sup>60</sup> qui en fait respecter les principes à un pouvoir exécutif toujours malhabile, sinon malfaisant.

56 **BERGOUIGNOUS (G.)**, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 38, no. 1, 2013, p. 5.

57 **MEBIAMA (G.-J.-C.)**, *Dans le régime politique de la République du Congo après la constitution du 20 janvier 2002*, L'Harmattan, 2005, p. 41.

58 **MANANGOU (V.R.)**, « Le néo-présidentialisme africain : entre paternalisme et superposition », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 103, 2015, p. 30.

59 Sur ce point, voir notamment : **SY (P.M.)**, *Le développement de la justice constitutionnelle en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de Doctorat d'État en Droit Public, Université de Dakar, 1998, 414 p. ; **ABDOURAHMANE (I.)**, *Les Cours constitutionnelles dans le processus de démocratisation en Afrique*, Thèse de Droit Public, Université Bordeaux IV, 2002, 406 pages ; **NDIAYE (A.)**, *La nouvelle juridiction constitutionnelle en Afrique noire francophone et la construction de l'Etat de droit : exemple du Gabon et du Sénégal*, Thèse Droit public, Université de Montpellier, 2003 ; **CONAC (G.)**, « Le juge et la construction de l'Etat de droit en Afrique francophone », *L'Etat de droit, Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 105-119 ; **MBORANTSUO (M.M.)**, *La contribution des cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 365 p. ; **AÏVO (F.J.)**, *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, 222 p. ; **AMADOU HASSANE (B.)**, *Justice constitutionnelle et démocratie dans les États d'Afrique noire francophone : cas du Bénin, du Mali et du Niger*, Thèse de Droit Public, Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 2014, 432 p.

60 **BERGOUIGNOUS (G.)**, « Le Conseil constitutionnel et le législateur », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 38, no. 1, 2013, p. 5.

L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE DEVANT LA COUR  
CONSTITUTIONNELLE SOUS LA MANDATURE DOSSOU

**Issaou SOUMANOU**

*Docteur en droit public,*

*Assistant juridique à la Cour constitutionnelle.*

**F**igure de proue de la vie politique nationale, Robert Dossou a arpenté toutes les sphères du pouvoir d'Etat, de l'exécutif au judiciaire en passant par le législatif voire la société civile<sup>1</sup> et son rôle de président du comité national préparatoire de la Conférence nationale reste éminemment apprécié au Bénin et en Afrique. L'élégance physique et verbale de l'homme force l'admiration tout comme son intelligence qui n'a d'égale que son allure sérieuse. Le personnage projette l'image d'un patriarche équilibré qui a su remplir sa mission envers les générations montantes<sup>2</sup>. Je suis d'ailleurs de ceux qui doivent personnellement à Robert Dossou pour m'avoir spontanément recommandé à l'UQAM<sup>3</sup> avant de m'accorder l'autorisation à tenter ma chance à une aventure doctorale alors que j'étais assistant juridique à la Cour constitutionnelle qu'il présidait. Je n'oublierai pas non plus, heureuse coïncidence, le prix de thèse Maurice Ahanhanzo Glèlè, reçu de ses mains au palais des Congrès de Cotonou, ce mardi 7 juin 2022 à l'occasion de la célébration du 30<sup>e</sup> anniversaire de la justice constitutionnelle au Bénin.

Les lignes qui suivent n'ont certes pas pour objet de relater la vie de cet homme, une vie du reste politiquement et professionnellement bénie. Notre réflexion sera plutôt consacrée à la procédure de

---

1 Ancien député, ancien ministre, ancien président de la Cour constitutionnelle, il a été aussi Ancien bâtonnier, Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université nationale du Bénin, etc.

2 Il vient d'ailleurs de publier un ouvrage « L'audace, la vérité et l'espérance : la conférence nationale : ce que j'en ai dit en trente ans », Editions Russeaux d'Afrique, 2020.

3 Université du Québec à Montréal.

l'exception d'inconstitutionnalité, une matière où la Cour présidée par DOSSOU a réussi la prouesse, entre autres, de briser le dilatoire des avocats. La décision DCC 13-016 du 14 février 2013 nous permettra sans doute d'illustrer nos propos.

En l'espèce, le tribunal de première Instance de deuxième classe d'Abomey-calavi avait rejeté la demande de remise de l'adjudication sollicitée par la requérante. Celle-ci soutenait notamment que l'immeuble saisi constituait le logement familial et qu'elle ignorait que son mari l'avait mis en hypothèque contre un emprunt de plus de quatre-vingt et onze millions de francs CFA au profit de la société dont il était le gérant. Selon elle, le rejet de cette demande par le tribunal sur le fondement de l'article 180 du code des personnes et de la famille et 281 de l'Acte uniforme de l'OHADA<sup>4</sup> constitue une violation des articles 1<sup>er</sup> et suivants de la Constitution qui protègent la famille, la femme et l'enfant et leur assurent le logement familial. C'est donc contre le rejet de sa demande que la requérante soulève l'exception d'inconstitutionnalité obligeant ainsi le juge à suspendre le procès. Le dossier et le jugement avant-dire droit portant sursis à statuer ont été transmis à la Cour constitutionnelle par le greffier en chef du tribunal.

Il faut préciser que par décision DCC 12-174 du 27 septembre 2012, la Cour avait déjà, d'une part, déclaré irrecevable l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par la même requérante et fondée sur les mêmes moyens, d'autre part, administré l'article 35 de la Constitution<sup>5</sup> à l'avocat de la requérante en sa qualité d'auxiliaire de justice en ce que « *la précipitation dans laquelle il a rédigé ses " conclusions en exception d'inconstitutionnalité", document manuscrit, et déposé le jour même de l'audience au secrétariat du président du tribunal,*

---

4 Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires.

5 Article 35 de la Constitution « *Les citoyens chargés d'une fonction publique ou élus à une fonction politique ont le devoir de l'accomplir avec conscience, compétence, probité, dévouement et loyauté dans l'intérêt et le respect du bien commun* ».

*révèle sa volonté de faire du dilatoire et d'empêcher le juge de rendre sa décision dans le délai préalablement fixé ».*

Quant à la seconde exception soulevée objet de la décision DCC 13-016 du 14 février 2013, la Cour répond de nouveau que la demande est irrecevable parce que ne portant pas sur une loi mais sur les dispositions constitutionnelles et un article de l'Acte uniforme OHADA. Elle administre ensuite une fois encore l'article 35 de la Constitution au même avocat qui a voulu manifestement faire du dilatoire en soulevant à nouveau l'exception d'inconstitutionnalité pour empêcher le juge de rendre sa décision dans le délai raisonnable au mépris de la précédente décision de la Cour. Puis, se fondant sur l'article 114 de la Constitution qui fait d'elle l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, la Cour dit et juge que « *dans le présent dossier, le juge saisi devra rejeter toute exception d'inconstitutionnalité soulevée sur le même fondement et poursuivre la procédure* ».

Cette position de la Cour fait écho à une autre décision rendue par elle un mois plutôt et dans laquelle se fondant sur les articles 114, 124 de la Constitution et 7) 1.d de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP)<sup>6</sup>, elle ordonnait « *au Bâtonnier et au Conseil de l'Ordre des avocats de prendre toutes dispositions utiles pour mettre fin aux recours abusifs d'avocats à l'exception d'inconstitutionnalité et aux procureurs généraux près les cours d'Appel de tenir la main à la présente décision en cas de défaillance du Barreau* »<sup>7</sup>.

---

6 Article 124 de la Constitution : « *Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles* » ; article 7)1.d de la CADHP : « *Toute personne a ... le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction* ».

7 Décision DCC 13-001 du 15 janvier 2013

Ces deux décisions (DCC 13-001 du 15 janvier 2013 et DCC 13-016 du 14 février 2013) qui ont finalement permis de vaincre le dilatoire des avocats, marquent assurément un revirement de la jurisprudence de la haute Juridiction. Car, pour la toute première fois, la Cour invoque l'article 114 de la Constitution pour réguler le procès judiciaire. Mieux, ces décisions soulèvent aussi une question majeure en l'occurrence celle de savoir si les recours abusifs à l'exception d'inconstitutionnalité et plus généralement la mauvaise application de cette procédure (II) autorisent-ils pour autant la Cour constitutionnelle à intimer l'ordre aux autorités judiciaires de faire échec à un droit bien reconnu par la Constitution (I) ?

## I- UNE PROCEDURE CONSACREE

La Constitution dispose en son article 122 que « *tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir à statuer jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours* ».

Par cette formule, la Constitution du 11 décembre 1990 consacre en réalité une technique de renvoi préjudiciel (B) jusque-là inconnue dans le paysage juridique et institutionnel béninois (A).

### A- Une procédure inédite

La consécration de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité et plus généralement des recours des particuliers devant le juge constitutionnel est une nouveauté au Bénin voire dans l'espace juridique de la plupart des pays francophones. En effet, pendant les trois décennies qui ont suivi leur accession à la souveraineté internationale, dans la plupart de ces pays, seul le président de la

République était habilité à se pourvoir devant le juge constitutionnel<sup>8</sup>. La justice constitutionnelle, dans ces jeunes États, n'était alors qu'une vue de l'esprit sans grande portée alors même que toutes les associations de défense des droits humains s'accordent à reconnaître que cette période aura été celle ayant enregistré le plus fort taux de violation des droits humains.

À la faveur des transitions constitutionnelles et politiques des années 1990, nombre de participants aux conférences nationales se sont fortement préoccupés de la question des droits humains. Certains se sont insurgés contre les nombreuses atteintes physiques ou morales portées contre les paisibles citoyens par les forces de sécurité publique et plus généralement les autorités publiques<sup>9</sup>. Les membres des Conférences nationales ont donc estimé qu'il fallait trouver des mécanismes garantissant plus efficacement la protection des droits humains. La consécration des recours des particuliers participe de cet effort de revalorisation de la dignité humaine. Ainsi, à la suite de l'amer constat que les droits de l'Homme ont été de tout temps violés, les conférenciers ont recommandé, entre autres, la création des juridictions constitutionnelles pouvant être saisies par tout citoyen lésé dans ses droits fondamentaux afin que le respect de la Constitution soit assuré. Leurs vœux ont été exaucés par les constituants des années 1990. Au nombre des possibilités de saisine du juge constitutionnel par le citoyen, figurent à la fois la voie de l'action et celle de l'exception qui nous préoccupe ici et qui est en fait une technique de renvoi préjudiciel.

---

8 Voir Gérard Conac, « Le juge constitutionnel en Afrique, censeur ou pédagogue ? » dans Gérard Conac,

dir, *Les Cours suprêmes en Afrique*, Tome II, Paris, Economica, 1989, aux pp VII et s à la p VII.

9 Voir la dénonciation à la « Conférence des forces vives de la nation » de l'arbitraire des forces de sécurité publique auxquelles certains conférenciers reprochaient d'avoir gardé menotté le cadavre d'un détenu qu'on transportait à la morgue ou encore d'avoir maintenu en détention pendant près de quinze ans des femmes arrêtées lors de la campagne anti-sorcières. Voir quotidien « *Ehuzu* » du 26 février 1990, à la p 6.



## B- Un renvoi préjudiciel

La formule selon laquelle tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle **par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité** est en fait un abus de langage. Techniquement, le constituant béninois consacre en réalité la « question préjudicielle de constitutionnalité » qui est bien différente de l'« exception d'inconstitutionnalité ». Une exception est en principe examinée par le juge devant lequel elle est invoquée exactement comme la « question préalable ». C'est le sens de la règle selon laquelle « le juge de l'action est le juge de l'exception »<sup>10</sup>. Les systèmes décentralisés de justice constitutionnelle ou « *judicial review* » offrent une parfaite illustration du contrôle de constitutionnalité par voie d'exception en ce sens que la question de constitutionnalité est examinée par le juge de façon incidente à l'occasion d'un litige<sup>11</sup>. Au contraire, la question préjudicielle de constitutionnalité « consiste à conférer à une juridiction spécialisée un monopole de réponse pour une catégorie spécifique de question de droit »<sup>12</sup>. Le juge saisi ne peut donc répondre à la question soulevée. Il doit suspendre le procès et renvoyer la question à la juridiction compétente. C'est exactement ce que consacre la Constitution béninoise à l'image de la question préjudicielle de constitutionnalité belge et de la question prioritaire de constitutionnalité française. Car, dans les trois cas de figure, la question de constitutionnalité soulevée par une partie au procès est renvoyée à l'examen du juge constitutionnel par le juge de l'instance. Toutefois, à la différence de la question prioritaire de constitutionnalité française, l'exception d'inconstitutionnalité béninoise ne nécessite pas l'épuisement des voies de recours administratifs ou judiciaires. Au contraire, à l'image du renvoi préjudiciel de constitutionnalité belge, la Cour constitutionnelle béninoise peut être saisie à tous les niveaux de

---

10 Voir Marc Verdussen, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p 215.

11 voir Guillaume Tusseau, *Contre les modèles de justice constitutionnelle*, Bologna, Bononia University Press- BUP, 2009, à la p 21

12 *Ibid.*

juridiction sauf qu'ici l'exception d'inconstitutionnalité ou le renvoi ne peut être soulevé d'office par le juge de l'instance comme cela se fait en Belgique mais seulement par une des parties au procès.

Du reste, la procédure est bien réglementée au Bénin à la fois par la Constitution et la loi organique sur la Cour constitutionnelle qui précisent d'ailleurs les délais qui s'imposent au juge de l'instance comme à la Cour elle-même : huit jours pour le premier pour transmettre l'exception<sup>13</sup> au second qui, lui, a trente jours pour rendre sa décision<sup>14</sup>.

Par ailleurs, la Cour a interprété l'exception d'inconstitutionnalité béninoise comme ne pouvant porter que sur la loi en tant que « règle écrite, générale et permanente, élaborée par le Parlement et promulguée par une autorité »<sup>15</sup>. Ainsi, contrairement aux pays comme la Belgique où la question préjudicielle de constitutionnalité porte sur les lois et les décrets<sup>16</sup> ou encore à l'Espagne qui l'a étendue aux traités internationaux, aux lois organiques, aux actes de l'exécutif ayant force de loi, aux règlements des assemblées parlementaires<sup>17</sup>, le recours incident au Bénin ne peut donc être intenté qu'à l'encontre des seules lois formelles comme en Allemagne<sup>18</sup> et à la rigueur contre des actes ayant force de loi comme en Italie<sup>19</sup>.

De plus, son invocation au Bénin interdit au justiciable de recourir simultanément à la voie de l'action<sup>20</sup> qui demeure également ouverte à toutes les autres catégories de normes. C'est sans doute parce que

---

13 Article 24 de la loi organique, article 41 du Règlement intérieur.

14 Articles 122 de la Constitution.

15 Décision DCC 05 – 021 du 22 mars 2005.

16 Voir Pierre BON, « *Les recours envisagés* » dans Francis DELPEREE (dir.) *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, journées d'études du 9 février 1990 LOUVAIN, *economica* 1991, à la page 108.

17 *Ibid.*

18 *Ibid.*

19 *Ibid.*

20 Décisions : DCC 13-069 du 11 juillet 2013, DCC 13-160 du 29 octobre 2013, DCC 05-119 du 27 septembre 2005 ; DCC 05-117 du 20 septembre 2005 ; DCC 05-083 du 18 août 2005 ; DCC 04-058 du 28 juillet 2004 ; DCC 04-023 du 04 mars 2004.

le citoyen a la possibilité de se pourvoir directement devant elle des autres catégories de normes que la Cour a considéré que l'exception d'inconstitutionnalité se limitait aux seules lois formelles.

Aussi, le respect absolu de ces règles ainsi interprétées a conduit à quelques succès de cette procédure devant la Cour constitutionnelle à l'image de la décision DCC 09-081 du 30 juillet 2009 qui a déclaré inconstitutionnelle une disposition du code pénal incriminant différemment l'adultère de l'homme et celui de la femme<sup>21</sup>. Malgré ces succès, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle reste dominée presque entièrement par des déclarations d'irrecevabilité en raison de la mauvaise application de la procédure par les usagers.

## II- UNE PROCEDURE MAL APPLIQUEE

Le juge de l'instance n'a pas toujours eu la bonne compréhension de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité. La décision DCC 96 – 009 des 17 et 23 janvier 1996 par exemple a eu pour objet d'annuler un arrêt avant-dire droit de la cour d'Appel de Cotonou qui a passé outre l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par une partie. Quant à la décision DCC 04 – 101 du 04 novembre 2004, elle a jugé irrecevable une requête du président de la cour d'Appel de Cotonou qui demandait « *s'il faut surseoir à statuer lorsque l'exception d'inconstitutionnalité porte sur des pièces non versées au dossier, ou enfin si une partie au procès peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une déclaration faite devant une juridiction* »<sup>22</sup>. Dans une autre affaire, la Cour a considéré que le président du tribunal de première instance de Parakou a violé

---

21 Voir Ibrahim Salami, « Le traitement discriminatoire des délits du mariage devant les Cours constitutionnelles du Bénin et du Congo, <http://ddata.over-blog.com/1/35/48/78/Afrique/SALAMI-traitement-discriminatoire-delits-de-mariage.doc> (consulté le 8 juillet 2022)

22 La Cour a estimé dans ladite décision qu'il s'agit là d'une demande d'avis. Or, le président de la Cour d'Appel n'a pas qualité pour demander un avis de la haute Juridiction.

l'article 35 de la Constitution<sup>23</sup> pour n'avoir pas transmis à temps<sup>24</sup> le dossier de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée par l'Agent judiciaire du Trésor<sup>25</sup>.

Quant à la Cour constitutionnelle elle-même, c'est le délai de trente jours à elle prescrite par la Constitution pour rendre sa décision sur l'exception d'inconstitutionnalité qui a été quelques fois dépassé, le retard n'excédant pas quelques jours. C'est le cas des décisions DCC 14-084 du 13 mai 2014, DCC 15-223 du 30 octobre 2015, DCC 16-057 du 6 mai 2016 qui ont respectivement accusé un retard de trois (3) jours, cinquante (50) jours et quarante-trois (43) jours. Mais là n'est pas le plus inquiétant. Le plus grand problème provient de l'usage abusif de la procédure par les avocats (A) et qui va obliger la Cour à recourir à quelques remèdes (B).

### **A- Un recours abusif**

Il découle de la jurisprudence de la Cour que les justiciables sont généralement déboutés pour diverses causes d'irrecevabilité de l'exception soulevée. Alors que la procédure a été instituée pour rattraper l'inconstitutionnalité des lois pré-constitutionnelles ou celles postérieures à la Constitution mais qui n'auraient pas été soumises au contrôle préalable de la Cour ou encore des lois conformes à la Constitution mais dont l'application est biaisée ou contraire à l'esprit de la Constitution, les requérants soulèvent l'exception d'inconstitutionnalité à propos de n'importe quel acte juridique : une convention internationale<sup>26</sup>, un décret<sup>27</sup>, un arrêté<sup>28</sup>,

---

23 Voir l'article 35 de la Constitution, *supra* note 71.

24 L'article 24 L.O prescrit huit (08) jours aux juridictions ordinaires pour transmettre à la Cour, un dossier d'exception d'inconstitutionnalité.

25 Décision DCC 05 – 119 du 20 septembre 2005.

26 Décision DCC 13-144 du 1<sup>er</sup> octobre 2013.

27 Décision DCC 08-144 du 23 octobre 2008.

28 Décisions : DCC 05-012 du 15 février 2005 ; DCC 04-108 du 09 décembre 2004; DCC 04-100 du 04 novembre 2004.

une décision de justice<sup>29</sup>, un acte administratif<sup>30</sup>, le comportement du juge ou la façon dont il conduit le procès<sup>31</sup>, les mêmes prétentions précédemment soumises par voie d'action<sup>32</sup> ou par voie d'exception et donc frappées de l'autorité de la chose jugée<sup>33</sup>, etc. Ainsi, au cours de la mandature DOSSOU, sur une cinquantaine de requêtes<sup>34</sup> objets de cette procédure, aucune n'a prospéré. Pire, certains justiciables et notamment les avocats en font un usage abusif en y recourant parfois à plusieurs reprises et en invoquant invariablement les mêmes moyens obligeant la Cour à trouver des remèdes.

### **B- Une thérapie jurisprudentielle**

Pour remédier aux recours abusifs à l'exception d'inconstitutionnalité, la démarche de la Cour a été fort laborieuse voire pédagogique. La haute Juridiction a d'abord commencé par asseoir sa doctrine : l'exception ne peut porter que sur la loi *stricto sensu*, une notion régulièrement rappelée à l'attention des justiciables. L'indifférence notoire des parties à cette doctrine a conduit la haute Juridiction à passer à la vitesse supérieure en analysant le comportement des requérants indéliçats comme étant une violation de l'article 35 de la Constitution, une sanction certes formelle, mais en principe intimidante pour les avocats, auxiliaires de justice astreints au respect de la Constitution, norme suprême dans l'Etat. Mais c'était sans compter avec la détermination de ces derniers qui n'ont de cesse de soulever l'exception à propos de tout et de n'importe quoi. Dans la décision objet de cette analyse, il n'échappera pas à l'attention du

---

29 Décisions : DCC 04-110 du 21 décembre 2004 ; DCC 04-091 du 08 octobre 2004.

30 Décision : DCC 05-106 du 06 septembre 2005.

31 DCC 13-001 du 15 janvier 2013 et DCC 13-016 du 14 février 2013

32 Décisions : DCC 13-069 du 11 juillet 2013, DCC 13-160 du 29 octobre 2013, DCC 05-119 du 27 septembre 2005 ; DCC 05-117 du 20 septembre 2005 ; DCC 05-083 du 18 août 2005 ; DCC 04-058 du 28 juillet 2004; DCC 04-023 du 04 mars 2004.

33 Décision : DCC 13-154 du 17 octobre 2013 ; DCC 05-038 du 19 mai 2005 ; DCC 13-016 du 14 février 2013.

34 Décisions DCC 13-001 du 15 janvier 2013 ; DCC 13-016 du 14 février 2013; DCC 13-069 du 11 juillet 2013 ; DCC 13-144 du 1<sup>er</sup> octobre 2013; DCC 13-154 du 17 octobre 2013 ; DCC 13-160 du 29 octobre 2013, etc.

lecteur que c'est le refus du juge de remettre en cause le processus d'adjudication de l'immeuble qui a été porté à l'appréciation de la Cour constitutionnelle alors que l'avocat ne devrait invoquer que les dispositions présumées inconstitutionnelles d'une loi. Dans la seconde décision, d'éminents avocats ont soulevé jusqu'à quatre (4) exceptions en évoquant les mêmes motifs d'inconstitutionnalité. Ce qui dénote, selon la Cour, de « *l'obstruction délibérée au déroulement normal de la procédure judiciaire, un refus d'obtempérer aux prescriptions de l'article 124 de la Constitution, un mépris pour l'article 7.1.d de la CADHP, et une curieuse indifférence à l'article 35 de la Constitution, le tout entraînant un dysfonctionnement du service public de la justice* ».

En fallait-il plus à la Cour pour recourir à l'article 114 de la Constitution, une disposition considérée comme l'équivalent constitutionnel de « l'arme nucléaire ». Certes, la Cour a pour devoir de protéger l'indépendance du pouvoir judiciaire contre toute immixtion y compris la sienne et effectivement, elle l'a fait en d'autres occasions<sup>35</sup>. De même, la Cour a pour mission de veiller à ce que les citoyens jouissent effectivement de leurs droits fondamentaux y compris, comme c'est le cas ici, le droit de recourir à la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité. Pour autant, a-t-elle le droit de fermer les yeux sur le dilatoire des avocats au mépris de ses propres décisions, de l'article 124 de la Constitution et surtout de l'article 7) 1.d de la CADHP qui garantit le droit à être jugé dans un délai raisonnable ? D'aucuns rétorqueront que le métier d'avocat consiste aussi à jouer avec les règles et les procédures et cela est sans doute vrai ; mais pas au prix d'empêcher un procès et donc de paralyser le fonctionnement de la justice. La religion de la Cour à cet égard est d'ailleurs assez claire et précise : en vertu de l'article 114 de la Constitution « *elle est fondée à prendre toute décision pour éviter toute paralysie du fonctionnement des institutions de*

---

35 Décision DCC 00- 054 du 02 octobre 2000

*la République* »<sup>36</sup>. En intimant l'ordre aux juges, au Bâtonnier, au Conseil de l'Ordre des avocats, aux procureurs généraux près les cours d'Appel de prendre toutes dispositions utiles pour mettre fin aux recours abusifs d'avocats à l'exception d'inconstitutionnalité, la Cour n'a fait que jouer son rôle de garant suprême de la légalité constitutionnelle. La loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes va d'ailleurs dans ce sens en disposant que : « Si la Cour constitutionnelle déclare que l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée manifestement dans un but dilatoire ou de manière abusive, la partie auteure de l'exception peut être condamnée à une amende civile de deux cent mille (200 000) à cinq cent mille (500 000) francs CFA *sans préjudice des dommages et intérêts qui lui seraient réclamés* »<sup>37</sup>.

Une autre solution serait peut-être d'envisager, comme en Allemagne<sup>38</sup>, de confier au juge de l'instance la possibilité d'apprécier par lui-même le sérieux de la question d'inconstitutionnalité posée ou encore, à l'instar de ce qui se passe en France, de limiter la saisine de la Cour constitutionnelle par les plus hautes juridictions en matières civile, administrative et des comptes. Les chambres judiciaire et administrative de la Cour suprême, la Cour des comptes pourraient ainsi être les seules à même d'apprécier le sérieux de l'exception d'inconstitutionnalité soulevée avant de la transmettre, le cas échéant, à la Cour constitutionnelle. Cela suppose que le juge de l'instance par une décision de renvoi puisse saisir directement la chambre compétente de la Cour suprême ou la Cour des comptes qui disposera d'un délai assez court pour statuer sur le renvoi et, le cas échéant saisir la Cour constitutionnelle.

---

36 DCC 03 – 078 du 12 mai 2003

37 Article 203 de la loi.

38 Dans ce pays, il n'y a question préjudicielle que si le juge ordinaire est convaincu que la norme attaquée viole la Loi fondamentale. Voir Francis DELPEREE (dir.), supra note 15, à la page 116.

## **CONCLUSION**

A l'image de la Haute Cour de justice, l'institution de « l'exception d'inconstitutionnalité » n'aura pas apporté grand-chose à la consolidation de l'Etat de droit au Bénin. En trente ans de justice constitutionnelle, le bilan paraît si maigre qu'on est en droit de s'interroger sur l'utilité de cette procédure. Pire, la possibilité de soulever la question incidente de constitutionnalité est apparue comme un instrument privilégié des avocats pour faire du dilatoire. Au lieu d'aider à parfaire les lois et améliorer la qualité du procès judiciaire, elle est plutôt devenue une source de ralentissement excessif du procès forçant l'intrusion de la Cour pour en réguler le déroulement. Les injonctions de la Cour DOSSOU sont symptomatiques du mal qui ronge quelques fois les procès au niveau des tribunaux d'Instance. Mais ils témoignent aussi du rôle majeur que joue la Cour constitutionnelle dans le fonctionnement régulier des institutions et plus généralement dans la pacification de la vie politique nationale.





L'INÉGALITÉ DES ÉPOUX DANS LA TRANSMISSION DU NOM :  
LA LECTURE AUDACIEUSE DU JUGE CONSTITUTIONNEL  
BÉNINOIS DE LA LOI N°2002-07 DU 24 AOÛT 2002

**Codjo Bienvenu LASSEHIN**

*Docteur en droit privé, Maître-Assistant (CAMES),  
Enseignant-Chercheur à la FADESP/UAC.*

*«Comme Janus, l'égalité a deux faces : l'une tournée vers le passé, l'autre vers l'avenir ; la première condamne toute discrimination interdite par la Constitution, arbitraire ou n'ayant aucun rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ; la seconde s'efforce de corriger avec toute la prudence nécessaire ce qu'il y a de plus choquant dans l'inégalité des conditions humaines»*. Cette affirmation rappelle les attributions de la Cour constitutionnelle établies à l'article 114 de la loi fondamentale qui dispose que *« la Cour est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics »*. La décision n°21-269 rendue le 21 octobre 2021 par la Cour constitutionnelle du Bénin illustre bien ce pouvoir exclusivement réservé à la haute juridiction qui consiste à exercer le contrôle de constitutionnalité de la loi et à garantir à chaque citoyen les droits fondamentaux.

---

1 BARLES S. « Complexité et mutabilité du concept d'égalité. In Hommes et Migrations, n°1232, Juillet-août 2001, Vies de famille, p. 83, citant LUCHAIRE F., « Un Janus constitutionnel : l'égalité », Revue de droit public, 1983, p. 1274.

Saisie d'une requête en date à Cotonou du 07 mai 2021 enregistrée au Secrétariat de la Cour constitutionnelle à la même date sous le numéro 0791/178/ REC-21 par laquelle madame Eucharistie KOTOUNOU forme un recours en inconstitutionnalité des articles 6 et 12 de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille. Dans l'ordre, les deux articles disposent successivement : « *L'enfant légitime porte le nom de famille de son père. L'enfant né hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis. En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari* ». Et : « *La femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari. Il en va de même pour la veuve jusqu'à son remariage. La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge* ».

On peut le constater, ces textes posent le problème de l'égalité verticale et de l'égalité horizontale, relativement à la transmission du nom patronymique<sup>2</sup>. Notion à contenu variable, l'égalité est le « *principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni, aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique aux régimes, charges et droit que la loi établit* »<sup>3</sup>.

Vidant sa saisine, la Cour expose que les articles 6 et 12 de la loi n°2002-07 du 24 août portant code des personnes et de la famille violent le « principe sacro-saint » d'égalité ; qu'elle invoque à l'appui des articles 26 de la Constitution et 18, alinéa 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la jurisprudence de la haute juridiction fondée, selon elle, sur trois règles : la règle selon laquelle « à situations identiques, règles identiques », la règle selon laquelle « à situations différentes, règles différentes, la troisième règle enfin qui n'est rien d'autre que le principe de proportionnalité selon laquelle «le principe d'égalité serait violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe aucune justification objective et raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé ».

---

2 Le législateur du code des personnes et de la famille ne définit pas le nom. Le nom a plutôt fait l'objet d'études socio-anthropologiques. C'est ainsi que Elie YEBOU le définit comme « un signe linguistique à la portée de tout individu, qu'il s'agisse des noms cycliques, des noms liés aux jours de la semaine, des noms de circonstance, etc » : YEBOU E., *Des noms et des hommes aspects anthropologique et linguistique du nom dans l'aire culturelle AJATADO*, Les éditions des diasporas, 2019, p.22 ; Pour le Professeur Albert AZALOU-TINGBE qui parle de l'anthroponymie, le nom est un mécanisme primordial de production de l'identité qui confère à l'individu, non seulement une existence, mais le situe dans un ensemble structuré de valeurs, de représentation, de comportement et d'actions, bref de conformismes continuant l'identité culturelle de son groupe social » : AZALOU-TINGBE A., *Le nom individuel chez les Aja-fon Une sociologie de l'anthroponymie*, Les éditions Ablodjé, Cotonou, 2015, pp.17 et 18.

Les auteurs privatistes sont parvenus à faire le lien entre le nom et la fratrie. L'articulation entre le nom et la fratrie a surtout permis de noter que « la considération de la fratrie a pu être mise en lumière par la recherche de son unité à partir du nom de famille », cf. AGBÉNOTO K. M., « La fratrie », in Les Petites Affiches, n°20116, Janvier 2022, p.33, citant David-BALESTRIERO, « L'unité de la fratrie », in mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, 2009, Dalloz-LGDJ, p. 71 et s. A la suite du Professeur Koffi AGBÉNOTO soutenant que la fratrie se situe à la frontière du droit et du non-droit, on peut donc dire que le nom se situe à la frontière du droit et du non-droit.

3 CORNU G. (dir.), *Vocabulaire Juridique*, Paris, PUF, 2014 : V° égalité.

C'est que, la consécration du principe d'égalité dans le droit de la famille a occasionné un débat doctrinal des plus vifs<sup>4</sup>. L'égalité menace le droit de la famille<sup>5</sup>. En 2007, le principe d'égalité a été célébré dans le Code béninois des personnes et de la famille<sup>6</sup>. Une auteure considère que l'égalité est introuvable<sup>7</sup>. Mais en 2021, la Cour Constitutionnelle retrouve le fait constitutif de l'inégalité pour rétablir l'égalité recherchée. L'examen du recours a consisté pour la haute juridiction à apprécier sa propre compétence avant d'étudier les violations à elle soumises. Ces discussions civilistes en droit privé, en droit de la famille, notamment, en terre constitutionnelle, rappelle la constitutionnalisation du droit privé amplement développée par la doctrine civiliste<sup>8</sup>. On se rend compte que le droit privé, ensemble de règles gouvernant les rapports des particuliers entre eux, traditionnellement porté par des normes législatives, principalement les codes d'une part et par les grands arrêts de la jurisprudence

- 4 GRANGEAT M., « L'évolution du droit de la famille dans les configurations sociétales actuelles », *Droit de la Famille*, n° 2, févr. 2020, Etudes ; CARBONNIER J., *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, Le couple*, Quadrige/PUF, Paris, 2004 ; GBAGUIDI A. N., « Égalité des époux, Égalité des enfants et le projet de code de la famille et des personnes du Bénin », in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, numéro spécial, oct. 1995 ; TERRE F. et FENOUILLET D., *Droit civil, La famille*, Précis Dalloz, 8e éd., Paris, 2011 ; BORGETTO M., « Égalité, différenciation et discrimination : ce que dit le droit », Caisse nationale des Allocations familiales | *Informations sociales*, 2008/4 - n° 148, pp. 8 à 17 ; TJOUEN A-F. « La condition de la femme en droit camerounais de la famille ». In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 64 N°1, 2012. pp. 137-167 ; AGOSSOU C., *Liberté et égalité en droit de la famille dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest : approche comparative entre le Bénin, le Burkina-Faso, le Sénégal et le Togo*, thèse UAC, 29 septembre 2012 ; HONVOU K. S., *Le principe d'égalité en droit béninois de la famille*, thèse, UAC-Université Paris-Est, 2016 ;
- 5 RADICA G., « Libertés et pouvoirs : Le rôle de l'égalité dans la famille », *Revue le Télémaque*, Presses universitaires de Caen 2014/2 n° 46, pp. 153 à 165.
- 6 Semble-t-il, l'auteur met l'accent sur l'égalité successorale des enfants qui peut être analysée comme l'un des grands succès de cette loi. SOSSA (C.D., « Présentation générale du Code des personnes et de la famille », in DHPD-ONG, *La personne, la famille et le droit en République du Bénin. Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, éd. Ouaniolo, 2007, p.10, cité par GUEDEGBE S. I. B., « L'égalité du partage successoral dans le Code des personnes et de la famille du Bénin », in *Dix(10) ans d'application du Code des personnes et de la famille du Bénin : Bilan et perspectives*, Colloque international, Actes du Colloque, 2015, p.321.
- 7 LEPINARD E., *L'égalité introuvable, La parité, les féministes et la République*, Presses de Sciences Po, Paris, 2007.
- 8 AGBÉNOTO K. M., « La constitutionnalisation du droit privé », De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUË, Wolters Kluwer et CREDIJ, 2014, pp. 57 à 86.

civile, d'autre part, est devenu objet de normes constitutionnelles écrites ou jurisprudentielles. La loi, cœur de l'État, jadis considérée comme l'axe essentiel de l'ordre juridique, a été détrônée dans ce rôle, au milieu du siècle dernier par la Constitution dont le régulateur est la justice constitutionnelle<sup>9</sup>.

Sur la recevabilité du recours, la Cour après avoir reconnu sur la base de l'article 124, al. 2 que « les *décisions de la Cour ne sont susceptibles d'aucun recours* », et que par décision DCC 04-083 du 20 août 2004, la Cour a déclaré conforme à la Constitution, la loi en cause, relève que les dispositions de l'article 124 précitées ne s'opposent pas à l'examen d'une loi ou de certaines de ses dispositions dont l'application révèle une contrariété à un droit fondamental ou à une liberté publique, que la Cour constitutionnelle peut revenir sur ses propres décisions en ce qui concerne notamment le contrôle de constitutionnalité des lois si un contrôle antérieur y a laissé subsister une atteinte sérieuse à un droit fondamental garanti par la Constitution ou à une norme de référence du contrôle de constitutionnalité.

Sur l'analyse des violations alléguées, la Cour soutient que le recours élève à sa connaissance la violation d'un droit fondamental, notamment le droit à l'égalité des sexes *dans* et *devant* la loi consacrée par les dispositions de l'article 26 précité. La Cour alléguant qu'aucun objectif à valeur constitutionnelle, encore moins aucun impératif constitutionnel ne justifie l'admission d'une telle rupture de l'égalité, en conclut que la loi n°2002-07 du 24 août 2004 est contraire à la Constitution.

En d'autres termes, d'une part, nonobstant le fait que le code des personnes et de la famille avait déjà fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité, la Cour a, d'une part, décidé de la recevabilité

---

9 AGBÉNOTO K. M., « La constitutionnalisation du droit privé », préc., citant I. FAVOREU, *La constitutionnalisation du droit*, in l'unité du droit ; mélanges R. Drago, Economica, 1996, p.24 et s., spéc. p.41.

de la requête ; d'autre part, ayant déclaré la requête recevable, et s'arcboutant sur la violation du droit à l'égalité de l'homme et de la femme *dans* et *devant* la loi fondamentale, elle entreprit, à nouveau, de passer au tamis du contrôle de constitutionnalité, la loi n°2002-07 du 24 août 2004 querellée, en vigueur depuis plus de dix-sept (17) années. Cette réponse à double volet, soulève une interrogation : En cas de rupture de l'égalité des sexes, la Cour Constitutionnelle du Bénin est-elle habilitée à se prononcer sur la Constitutionnalité d'une loi antérieurement jugée conforme à la constitution ?

La position de la Cour rappelle le principe contemporain théorisé par KELSEN et selon lequel la Constitution d'un Etat est la norme suprême au sein de son ordre juridique de sorte qu'il en résulte une irrigation de tout l'ordre juridique par la Constitution<sup>10</sup>. Le juge constitutionnel est consacré juge suprême, juge de tout<sup>11</sup>, même si cela paraît parfois discutable<sup>12</sup>.

Dans une logique jupitérienne du droit, la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019 a donné à la Cour Constitutionnelle, le pouvoir de vérifier la conformité des lois à la Constitution, c'est-à-dire la constitutionnalisation des droits

---

10 KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, n°34 et s.

11 DJOGBÉNOU J., préface, in DASSI A. C., *La Constitution interprétée par le juge constitutionnel*, Les éditions universitaires, Cotonou, 2022. Selon le Professeur Joseph DJOGBÉNOU « *l'office du juge constitutionnel est finalement le miroir d'une société exposé à la place publique. [...] Nul battement du cœur ne lui est plus étranger* ».

12 Les constats dans un certain nombre de domaines ont conduit les Professeurs Marie France Christophe- Tchakaloff et Olivier Gohin à se demander si la Constitution était encore la norme fondamentale d'une république. Cf. CHRISTOPHE- TCHAKALOFF M-F. et GOHIN O., « La constitutionnalisation est-elle encore la norme fondamentale de la République ? », D. 1999, p.120 et s. Cette inquiétude légitime résulte du fait que le phénomène de constitutionnalisation est menacé en droit interne en ce que l'esprit des objectifs à valeur constitutionnelle est limité par les lois ordinaires et la déception est aussi grande relativement aux rares décisions du juge constitutionnel en Afrique (cf. Décision DCC 01-005 du 11 janvier 2001, Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle du Bénin, 2001, p. 27 et s). Il en découle la menace venant du dans et du dehors. AGBÉNOTO K. M., « La constitutionnalisation du droit privé », De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUYOUÉ, Wolters Kluwer et CREDIJ, 2014, p.74 et s., préc.

fondamentaux contenus dans les lois<sup>13</sup> ou encore le respect par les lois des droits dont la Cour constitutionnelle est la sentinelle. Dans sa pédagogie, la Cour a analysé la recevabilité de la requête avant de condamner les violations alléguées. A y regarder de plus près donc, la construction jurisprudentielle caractéristique de la DCC n°21-269 du 21 octobre 2021 semble induire la recevabilité tirée de la fissure dans le contrôle de constitutionnalité(I) puis les violations fondées sur la rupture du principe d'égalité (II).

### **I- La recevabilité tirée de la fissure dans le contrôle de constitutionnalité**

Dans la perspective de procéder à un réexamen du contrôle de Constitutionnalité de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille, droit positif en la matière au Bénin à cette date du 21 octobre 2021, la démarche pédagogique du juge épouse l'appréciation de la recevabilité du recours puis la pose des balises juridiques sous-tendant le nécessaire contrôle de constitutionnalité.

#### **A- Le prononcé de la recevabilité**

La requête du 07 mai 2021 visait à voir le juge déclarer contraire à la Constitution les articles 6 et 12 de la loi précitée portant Code des personnes et de la famille. La recevabilité du recours et sa mise en œuvre ont fait l'objet d'une minutieuse précaution de la part du juge constitutionnel. D'abord, la Cour a rendu inopérante l'autorité de la chose jugée classiquement attachée aux décisions de la Cour Constitutionnelle. On a toujours reconnu la charge juridique contenue dans l'article 124, al. 2 « les décisions de la Cour ne sont susceptibles d'aucun recours». A ce sujet, il convient de rappeler que par décision DCC 04-083 du 20 août 2004, la Cour a déclaré conforme à la Constitution, la loi en cause dont l'inconstitutionnalité n'est

---

13 AKEREKORO H., « Les nouvelles dimensions de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine par la Cour constitutionnelle du Bénin », BIDH, n°7 et 8 (1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> semestre 2018), p. 25



pas directement requise. La Cour revient à la charge pour démontrer la recevabilité de la saisine. Pour ce faire, contrairement à ce que l'on pourrait imaginer, elle soutient que les dispositions de l'article 124 précitées ne s'opposent pas à l'examen d'une loi ou de certaines de ses dispositions si l'application de celles-ci révèle une contrariété à un droit fondamental ou à une liberté publique. La Cour constitutionnelle affirme solennellement son pouvoir consistant à revenir sur ses propres décisions en l'occurrence lorsqu'il est question du contrôle de constitutionnalité des lois. Le juge constitutionnel pose, ensuite, les autres conditions fixées et qui plaident pour la recevabilité d'un tel recours. *Primo*, il faut que le recours soit exercé *a posteriori* par voie d'exception d'inconstitutionnalité au sens de l'article 122 de la Constitution. *Secundo*, l'application de la loi doit révéler des contrariétés alors même qu'elle a été adoptée par l'Assemblée Nationale, promulguée et publiée conformément à la Constitution.

La décision du 21 octobre 2021 est une remarquable hardiesse jurisprudentielle de la Cour constitutionnelle du Bénin<sup>14</sup>. Cette traditionnelle hardiesse qui singularise et élève le juge constitutionnel béninois, reçoit l'onction unanime d'une doctrine élargie<sup>15</sup>. Dès lors, la constitutionnalisation des droits n'offre aucun intérêt en l'absence d'une audace du juge constitutionnel, ce qui ne semble pas faire partie de la culture jurisprudentielle du juge togolais<sup>16</sup>.

Les juridictions constitutionnelles sont assimilées par le doyen VEDEL à « une véritable autorité de chose jugée<sup>17</sup> ». Pourtant, l'autorité

---

14 La Décision DCC 21-269 du 21 octobre 2021 est une décision hardie de la haute juridiction. Après dix sept(17) ans d'application de la loi, cette décision est la première et la dernière en ce qui concerne le code des personnes et de la famille en vigueur depuis le 24 août 2004.

15 SALAMI I., « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle Béninoise », Revue togolaise des sciences juridiques, janvier-juin 2011, p.45B et s., cité par AGBÉNOTO K. M., « La constitutionnalisation du droit privé », De l'esprit du droit africain, mélanges en l'honneur de Paul-Gérard POUGOUË, Wolters Kluwer et CREDIJ, 2014, p.77, préc.

16 Dans l'affaire Améla Amélavi c/Administration judiciaire du 15 juillet 1998, le juge constitutionnel se déclare incompétent au motif qu'il « ne protège que contre la loi ».

17 Cité par FRANCKI., *Les Fonctions juridictionnelles du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État dans l'ordre constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1974, p. 133.

des décisions du juge constitutionnel a été âprement discutée<sup>18</sup>. Elle n'est pas immuable. Si la décision du juge constitutionnel exprime le rapport de conformité à la Constitution, elle est évolutive, car la notion de changement des circonstances prend une considération croissante au contentieux constitutionnel. Le juge constitutionnel est directement convoqué à prendre en compte le changement. Le temps fait qu'une loi peut devenir inconstitutionnelle ou qu'une disposition un temps inconstitutionnelle ne le soit plus<sup>19</sup>. Un changement de circonstances permet de confronter la disposition législative contestée aux dispositions ultérieures et/ou de les analyser à la lumière du contexte nouveau. On peut comprendre que le juge constitutionnel est un juge du temps.

En outre, la question s'était posée de savoir si un citoyen peut recourir concurremment à la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité et celle de l'action directe. Cette préoccupation a reçu trois réponses d'égale intensité auprès de la haute juridiction, d'abord en 1997, puis en 2004 et 2008. Dans la décision DCC 97-060 du 28 octobre 1997, la Cour a pu considérer que « *l'article 122 de la Constitution impose le choix entre l'action directe et la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité* ». Cette position a été rappelée et confirmée plus tard, notamment en 2004 et 2008 lorsqu'il a été décidé que « *le citoyen qui recourt concurremment à la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité et celle de l'action directe méconnaît les dispositions de l'article 122 de la Constitution. Un tel recours est déclaré irrecevable* »<sup>20</sup>.

---

18 ADOUKI D. E., « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », Revue française de droit constitutionnel », PUF, 2013/3 n° 95, p. 611 ; DISANT M., « L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel », Paris, LGDJ, 2010, p. 102.

19 Cons. const., n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016, voir nos observations in Constitutions, Dalloz, 2016, n° 2 ; voir déjà implicitement n° 2014-396 QPC, 23 mai 2014.

20 Décision DCC 04-023 du 04 mars 2004 et Décision DCC 08-174 du 04 décembre 2008.

Quelque hardie que puisse paraître la recevabilité du recours objet de l'arrêt en étude, il n'est donc pas inconcevable que le juge constitutionnel déclare recevable la requête visant l'inconstitutionnalité des dispositions d'une loi précédemment déclarée conforme à la Constitution.

Pour prononcer la recevabilité, le juge a dû prendre en compte les éléments de la fissure.

### **B- La recevabilité comme résultante des tenants de la fissure**

L'argumentation juridique de la Cour fondant l'inconstitutionnalité de la loi en cause, se décline en des bases philosophico-juridiques de la justice constitutionnelle. *Grosso modo*, la haute juridiction excipe-t-elle de la rupture du principe d'égalité et de la violation de l'impératif constitutionnel. Pour le juge constitutionnel, ces poutres constitutionnelles constituent des interstices occultés par la haute juridiction, en l'occurrence, à l'occasion du précédent examen assuré par la Cour le 20 août 2004. C'est pourquoi il évoque « la subsistance d'une atteinte sérieuse à un droit fondamental garanti par la Constitution ». La fertilité du huitième *considérant* est particulièrement éloquente au sujet des tenants c'est-à-dire des fondements juridiques de la recevabilité. Considérant qu'en l'espèce, le recours élève à la connaissance de la Cour constitutionnelle la violation d'un droit fondamental, notamment le droit à l'égalité des sexes *dans*, c'est-à-dire dans le contenu de la loi du 24 août 2004 sous examen, mais également devant la loi ; c'est-à-dire dans l'application de cette même loi. L'égalité *dans* la loi s'adresse au législateur et lui interdit de « *fonder une différence de traitement sur certaines distinctions très déterminées telles que celles qui ont trait à la race, à la religion, à la classe sociale ou à la fortune* ». L'égalité devant la loi renvoie principalement à l'application de la loi par les tribunaux et fait obligation aux autorités en charge d'exécuter ou d'appliquer

les lois, notamment le pouvoir judiciaire et exécutif, qu'elles le fassent de manière égale pour tous et non de manière arbitraire.

Constitutionnalisée au Bénin et affirmée dans une jurisprudence constitutionnelle d'autorité<sup>21</sup>, l'égalité des sexes *dans et devant* la loi suscite la curiosité du praticien et du théoricien sur son existence et sa consistance. Cette thèse est celle défendue par le Professeur Jean RIVERO. L'auteur dégage trois variantes du principe d'égalité. Il y a tout d'abord l'égalité devant la loi ou la règle de droit. Il s'agit de l'égalité purement formelle et abstraite que l'on oppose à l'égalité concrète<sup>22</sup>. Elle trouve son origine dans la lutte révolutionnaire contre les privilèges et toute forme d'arbitraire<sup>23</sup>. Un autre principe qui dérive de la notion d'égalité, est l'égalité dans la règle de droit. A cet effet, le texte de l'article 26 (nouveau) de la Constitution du Bénin, convoqué à répétition par le juge constitutionnel, dispose: « *L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit* ». L'égalité en droit, entre l'homme et la femme, résulte clairement de la Déclaration universelle des droits de l'homme<sup>24</sup>, dont l'article 1er dispose que « *tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits* »<sup>25</sup>.

---

21 DCC 04-083 du 20 août 2004 ; DCC n°21-269 du 21 octobre 2021 ; DCC 96-025 du 02 mai 1996 ; DCC 12- 069 du 22 mars 2012.

22 JESTAZ Ph. , « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in L'avenir du droit, Mélanges, en l'honneur de François TERRE, Dalloz, 1999, pp. 419 et 426. Il découle des développements de l'auteur qu'à la différence de l'égalité abstraite dont l'illustration réside dans la transmission du nom, l'égalité concrète ne saurait être un principe général. Il est plutôt question d'une égalité mesurable. Exemple : l'égalité successorale. V° I- L'égalité abstraite ; II- L'égalité concrète. Voy. Egalement TERRÉ F. et LEQUETTE I., *Successions, libéralités*, 3<sup>ème</sup> éd. 1997, n°81 et s.

23 Témoin de cette révolution, la célèbre déclaration des droits de l'homme et du citoyen français du 26 août 1789 évoque l'égalité en même temps que les droits de l'homme.

24 Il faut préciser qu'avant cet instrument, « l'égalité de droits des hommes et des femmes » a été proclamée dans le préambule de la Charte des Nations Unies, signée à San Francisco, le 26 juin 1945.

25 Adoptée à Paris, le 10 déc. 1948, elle figure dans le bloc de constitutionnalité de bon nombre d'États, parmi lesquels le Bénin, le Burkina Faso et le Mali, pour ne citer que ceux-là. Elle fait partie de la Charte internationale des droits de l'homme qui comprend : le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Un autre principe dérivé de la notion d'égalité est l'égalité dans la règle de droit. C'est, aux dires de BARLES Sébastien<sup>26</sup>, la consécration de la généralité et de la neutralité de la loi. Enfin, le dernier principe est celui de l'égalité par la règle de droit. Le législateur doit prendre en compte les inégalités et doit chercher à les corriger. C'est le pendant de l'égalité devant la loi qui peut d'ailleurs être assimilée à la conception volontariste et concrète de l'égalité<sup>27</sup>.

Œuvre d'une interprétation heuristique et volontariste de la Constitution, le concept d'égalité ne tarit donc pas de livrer les secrets de son élasticité dans le temps et dans l'espace.

En ce qui concerne l'impératif constitutionnel, la doctrine constitutionnaliste s'entend pour le définir comme la création du juge constitutionnel dans la perspective non pas de la théorie de l'interprétation des lumières dite formaliste, mais bien du néo-cognitivism contemporain qui révèle le pouvoir discrétionnaire de l'interprète<sup>28</sup>. Ce césarisme constitutionnel de l'interprète de la constitution nous permet de définir l'impératif constitutionnel, comme tout ce que le juge constitutionnel qualifie comme tel<sup>29</sup>. Analysé comme un principe constitutionnel supérieur dans le bloc référentiel<sup>30</sup>, il est au sommet de la hiérarchie axiologique à relent d'interdiction absolue. Curieusement, c'est dans la décision DCC n°18-141 du 28 juin 2018 que l'impératif constitutionnel apparaît bien clairement comme une catégorie constitutionnelle sans lien : « *Considérant cependant, que lorsqu'une requête élève à la connaissance de la Cour une situation de violation d'un droit*

---

26 BARLES S. « Complexité et mutabilité du concept d'égalité. In Hommes et Migrations, art. préc. p. 84

27 BARLES S. « Complexité et mutabilité du concept d'égalité. In Hommes et Migrations, art. préc. p. 85.

28 KPODAR A., « L'impératif constitutionnel », RCC , numéro spécial, n°001, 2019, p. 107 ; Voy. également DASSI A. C., *La Constitution interprétée par le juge constitutionnel*, Les éditions universitaires, Cotonou, 2022, op.cit.

29 KPODAR A. IBIDEM.

30 KPODAR A., « L'impératif constitutionnel », RCC, art. préc. , p. 115

*fondamental ou de remise en cause d'un impératif ou d'un principe à valeur constitutionnelle, la Cour peut se prononcer d'office ».*

Dans cette même décision, le juge pose comme impératif, le fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels de l'Etat : *« qu'en l'espèce, la requête vise à obtenir le rétablissement et la réalisation de l'impératif constitutionnel que constitue le fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels à la vie, à la santé, à la justice, à la défense et à la mobilisation des ressources publiques indispensables à l'existence de l'Etat et à la construction de la nation ».*

On peut alors retenir que l'impératif constitutionnel et l'égalité constituent les nouvelles dimensions de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine par la Cour constitutionnelle du Bénin. Ceci fait dire que le juge constitutionnel est un juge créatif et attentif<sup>31</sup>.

Pour mesurer la recevabilité de la requête, le juge constitutionnel a évoqué des insuffisances essentielles dans le contrôle de constitutionnalité opéré le 20 août 2004. Dans cette optique, il a d'une part, rendu inopérante l'autorité de la chose jugée traditionnellement reconnue à la décision de la haute juridiction ; d'autre part, il a recherché et retrouvé les raisons profondes de la recevabilité dans la philosophie de la justice constitutionnelle. Le prononcé de la recevabilité et les tenants de la fissure constituent alors les marques de sa démarche.

L'attention de la Cour constitutionnelle s'est manifestée par les violations révélatrices de la rupture de l'égalité des sexes.

---

31 AKEREKORO H., « Les nouvelles dimensions de la protection des droits fondamentaux de la personne humaine par la Cour constitutionnelle du Bénin », BIDH», BIDH, préc. pp. 26 et 27 V° I- Un juge constitutionnel créatif ; II- Un juge constitutionnel attentif.

## **II- Les violations fondées sur la rupture du principe d'égalité**

La Cour constitutionnelle a clairement affirmé son pouvoir de procéder au réexamen de la loi n°2002-07 du 24 août 2004. Elle tire raison de ce qu'un filtre constitutionnel antérieur, celui du 20 août 2004 y a laissé survivre une atteinte sérieuse à un droit fondamental garanti par la Constitution. Tout le raisonnement de la Cour affiche en toile de fond la rupture du principe d'égalité entre les époux sur l'attribution du nom à leurs descendants, d'une part, et entre eux, d'autre part.

### **A- La rupture de l'égalité verticale**

L'égalité verticale est celle qui s'applique à l'égard des enfants. Il est question d'ascendants et de descendants. Selon la loi béninoise des personnes et de la famille soumise à la censure de la Cour constitutionnelle, la transmission du nom patronymique se fait par le père. C'est le père et lui seul qui donne son nom à l'enfant. On peut alors comprendre la rupture de la verticalité de l'égalité entre époux en termes de transmission du nom à leurs progénitures.

Selon l'article 26 (nouveau) de la Constitution du Bénin, « *l'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit* ». La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples dispose successivement en son article 3 et 18, alinéa 3 que: « *Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi* », « *L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales* ».

Or l'article 6 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 dispose : « *L'enfant légitime porte le nom de famille de son père. L'enfant né*

*hors mariage porte le nom de celui de ses parents à l'égard duquel sa filiation est établie. En cas de reconnaissance simultanée des deux parents, l'enfant porte le nom de son père. Si le père reconnaît l'enfant en dernière position, l'enfant prendra son nom. Mais s'il s'agit d'un enfant de plus de quinze (15) ans, son consentement sera requis. En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. En cas d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari ».*

C'est à l'aune de ces dispositions constitutionnelles-puisque la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples est partie intégrante de la Constitution<sup>32</sup>- qu'il convient d'entrevoir les violations.

Dans son contrôle de constitutionnalité et de conventionalité, la haute juridiction en mettant en œuvre la technique de confrontation des dispositions de la loi fondamentale avec celles du code des personnes et de la famille du Bénin, a abouti à la conclusion que l'article 6 est contraire à la Constitution. Pour le dire, la Cour a logé substantiellement ses arguments dans ses premier et quinzième considérants. Dans son premier considérant, la Cour estime sans équivoque que « *le fait pour le législateur de permettre au père d'un enfant légitime de conférer son nom à l'enfant alors que cette possibilité n'est pas donnée à la femme qui elle aussi a contribué à la naissance de l'enfant* », induit la violation des textes sus visés par l'article 6 de la loi portant Code des personnes et de la famille du Bénin. Le quinzième considérant est conclusif « *Considérant qu'en déterminant dans les termes qui précèdent, les conditions d'attribution du nom à l'enfant dans les différentes hypothèses de la filiation, l'article 6 n'est pas conforme à l'article 26 alinéa 1 et 2 de la Constitution, 3 et 18, alinéa 1 de la CADHP. Les règles qu'il pose ne confèrent pas un égal pouvoir à la femme placée dans les mêmes conditions et situations que l'homme et ne préservent*

---

32 Art.7 de ladite Charte



*pas le droit fondamental de l'enfant à l'égal reconnaissance de la filiation de ses parents ».*

La notion d'égalité doit s'analyser comme étant un principe général selon lequel la loi doit être la même pour tous dans son adoption et dans son application. Il en résulte que les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination. La haute juridiction l'a constamment rappelé à plusieurs occasions dans des décisions dignes d'honneur. D'abord dans deux importantes décisions : DCC 96- 025 du 02 mai 1996 et DCC 12-069 du 22 mars 2012. Ensuite, elle décida dans la décision DCC 19-508 du 07 novembre 2019, reprise dans la décision DCC 21-293 du 18 novembre 2021 que *« l'égalité de traitement de tous devant la loi n'est rompue et le droit qui la porte violé que lorsque des citoyens, placés dans la même situation sont traités différemment et que cette discrimination ne vise pas à atteindre un objectif ou un impératif constitutionnel ».*

Au sens des dispositions sus énoncées, le principe constitutionnel d'égalité impose que si le code des personnes et de la famille reconnaît au père le pouvoir de donner son patronyme à l'enfant, le même texte devrait permettre à la mère génitrice de l'enfant d'en faire autant. Tel n'est malheureusement pas le cas. Le législateur a gardé un silence éloquent dont la signification évidente, est le refus du législateur de voir la femme transmettre son nom à son enfant. CARBONNIER a clairement affirmé que le nom porté par l'enfant est le prolongement de la puissance maritale<sup>33</sup>. Cette situation peut bien être interprétée comme la résurgence du patriarcat dans la loi

---

33 J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, Paris, Quadriga/PUF, 1re éd., 2004, n° 223.

Bénoïse<sup>34</sup>, portant ainsi la marque d'une discrimination injustifiée. Or, la Cour décida en 2019 que *«la loi ne doit contenir aucune discrimination injustifiée»*<sup>35</sup>.

En lien avec l'idée de Jean CARBONNIER, S. BARLES considère la parité comme une voie d'accès à l'égalité entre les sexes et la voie la plus radicale et évidente ; elle est également de celles qui soulèvent le plus de contestations<sup>36</sup>. Les arguments pour la parité sont les suivants : dans le droit et la politique, *«le sexe est traité comme une variable individuelle alors qu'il est un élément théorique permanent de la représentation collective»*<sup>37</sup>.

La lumière jurisprudentielle de la Cour s'est répandue et atteignit les parlementaires qui, tels des anges, exaucèrent les vœux du juge du 21 octobre 2021. Il s'en est suivie une métamorphose de la loi n°2002-07 du 24 juin 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin<sup>38</sup>. Dans ses mœurs, la réforme scella l'égalité des époux dans la transmission du nom patronymique à l'enfant.

L'article 6 Nouveau dispose : *« Lorsque la filiation est établie à l'égard des deux parents dans les conditions prévues par le présent code, ceux-ci choisissent le nom de famille dévolu à l'enfant : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit leurs deux noms accolés*

---

34 HONVOU K. S., *Le principe d'égalité en droit béninois de la famille*, thèse, 16 avril 2016, p. 105 et s. V° L'instauration d'une forme nouvelle d'inégalité relative au nom de la femme mariée ; DABO A., *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage en Afrique noire francophone Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, thèse, 15 décembre 2017, pp. 176 à 177. Pour une large part, la conception africaine de la famille reste patriarcale. Cette conception était également caractéristique de la culture européenne, antérieure aux réformes émancipatrices de la femme. Cela est attesté, en ce qui concerne la France, par le fait que le Code civil de l'époque napoléonienne instituait l'homme comme «chef de famille» et soumettait la femme à son autorité. V° Continuité du patriarcat.

35 Décision DCC 19-276 du 22 août 2019.

36 BARLES S. « Complexité et mutabilité du concept d'égalité. In Hommes et Migrations, n°1232, p.89, loc. préc.

37 DEMICHEL F., « A parts égales : contribution au débat sur la parité, recueil Dalloz, 1996, p.97.

38 L'arrêt du 21 octobre 2021 a eu pour résultat immédiat l'érection de la loi n°2021-13 du 20 décembre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin (CPFB).

*dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux.*

*En l'absence du choix prévu à l'alinéa précédent, l'enfant prend le nom de celui des parents à l'égard duquel sa filiation est établie en premier lieu et le nom de son père, si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre. En cas de désaccord entre le père et la mère, signalé par l'un d'eux à l'officier d'état civil dans les huit (08) jours après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms ; le nom du père, inscrit en première position suivi de celui de la mère sans le trait d'union. Le nom précédemment choisi ou dévolu dans les conditions de la présente disposition pour un enfant commun vaut pour tous les autres enfants communs. En cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont l'un des parents au moins est Béninois, les parents qui n'ont pas usé de la faculté de choix du nom dans les conditions des alinéas précédents, peuvent effectuer la déclaration adéquate lors de la transcription de l'acte ou à l'occasion de sa rectification ».*

Loin de toute idée d'insécurité juridique<sup>39</sup>, on pourrait, au demeurant, s'interroger sur l'avenir du droit de la famille. La matière s'est totalement constitutionnalisée au point de se fondamentaliser<sup>40</sup>.

---

39 BERGEL, J.-L., « La sécurité juridique », Revue du notariat, Volume 110, numéro 2, septembre 2008, p.271–285. En tout état de cause, dit l'auteur, l'impératif de sécurité juridique est inhérent au droit et en constitue nécessairement l'une des valeurs fondamentales. On attend du droit qu'il garantisse la sécurité, de sorte que l'on puisse prévoir la solution des situations juridiques et compter sur elle, grâce à des moyens de contraintes garantissant la réalisation des droits.

40 La question de la fondamentalisation du droit n'est pas totalement résolue en doctrine (DAUSES M.A., La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire », RTD eur. 1984, p. 401). Le doyen CORNU considère que terme instrumentalisé, au contenu variable (PERELMAN Ch. et R. Van Der ELST, dir., Les notions à contenu variable en droit, Bruxelles, Bruylant, 1984. ) au point d'être érigée en valise fourre-tout ( CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> éd. PUF, 2016, p. 467 ). Cependant, la constance est qu'un droit peut être fondamental, notamment « en raison du sujet de droit : l'homme » (CHAMPEIL- DESPLATS, « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », in Recueil Dalloz-Sirey, 1985, chron., p. 324).

Soutenu par les parlementaires, le juge constitutionnel béninois s'attribue, ainsi, la paternité de cette tendance fondamentaliste du droit de la famille encore inconnue dans les civilisations qui ont inspirées le droit béninois de la famille. C'est ce que fait la Cour lorsqu'elle dénonce dans son treizième considérant que « *les règles que posent les dispositions susvisées ne préservent pas le droit fondamental de l'enfant à l'égalité de reconnaissance de la filiation de ses parents* ».

On peut le voir, les sources du droit de la famille évoluent et on assiste de plus en plus au gouvernement du juge constitutionnel<sup>41</sup>.

Toutefois, s'interroger sur l'avenir du droit civil de la famille est par nature impossible depuis que le droit souhaite être adapté à 'la réalité de son temps'<sup>42</sup>. C'est sans doute le paradoxe du droit de la famille. La société lui demande de se retirer, de laisser aux mœurs et à la morale le soin de réguler les comportements. En même temps, les individus n'ont jamais été aussi friands de droits. L'éclatement du droit objectif par le pullulement des droits subjectifs avait été prédit par le doyen CARBONNIER<sup>43</sup>. Le droit ne cesse d'opposer les droits subjectifs inconciliables. C'est l'éternel débat : le droit précède-t-il ou suit-il les mœurs ? À trop s'éloigner, il court le risque de n'être pas effectif ; à trop coller à eux, il perd en cohérence d'ensemble et ne devient qu'instrument au service des individus. On se souvient que le droit qui jaillit du fait social, apparut sous la plume de CELSE, comme « *l'art du juste et du bon* »<sup>44</sup>. Il est la science qui se préoccupe de la paix et de la justice sociale. C'est justement dans cette logique

---

41 TROPER M., « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, pp. 49-65 ; BOSSE-PLATIERE H., « L'avenir du droit civil de la famille : Quelques conjonctures à l'horizon de l'Europe », Caisse nationale d'allocations familiales, « Informations sociales » 2005/ 8, n° 128, pp. 40 et 41, préc.

42 BOSSE-PLATIERE H., « L'avenir du droit civil de la famille : Quelques conjonctures à l'horizon de l'Europe », Caisse nationale d'allocations familiales, « Informations sociales » 2005/ 8, n° 128, pp. 39, préc.

43 CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, Forum, 1996.

44 « Jus est ars boni et aequi ».

que s'inscrit le juge constitutionnel du 21 octobre 2021. Sur le port *de lege lata* du nom de la mère par l'enfant au Bénin, on doit relever que le législateur béninois a l'avantage de rétablir une vérité socio-anthropologique : si on est sûr d'être né de sa mère, la filiation à l'égard du père reste et demeure fortement contestable en droit de la famille.

## **B- La rupture de l'égalité horizontale**

L'horizontalité de l'égalité s'applique aux époux unis par le mariage<sup>45</sup>. Les époux sont ceux qui donnent la vie à l'enfant<sup>46</sup>. On notera à l'article 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 précitée que : *«La femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari. Il en va de même pour la veuve jusqu'à son remariage. La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge»*. La Cour rappelle dans son deuxième *considérant* l'exposé des prétentions de la requérante en ces termes : l'article 12 de la loi portant code des personnes et de la famille viole les dispositions susvisées des articles 26 de la loi fondamentale, 3 et 18, alinéa 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples, par le fait pour le législateur *«de disposer que la femme mariée porte son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari alors que cette possibilité n'est pas reconnue à l'homme marié de garder son nom de jeune homme auquel il ajoute le nom de sa femme»*. Que le même texte viole la Constitution par le fait de *«permettre autant à la veuve entre temps marié alors que cette possibilité n'est pas aussi offerte au veuf»* et de *«permettre à la femme divorcée la faculté de porter le nom de son mari alors que cette faculté n'est pas*

---

45 Art. 26 de la loi fondamentale, 3 et 18, alinéa 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des peuples ; Cf. art. 153 à 158 du CPF Béninois ; Selon les dispositions de l'article 158 : « Le mariage crée la famille légitime. Les époux contractent ensemble, par leur mariage, l'obligation de nourrir, entretenir, élever, et éduquer leurs enfants ».

46 En ce qui concerne la transmission du nom, on doit noter que selon le législateur de 2004, l'enfant porte le nom du père peu importe la nature juridique des relations entre ses deux parents, que les parents soient mariés ou en concubinage.

*offerte aussi à l'homme divorcé*». De fait, sur la violation du droit à l'égalité par l'article 12 de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant code des personnes et de la famille, la Cour constitutionnelle décide dans son dernier *considérant* qu'«*en disposant ainsi, alors que l'article 26 al.1 et 2 de la Constitution prescrit l'égalité de l'homme et de la femme dans et devant la loi*», l'article 12 de la loi en cause est contraire à la Constitution et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Le sexe n'est pas une notion du droit<sup>47</sup>. *Le Littré* nous en donne deux définitions. Dans un premier sens, le sexe est la différence constitutive du mâle et de la femelle, et puisqu'il est question des personnes humaines, on peut dire qu'il s'agit de la différence constitutive de l'homme et de la femme. Dans un second sens, le sexe est le nom donné aux organes génitaux externes de l'homme et de la femme. Ces deux définitions sont identiques, car il semble que le premier critère de distinction constitutive de l'homme et de la femme c'est bien les organes génitaux.

En réalité, la construction de l'égalité entre l'homme et la femme est un trait majeur du droit moderne. Pour cerner la notion, le droit a imaginé deux solutions apparemment contradictoires : la non-discrimination et les actions positives. La non-discrimination entre sexes est la solution la plus ancienne et postule qu'il ne faut point distinguer entre l'homme et la femme lorsqu'on doit décider, récompenser ou punir. C'est pourquoi la loi condamne toute discrimination basée sur le sexe. Dans l'histoire du Code des personnes et de la famille, on doit rappeler que la première mouture du projet du Code, transmise à l'Assemblée nationale en 1995 pour adoption<sup>48</sup> avait suscité une forte controverse dans le pays. Tandis que les uns jugeaient que le texte était trop féministe, le dénommant ironiquement «code de la femme», les autres estimaient que le CPF n'était

---

47 TCHAKOUA J.-M. , « Le sexe en droit », Conférence inaugurale de rentrée solennelle 2017-2018, Chaire Unesco des Droits de la Personne et de la Démocratie, p.6

48 Par décret n° 95-236 du 5 sept. 1995.

pas aussi progressiste qu'il était annoncé, à cause des discriminations à l'égard de la femme qu'il recelait encore<sup>49</sup>.

Pour traquer les discriminations même les plus sournoises, on a inventé le concept de discrimination indirecte. Cependant, même renforcé, le principe de non-discrimination ne permet toujours pas de réaliser l'égalité recherchée, et le principe de non-discrimination exige une situation de départ équilibrée. Les actions positives connues sous le vocable de discrimination positive résident dans l'adoption de bonnes mesures de correction que la société tarde pourtant à adopter. Là réside la difficulté, car l'on doit prendre garde afin que le remède ne soit pas pire que le mal. A juste titre, on a pu dire que l'égalité, facilement assimilée aux droits de l'homme, bénéficie ou pâtit de leur «sur-idéologisation»<sup>50</sup>.

De toute façon, la Cour constitutionnelle a jugé inconstitutionnelle la rupture de l'égalité horizontale. En disposant comme elle l'a fait, la Haute juridiction dénonce dix-sept (17) ans de violation du principe d'égalité des époux c'est-à-dire dix-sept (17) ans de discrimination à l'égard des femmes mariées. À ce propos, la Cour constitutionnelle du Bénin a, le 21 octobre 2021, rendu une décision audacieuse. Il importe de céder à la tentation de dire que la pertinence de la violation révélée par la lettre du juge constitutionnel a inspiré la doctrine<sup>51</sup> et le législateur.

---

49 DJOGBENOU J., « Les personnes et la famille en République du Bénin : de la réalité sociale à l'actualité juridique », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille*, éd. Juris Ouanilo, fév. 2007, p.13.

50 L'expression est de ARNAUD A. -J., *Internationalisation des droits de l'Homme et évolution du droit de la famille*, ouvrage collectif, 1996, p.7.

51 DABO A., «L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise Décision de la Cour constitutionnelle n° 21-269 du 21 octobre 2021», Afrilex, avril 2022.

Il en résulta une rapide modification de la loi érigée dans les sillons tracés par la haute juridiction<sup>52</sup> un mois seulement avant. Désormais le législateur prévoit la possibilité pour l'homme marié de porter son nom auquel il adjoint celui de sa femme, et vice-versa. Le droit béninois de la famille jadis perçu comme un droit dogmatique, est devenu un droit mou, un droit flexible<sup>53</sup> exprimant liberté et égalité des époux. A cet effet, l'article 12 nouveau de la loi n°2021-13 du 20 décembre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin dispose : *«En cas de mariage, chaque époux conserve son nom ou prend celui de son conjoint ou adjoint le nom de celui-ci au sien. Il en va de même pour la veuve ou le veuf. La personne divorcée peut continuer de porter le nom de son ancien conjoint»*.

---

52 Loi n°2021-13 du 20 décembre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin (CPFB). Inscrite dans les lucarnes de l'arrêt en étude, cette nouvelle loi est essentiellement et curieusement consacrée à la modification des articles 6 et 12 de la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin.

53 CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., Paris, 2001.





LE DÉLIT D'ADULTÈRE DEVANT LE JUGE CONSTITUTIONNEL :  
RETOUR SUR LA DÉCISION DCC 09-081 DU 30 JUILLET 2009.

**Sri Amor M. COOVI**

*Docteure en droit public,*

*Assistante de recherche au Centre de Droit international*

*et de l'intégration africaine (CDIIA),*

*Université d'Abomey-Calavi.*

*« La Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. »<sup>1</sup>*

Telle est la réponse du constituant béninois à la question SIEYES : qui est nommé pour recevoir la plainte contre les infractions à la Constitution ?<sup>2</sup>

Ainsi, *« le juge constitutionnel est protecteur des droits fondamentaux et des libertés publiques. »*<sup>3</sup> À ce titre, il est entre autres le protecteur de l'égalité et de la discrimination. La question de l'égalité en droit entre l'homme et la femme n'est pas une question étrangère au juge constitutionnel du Bénin. Portée à maintes reprises devant lui sous divers aspects<sup>4</sup>, il a été invité dans sa décision DCC 09-081 du 30

1 Art.14 de la loi n°2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la Constitution.

2 SIEYES, Discours du 18 thermidor An III, Réimpression de l'ancien Moniteur, H. plon, 1862, t. XXV, p.442 ; V. aussi, SALAMI (I.), « La question préjudicielle de constitutionnalité sur l'adultère. Les cas du Bénin et du Congo » Annales de l'Université de Parakou, Série Droit et science politique, Vol.1, n°1, 2016, p.1 ; JAUME (L.), « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Droits*, 2002/2 (n° 36), pp. 115-134. Disponible sur : <https://www.cairn.info/revue-droits-2002-2-page-115.htm>, consulté le 29/06/2022 à 13h25.

3 SINDJOUN (L.), *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p.369 ; V. aussi, POIRMEUR (Y.), *Le Conseil constitutionnel protège-t-il véritablement les droits de l'Homme ?*, Groupe d'Etudes et de Recherches sur la justice constitutionnelle, Institut Louis Favoreu, 1996, p.33.

4 Égalité dans l'attribution du nom, Égalité dans l'octroi de la nationalité, égalité dans l'appréciation de ses faiblesses et impuissance de la personne humaine.

juillet 2009 à se prononcer sur l'égalité entre l'homme et la femme dans la Constitution, la poursuite et la peine encourue en cas du délit d'adultère. Dit autrement, l'égle appréciation juridique de l'homme et de la femme dans leurs passions, imprudences, vices et faiblesses de chair.<sup>5</sup>

En effet, saisi pour un contrôle incident d'exception d'inconstitutionnalité soulevée devant le Tribunal de première instance de Cotonou, le juge constitutionnel avait à charge un contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des articles 336 à 339 du Code Pénal « Bouvenet » alors en vigueur au Bénin. De manière précise, il était question d'analyser la conformité à la Constitution desdits articles au sens du principe de la l'égalité inscrit à l'article 26 de la Constitution du Bénin ainsi que par les articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.

Cette saisine du juge constitutionnel trouve ses origines dans les faits ci-après : en février 2007, Mme Nelly HOUSSOU saisit le Tribunal de première instance de Porto-Novo afin d'obtenir le divorce, en invoquant des sévices graves et la maltraitance. Plus d'un an après la demande en divorce de celle-ci, le mari riposte en la traduisant devant le juge pénal du Tribunal de première instance de Cotonou, au motif d'adultère commis par elle.<sup>6</sup> Alors que la procédure engagée par l'épouse n'avait enregistré aucune audience utile à cause de la politique de la chaise vide adoptée par le défendeur, celle du mari était menée au pas de charge.

---

5 Paraphrasant la formule d'Edouard LAFERRIERE en ce qui concerne la faute personnelle en droit administratif.

6 LEGAL GROUNDS, *Reproductive and Sexual Rights in Sub-Saharan African Courts*, Pretoria, PULP, Vol. III, 2017, disponible sur [2017\\_legal\\_grounds\\_reproductive\\_sexual\\_rights\\_sub-saharan\\_african\\_courts.pdf](#), consulté le 29/06/2022 à 14h04.

L'objectif était simple: obtenir un jugement pénal constatant l'adultère de l'épouse et l'introduire dans le dossier de la demande de divorce afin d'avoir un divorce aux torts exclusifs de Dame HOUSSOU<sup>7</sup>.

Alors, le 15 mai 2009, Mme HOUSSOU et son complice allégué, M. Akambi Kamarou AKALA, déposent, par l'entremise de leurs avocats, une demande à la Cour constitutionnelle. Les requérants reprochent aux dispositions légales attaquées d'être contraires à la Constitution, en ce qu'elles organisent un régime juridique différent selon que l'auteur de l'adultère soit un homme ou une femme.

La principale question qu'on pourrait se poser au regard de la décision rendue en rapport à cette affaire et de l'évolution normative est celle de savoir si le droit positif du Bénin offre une efficace protection à la femme en vertu du principe de l'égalité genre, en ce qui concerne le délit d'adultère ?

En substance, le délit d'adultère renvoie au fait pour un époux d'avoir des relations sexuelles avec une personne autre que son conjoint qui, en tant que violation du devoir de fidélité pourrait être sanctionné<sup>8</sup>. Analyser l'efficacité de la protection constitutionnelle de l'égalité genre face au délit d'adultère, c'est apprécier l'égalité entre homme et femme en matière de fidélité. Fidélité juridique des époux qu'on ne pourra pas analyser sans une vue d'une part sur la fidélité des garants de cette égalité juridique (I) et d'autre part sur l'infidélité qu'entraîne l'interprétation non conciliante de l'égalité juridique et de la finalité sociale du droit (II).

### **I- La fidélité à l'égalité genre**

Une Constitution est un corps de lois obligatoires, ou ce n'est rien. Il va de soi que toute loi suppose la possibilité de leur infraction, avec un besoin réel de les faire observer.<sup>9</sup> La préoccupation relative

---

7 SALAMI (I.), « La question préjudicielle de constitutionnalité sur l'adultère. Les cas du Bénin et du Congo » *Loc.Cit.*, pp. 1-16

8 CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 12<sup>ème</sup> ed., 2018, p. 39.

9 SIEYES, *Op.Cit.*, p. 442.

à la sanction de la violation de la Constitution n'est pas nouvelle, elle a traversé les siècles.<sup>10</sup> La décision du juge constitutionnel sur l'inconstitutionnalité d'une disposition est une illustration de la sanction à la violation de la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité en tant que mécanisme dévolu au juge constitutionnel en droit béninois permet de s'assurer que les normes inférieures respectent bien la Constitution.

Vérifier la conformité des articles 336 à 339 du Code pénal au principe d'égalité comme évoqué par le constituant originaire est le problème de droit posé au juge constitutionnel. Problème auquel il répond dans une fidélité absolue au principe (A). Fidélité confortée plus tard par le législateur (B).

#### **A- La fidélité du juge Constitutionnel**

« *L'État assure à tous l'égalité devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale.*<sup>11</sup> » Il résulte de cette disposition de l'article 26 alinéa 1 de la Constitution du Bénin tel que modifié par la loi 2019-40 du 07 novembre 2019 une obligation pour tous les pouvoirs publics de respecter le principe d'égalité. L'égalité est un principe cardinal qui a une valeur constitutionnelle en droit positif béninois.

Le même principe avec la même portée juridique est relevable au sens des articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 évoquée au Préambule de ladite Constitution et annexée à celle-ci. Lesdits articles disposent ainsi qu'il suit :

« *Toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis dans la présente Charte sans distinction aucune, notamment de race, d'ethnie, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion*

---

10 K. AHADZI-NONOU, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des États d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique, La Revue du Cerdip*, juillet-décembre 2002, vol. 1, n° 2, p. 40 et s.

11 Art.26 al.1 de la constitution du Bénin.

*politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation.<sup>12</sup> » ; « Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi<sup>13</sup>. »*

En conséquence, l'institution étatique du Bénin s'engage à fournir aux femmes et aux hommes les mêmes droits, opportunités, ressources dans tous les domaines. Il suit de là, une obligation pour les pouvoirs publics intervenant dans l'adoption des textes, de ne laisser à la promulgation que les textes conformes à la Constitution.

C'est à ce titre qu'il est prévu que la Cour Constitutionnelle statue obligatoirement sur : la constitutionnalité des lois organiques avant leur promulgation<sup>14</sup>, ainsi que sur la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général, sur la violation des droits de la personne humaine.<sup>15</sup> Autant le pouvoir exécutif que le pouvoir législatif disposent de la compétence pour demander un contrôle de constitutionnalité des lois avant leur promulgation. Lorsqu'il s'agit d'une question touchant aux droits humains et libertés publiques, la cour se prononce d'office.<sup>16</sup>

Mais une fois promulgué, le besoin de garantir les droits humains et libertés publiques fit amener le constituant à reconnaître à tout citoyen la possibilité de saisir la cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Ce dernier contrôle incident est celui se rapportant à la présente affaire.

Le respect du principe de la légalité par les articles 336 à 339 du Code Pénal entre temps en vigueur en République du Bénin est

---

12 Art. 2 de la CADHP.

13 Art.3 de la CADHP.

14 Art. 114 de la Constitution.

15 Art. 117 de la constitution.

16 Art.121 de la Constitution.

soumis au contrôle. Par l'exception soulevée devant le tribunal de Cotonou, les requérants allèguent que les articles 336 à 339 du Code Pénal sont contraires au principe d'égalité garanti par l'article 26 de la Constitution du Bénin ainsi que par les articles 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. L'incompatibilité relevée entre ces dispositions résulterait de conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme, et serait perceptible à un triple point de vue: tout d'abord, au niveau de la constitution de l'infraction, ensuite, en ce qui concerne la poursuite pour l'infraction, et enfin, au regard de la peine encourue.<sup>17</sup>

Le juge en considérant entre autres que l'homme et la femme bénéficient des mêmes avantages et privilèges et sont soumis aux mêmes contraintes juridiques<sup>18</sup> en République du Bénin, décide que les articles querellés sont contraires à la Constitution, car le législateur y instaure une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit d'adultère.

Le juge souligne l'inégalité en ce que lesdites dispositions de l'ancien Code pénal ne sanctionnent l'adultère du mari que lorsqu'il est commis au domicile conjugal, alors qu'ils sanctionnent celui de la femme, quel que soit le lieu de commission de l'acte. Pour le juge constitutionnel béninois, l'incrimination ou la non-incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution, mais c'est plutôt la différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme qui est contraire aux articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples.<sup>19</sup>

Il suit de là, une manifestation de la fidélité du juge constitutionnel béninois au principe de l'égalité en général et à celui de l'égalité genre en matière de délit d'adultère particulièrement.

---

17 LEGAL GROUNDS, *Reproductive and Sexual Rights in Sub-Saharan African Courts*, Op.Cit. p. 206.

18 Décision dcc 09 – 081 du 30 juillet 2009.

19 *Ibid.*

Cette fidélité du juge est d'une constance jurisprudentielle chez celui-ci. Fidélité à laquelle se conformera des années après le législateur sur la question.

## **B- La fidélité confortée par le législateur**

Dans leurs versions finales, les lois n'offrent pas toujours toute la protection souhaitée pour la personne humaine. Des dispositions discriminatoires sont quelquefois validées par la Cour Constitutionnelle.<sup>20</sup> C'est ainsi que les articles 336 à 339<sup>21</sup> de l'ancien Code Pénal ont passé les mailles du contrôle de constitutionnalité *a priori* pour accéder à l'entrer en vigueur. Lesdites dispositions n'avaient pas offert aux femmes « *le meilleur niveau de protection légale* »<sup>22</sup>. Les articles déclarés inconstitutionnels créaient des conditions plus favorables à l'homme qu'à la femme.

En déclarant lesdites dispositions contraire à la Constitution, la Cour constitutionnelle du Bénin avait déclaré contraires à la Constitution ces dispositions qui prévoyaient des sanctions plus sévères pour la femme que pour l'homme.

---

20 DABO (A.), L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise \_ *Décision de la Cour constitutionnelle n° 21-269 du 21 octobre 2021*, disponible sur <http://afrilex.u-bordeaux.fr/> L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise *Décision de la Cour constitutionnelle n° 21-269 du 21 octobre 2021 - AFRILEX (u-bordeaux.fr)*, consulté le 29/06/2022.

21 Article 336 : « *L'adultère de la femme ne pourra être dénoncé que par le mari ; cette faculté même cessera s'il est dans le cas prévu par l'article 339* ».

Article 337 : « *La femme convaincue d'adultère et, en cas de mariage célébré selon la coutume locale, celle qui, sans motif grave ou hors des cas prévus par ladite coutume, aura abandonné le domicile conjugal, subira la peine de l'emprisonnement pendant trois mois au moins et deux ans au plus.* »

*Le mari restera maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. »*

Article 338 : « *Le complice de la femme adultère sera puni de l'emprisonnement pendant le même espace de temps, et, en outre, d'une amende de 24 000 francs à 480 000 francs.* »

*Les seules preuves qui pourront être admises contre le prévenu de complicité seront, outre le flagrant délit, celles résultant de lettres ou autres pièces écrites par le prévenu »*.

Article 339 : « *Le mari qui aura entretenu une concubine dans la maison conjugale, et qui aura été convaincu sur la plainte de la femme sera puni d'une amende de 24 000 francs à 480 000 francs. Toutefois, en cas de mariage célébré selon la coutume locale, les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux citoyens ayant conservé leur statut particulier à l'exception de ceux d'entre eux qui auront renoncé à la polygamie coutumière, soit par un acte spécial, soit à l'occasion de leur mariage lorsque celui-ci aura été célébré selon le code civil »*

22 BOLLE (S.), « *L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ?* », *La Voix de l'intégration juridique et judiciaire africaine*, 2005, n° 5 & 6, p. 1



Une décision qui a rendu complexe la sanction de cette infraction dans les tribunaux ces neuf dernières années. Silence juridique que le législateur conforte neuf années plus tard par la loi n° 2018-16, du 04 juin 2018 portant Code pénal. Désormais, le nouveau Code lève cette iniquité en n'évoquant aucunement le délit d'adultère. En substance, pour le juge constitutionnel l'incrimination ou la non-incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution. Il en résulte donc qu'en dépénalisant l'adultère, le législateur a plutôt opté pour la non-incrimination de l'adultère.

Ainsi, l'adultère se trouve vidé de son contenu par le législateur. Ne serait donc plus constitutif d'adultère celui commis au domicile conjugal, ou à quel que lieu de commission de l'acte que ce soit. Toutefois, il demeure dans le Code pénal une référence au flagrant délit d'adultère qui excuserait les crimes et délit<sup>23</sup>, s'ils sont commis par l'un des époux sur son conjoint ainsi que sur le complice, à l'instant où il les surprend en flagrant délit d'adultère.<sup>24</sup>

Un délit que manque de définir le législateur qui renforce donc le silence sur l'appréciation de l'adultère qu'avait entraîné la décision DCC 09 – 081 du 30 juillet 2009 sur l'égalité juridique en matière de délit d'adultère. Mais si la fidélité du législateur et du juge pénal à la décision du juge constitutionnel peut être soulignée, qu'en est-il de celle du juge civil et de l'environnement social au juge.

## **II- L'infidélité de l'environnement**

En dépit de la permanence et de l'universalité de ses diverses finalités et de bon nombre de ses composantes, le phénomène juridique se développe et évolue dans un contexte temporel, géographique et social dont on ne peut le désolidariser.<sup>25</sup> Même ceux qui ont du droit une conception volontariste ou qui subliment le droit en y jetant un regard métaphysique inspiré de

---

23 Le meurtre ainsi que les blessures et les coups.

24 Art. 537 du code pénal.

25 BERGEL (J.-L.), *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1998, p. 107.

principes absolus, intemporels et universels admettent l'influence du temps, de l'espace et des faits sociaux sur le Droit.<sup>26</sup>

Le droit objectif doit donc interagir avec l'environnement social qu'il est censé régir. Le défaut de cohésion entre l'environnement social et le droit dit par le juge explique donc l'infidélité de l'environnement à la décision du juge constitutionnel (A) et donc le devoir d'infidélité à l'interprétation rigide du principe de l'égalité genre par le juge (B).

### **A- L'infidélité de l'environnement judiciaire**

« *Il résulte de la lecture des articles 336 à 339 du Code Pénal que le législateur a instauré une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit.*<sup>27</sup> »

Par ce considérant, le juge constitutionnel souligne l'inégalité d'appréciation des éléments constitutifs du délit d'adultère. En conséquence, une exhortation au législateur d'égaliser les éléments d'appréciation si tant est qu'il souhaite pénaliser l'adultère.

Ainsi, tant que le législateur n'aura pas défini la notion en précisant ses éléments constitutifs, l'adultère devra être considéré comme inexistant dans le droit positif béninois. La non-incrimination de l'adultère n'étant pas contraire à la Constitution<sup>28</sup>, le choix d'une non-incrimination est le moindre qu'on puisse attendre du juge judiciaire, mais une application variée est de loin inconcevable.

En effet, les décisions du juge constitutionnel sont revêtues de l'autorité de la chose jugée.<sup>29</sup> « *Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. (...) Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles.* »<sup>30</sup> Il en appert qu'autant en

---

26 *Ibid.*

27 Décision dcc 09 – 081 du 30 juillet 2009.

28 *Ibid.*

29 ADELOUI (A.A.-J.), « L'autorité de la chose jugée par les juridictions constitutionnelles en Afrique », RBSJA, n°26, 2011, pp. 137-187.

30 Art. 124 de la Constitution.

matière civile qu'en matière pénale, la référence à l'adultère par le juge n'est conforme à la Constitution tant qu'il n'existe une validation par le juge constitutionnel des éléments constitutifs de l'adultère.

Pourtant, l'adultère demeure au sens de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille, telle que modifiée par loi n° 2021-13 du 20 décembre 2021 un motif de divorce. Le juge civil continue de faire prononcer le divorce pour adultère de l'un des époux en tant que divorce pour faute.<sup>31</sup> On est alors en droit de s'interroger sur les éléments d'appréciation juridique qui permettent audit juge de prononcer un tel divorce dans la mesure où le même Code exclut l'usage de l'enquête sociale dans le débat sur la cause du divorce.<sup>32</sup> Ainsi, la réalité sociale ne saurait justifier l'application d'une telle disposition.

En rendant inconstitutionnelle l'appréciation que fait le législateur de la poursuite et des peines encourues du fait de l'adultère, le juge constitutionnel prive d'effet juridique l'adultère. Une remise en cause de l'appréciation du fait dont ne tient pas compte le juge civil, pourtant la décision de juge constitutionnel est intervenue des années après l'adoption du Code des personnes et de la famille.

## **B- L'infidélité de l'environnement social**

La personne humaine est un être « *sociable* » selon Aristote. Elle vit en société, se trouve inévitablement impliquée dans un ensemble de « *rapport nécessaire qui dérivent de la nature des choses* .»<sup>33</sup>L'organisation juridique est inhérente à l'existence de la vie humaine parce qu'il ne peut avoir de société sans droit. La plupart des civilisations donnent dès l'origine une place prépondérante au droit, conçu comme « *l'ensemble des règles qui déterminent les*

---

31 Art.234 du code des personnes et de la famille.

32 Art. 266 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille.

33 MONTESQUIEU (C.), *De l'esprit des lois*, Livre I, chap. 1.

*rappports humains*<sup>34</sup> » qui constituent un « système d'obligations <sup>35</sup>» assorties de sanction. Le droit est dès lors par lui-même un fait social tel que le définissait Emile DURKHEIM, c'est-à-dire un phénomène spontané qui naît de la réunion des hommes en groupes dotés d'une certaine permanence et d'une certaine consistance.<sup>36</sup>

Le lien entre la règle de droit et l'environnement social n'est ni à démontrer ni à contester. La règle de droit naît, s'exerce et s'éteint dans celui-ci. Sous peine de faire œuvre vaine, la règle de droit doit être établie en tenant compte des données de l'ordre social. Il est donc nécessaire.<sup>37</sup> Le droit est une discipline sociale. La société représente la valeur suprême qui doit être protégée, car c'est par elle que les Hommes reçoivent leurs acquisitions les plus précieuses.<sup>38</sup>

Il en résulte de cette doctrine du droit social que l'égalité genre telle que prononcée par les règles de droit en République du Bénin ne saurait être extirpée de l'environnement social dans lequel il s'exerce. Ainsi, le juge constitutionnel en analysant la constitutionnalité tout comme le législateur en adoptant les textes devraient tenir compte de l'environnement social.

En substance, l'inégalité genre dans l'appréciation de l'adultère ainsi que le présentait l'ancien Code pénal, est le reflet de la position de la société béninoise. Une société peut être inégalitaire vis-à-vis de la femme. Et une inégalité peut être instauré pour une meilleure protection. La polygamie, l'adultère, les effets familiaux du nom pour ne relever que ses quelques décisions du juge sur l'égalité genre vise à n'en point douter le respect

---

34 LEVY-BRUHL (H.), *Aspects sociologiques du Droit*, Rivière, 1955, p. 12.

35 Ibid.

36 TERRE ( F ), « La sociologie du droit de Durkheim », in Raymond Boudon, *Durkheim fut-il durkheimien ? Actes du colloque organisé les 4 et 5 nov. 2008 par l'Académie des Sciences morales et politiques*, Paris, Armand Colin, 2011, pp. 127-144, disponible sur <https://www.cairn.info/--9782200274344-page-127.htm>, consulté le 05 juillet 2022, à 15h05.

37 ROUBIER (P.), *Théorie générale du Droit*, Paris, Dalloz, 2005, 336 P. ; V. aussi BERGEL (J.-L.), *Théorie général du droit*, Paris, Dalloz, 1999, pp. 153-154.

38 ROUBIER (P.), *Op.Cit.*, p. 231.

du principe d'égalité mais garantissent-elles une meilleure protection à la femme et l'enfant dans la société béninoise ?

D'une part, si l'on convient avec le juge constitutionnel qu'il est question d'assurer l'égalité genre devant la loi, il importe de se demander si cette finalité visée par le juge est atteinte. «L'égalité de genre» est le fait de fournir aux femmes et aux hommes les mêmes droits, opportunités, ressources dans tous les domaines. «L'équité de genre» est le fait d'avoir un traitement différencié entre femmes et hommes pour corriger des inégalités de départ et atteindre «l'égalité genre ». La belle illustration de cette dernière est à l'article 26 alinéa 2 de la constitution qui dispose : « *l'homme et la femme sont égaux en droit. Toutefois, la loi peut fixer des dispositions spéciales d'amélioration de la représentation du peuple par les femmes.* »

Il en résulte une discrimination genre prévu par le constituant qui est analysable en équité genre visant à garantir l'égalité genre. Vu sous cet angle, le constituant admet donc l'inégalité en vue d'assurer l'égalité devant la loi. Une inégalité peut donc contribuer à une meilleure protection. Ceci étant, le juge constitutionnel béninois pourrait adopter une analyse souple de certaines dispositions surtout lorsque cela vise un équilibre social et culturel. Le juge constitutionnel n'est-il pas garant de la culture du peuple béninois ?

D'autre part, il est à observer que dans sa décision, le juge constitutionnel met en avant « *l'égalité devant la loi* » prônée par l'article 26 de la Constitution du Bénin. À ce niveau, un écart entre les motivations et la décision rendue pourrait être relevé. En se référant à Hans KELSEN, la distinction entre « égalité devant la loi » et « égalité dans la loi » mérite d'être relevée<sup>39</sup>. La première revient à affirmer un principe immanent à tout ordre juridique, celui de la régularité de l'application du droit en général. Ce qui réduit le principe d'égalité à celui de la légalité. La seconde s'adresse au législateur, vise le

---

39 KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Trad. Fr., 1962, p. 90.

contenu même de la loi et interdit des discriminations arbitraires fondées sur la race, la religion, la classe sociale, le sexe...

Il s'y dégage que le juge constitutionnel a avancé l'égalité devant la loi, mais il a plutôt fait un contrôle sur l'égalité dans la loi (l'ancien Code pénal). Il existe donc un besoin de reformulation de l'égalité par le constituant ou une obligation pour le juge constitutionnel de s'en tenir à l'égalité devant la loi.

### **CONCLUSION**

Au demeurant, le juge constitutionnel béninois quoique nourrissant la volonté de protéger la femme en lui garantissant une égalité genre, en vient à exposer davantage celle-ci aux inégalités sociales. La femme résidant au Bénin vit dans cette contrariété entre la société et le droit.

Si l'égalité juridique ne rime pas avec l'égalité sociale, légalité sert elle vraiment la femme ?



LE STATUT CONSTITUTIONNEL D'ANCIEN CHEF D'ETAT  
EN AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

**Eric SIMO**

*Ph. D en Droit Public,*

*Assistant à la Faculté des Sciences Juridiques et Politiques,  
Université de Yaoundé II (Cameroun).*

« *L'ancien président de la République qui arrive au terme de son mandat ou qui voit celui-ci écourté par une démission forcée, redevient un citoyen comme les autres* »<sup>1</sup>. Renchérissant cette manière de concevoir le système républicain, Albert LEBRUN<sup>2</sup> invite le premier personnage de l'Etat<sup>3</sup> à tenir compte des effets attachés à la temporalité du mandat en ces termes : « *j'étais hier tout, aujourd'hui je ne suis rien, c'est la loi de la démocratie* ». En réalité, et bien qu'on puisse la remonter à l'époque antique<sup>4</sup>, dans les grandes démocraties contemporaines<sup>5</sup>, la rotation des élites au sommet de l'Etat<sup>6</sup>, c'est-à-dire l'obligation qui pèse sur le mandataire du pouvoir politique de passer le flambeau après une certaine période, est perçue comme un principe républicain.

---

1 DECAUX (Emmanuel), « Le statut du Chef d'État déchu », *AFDI*, vol. 26, 1980, p.103.

2 Cité par GICQUEL (Jean-Éric), « Le statut judiciaire de l'ancien président de la République », in CAMBY (Jean-Pierre), COTTIN (Stéphane), JAN (Pascal) (dir.), *Les anciens présidents de la République : un nouveau sujet juridique ? Petites Affiches*, 30 novembre 2016, n°239, p.28.

3 PRELOT (Marcel), BOULOUIS (Jean), *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 6<sup>ème</sup> éd. Paris, Dalloz, 1975, p.655.

4 A Athènes, la plupart des fonctions que n'exerçait pas l'assemblée du peuple étaient confiées à des citoyens de plus de trente ans, pour un mandat d'un an renouvelable une seule fois. Voyons LOADA (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, n°03, 2003, p. 140.

5 LAUVAUX (Philippe) et Le DIVELLEC (Armel), *Les grandes démocraties contemporaines*, 4<sup>e</sup> éd. Paris, PUF, 2015, 1070 p.

6 AÏVO (Frédéric Joël), « Le statut constitutionnel du « Président élu » en Afrique noire francophone », *Revue Afrilex*, 2019, p.2.



En théorie constitutionnelle<sup>7</sup> en effet, la périodicité du mandat est à la fois une « *garantie contre l'arbitraire et (...) une voie d'éducation à la démocratie et à l'esprit républicain* »<sup>8</sup>. Cette culture démocratique a du mal à s'enraciner dans les Etats d'Afrique noire francophone. Pour cause, il y émergerait une sorte d'« *absurdité constitutionnelle* »<sup>9</sup> découlant du statut que le constituant reconnaît de plus en plus aux anciens chefs d'Etat. Quelques données récentes ravivent la flamme autour dudit statut<sup>10</sup> qui sous d'autres cieux, a récemment bénéficié d'une attention particulière<sup>11</sup>.

En septembre 2000, la prestation de serment<sup>12</sup> ayant conféré à l'ancien Président congolais, Joseph KABILA KABANGE<sup>13</sup> le titre de sénateur à vie, n'a assurément pas échappé à la curiosité des citoyens tout comme elle n'a pas manqué de susciter l'émotion au sein de la classe politique. Aussi, la récente décision du Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire sur la recevabilité des candidatures à l'élection présidentielle<sup>14</sup> au rang desquelles, celles des anciens présidents Laurent GBAGBO et Konan BEDIE, conforte l'analyse de la vie politique après le pouvoir<sup>15</sup>.

---

7 GUASTINI (Riccardo), *Leçons de théorie constitutionnelle*, Traduit par Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Paris, Dalloz, coll. « Rivages du droit », 2010, 134 p.

8 DOSSOU (Robert), « Flux et reflux dans le nouveau constitutionnalisme africain » *Revue du Conseil Constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, p. 337.

9 MACHELON (Jean-Pierre), « Un exemple d'absurdité constitutionnelle : la loi du 31 août 1871 portant que le chef du pouvoir exécutif prendra le titre de président de la République française », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Economica, 2001, pp. 121-138.

10 PERROT (Sandrine), « Y'a-t-il une vie après le pouvoir ? Le devenir des anciens chefs d'Etat africains », *Centre d'étude d'Afrique noire francophone*, n°51-52, 1996, 44 p.

11 CAMBY (Jean-Pierre), COTTIN (Stéphane), JAN (Pascal) (dir.), *Les anciens présidents de la République : un nouveau sujet juridique ?*, *op.cit.*

12 Elle a eu lieu à l'occasion de la session ordinaire du Sénat du 15 septembre 2020.

13 Monsieur Joseph KABILA a exercé la magistrature suprême en République Démocratique du Congo depuis l'assassinat de son père, Laurent-Désiré KABILA, en 2001 avant de la quitter à l'issue de l'élection présidentielle du 30 décembre 2018.

14 Décision n°CI-2020-EP-009/14-09/CC/SG du 14 septembre 2020 portant publication de la liste définitive des candidats à l'élection du Président la République du 31 octobre 2020.

15 PERROT (Sandrine), « Y'a-t-il une vie après le pouvoir ? Le devenir des anciens chefs d'Etat africains », *op.cit.*, 44 p.

Plus incisive est la décision rendue par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans laquelle elle somme l'Etat ivoirien « *de prendre toutes les mesures nécessaires en vue de lever immédiatement tous les obstacles empêchant le Requérent - Laurent GBAGBO dont le dossier de candidature avait été rejeté dans le fond – de s'enregistrer sur la liste électorale* »<sup>16</sup>. On n'en dira pas moins de la renaissance politique, un peu comme le Phœnix, de Denis SASSOU NGUESSO<sup>17</sup> ou encore et à titre purement indicatif, des démissions forcées des Président Blaise COMPAORE<sup>18</sup>, François BOZIZE<sup>19</sup> et Robert MUGABE<sup>20</sup>.

A l'observation, la question du président déchu<sup>21</sup> et plus globalement celle d'ancien chef d'Etat, occupe une place singulière dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone. Elle s'inscrit par ailleurs dans une logique de circularité des recettes constitutionnelles au niveau régional<sup>22</sup> et sous régional, sans doute facilitée par l'ouverture des constitutions aux normes

---

16 Ordonnance (Mesures provisoires), 25 septembre 2020, *Affaire Laurent GBAGBO c. / République de Côte d'Ivoire*. (Les parenthèses sont de nous).

17 Arrivé au pouvoir pour la première fois en 1979, il va diriger l'Etat congolais jusqu'en 1992. Contre toute attente, par la force, il retrouvera le fauteuil présidentiel en 1997 pour y rester jusqu'à nos jours.

18 Le 31 octobre 2014, il démissionnait de la présidence burkinabè après 27 ans de pouvoir sans alternance. Son gouvernement a en effet été renversé à la suite d'un mouvement populaire. On lira SOMA (Abdoulaye), « Réflexion sur le changement insurrectionnel au Burkina Faso », *Revue CAMES/SJP*, n° 001, 2015, pp. 1-14.

19 Arrivée au pouvoir par une technique anticonstitutionnelle le 15 mars 2003, son règne prendra finalement fin le 24 mars 2013, date à laquelle il fut forcé de s'exiler en territoire camerounais.

20 Bien qu'externe à l'Afrique noire francophone, cet exemple permet de mettre en relief l'actualité sur l'émergence des anciens chefs d'Etat en Afrique. Il est davantage intéressant dans la mesure où, âgé de 93 ans, Robert MUGABE, exerçait la magistrature suprême depuis 1980. Sa démission forcée en novembre 2017 permet désormais de parler d'ancien chef d'Etat au Zimbabwe.

21 DECAUX (Emmanuel), « Le statut du Chef d'État déchu », *op.cit.*, pp. 101-139.

22 Allusion étant faite ici aux valeurs et principes démocratiques inscrits dans la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 de l'Union Africaine.

d'origine externe<sup>23</sup>. Au sein de la CEDEAO<sup>24</sup> par exemple, il est clairement indiqué que « *tout ancien Chef d'Etat bénéficie d'un statut spécial incluant la liberté de circulation. Il bénéficie d'une pension et d'avantages matériels convenant à son statut d'ancien Chef d'Etat* »<sup>25</sup>. A partir de ce constat, une double précision tenant successivement au contenu de la notion de statut d'ancien chef d'Etat et aux raisons attachées à la circonscription de l'étude autour du statut constitutionnel, mérite d'être faite.

Le vocable statut puise son origine étymologique dans le mot latin *statutum*<sup>26</sup>, plus connu sous l'appellation *status*. Sous ce dernier versant, il est prosaïquement utilisé pour désigner la qualité qui est reconnue à une personne, un organe ou une institution<sup>27</sup>. Dans le discours savant des juristes, il renvoie à la condition juridique d'une personne, d'une catégorie de personnes ou d'une institution, qui résulte d'un ensemble de règles établies par la loi<sup>28</sup>. C'est donc l'ensemble d'avantages et de charges visant à garantir la liberté dans l'exercice du mandat<sup>29</sup> ou tout simplement, l'ensemble des règles applicables à la désignation d'une autorité, à la durée de son mandat et à la protection de celui-ci<sup>30</sup>. Ainsi, parler du statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat revient à scruter les normes à

---

23 ONDOUA (Alain), « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et les normes d'origine externe », in AHADZI-NONOU (Koffi), KOKOROKO (Dodzi), KPODAR (Adama) et AÏVO (Frédéric Joël) (Coord.), *Démocraties en questions, Mélanges en l'honneur du professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp.155-180.

24 Communauté Economique des Etats d'Afrique de l'Ouest. Elle est créée le 25 mai 1975 et depuis le retrait de la Mauritanie en 2000, elle regroupe les quinze pays suivants : Bénin, Burkina Faso, Cap Vert, Cote d'Ivoire, Gambie, Ghana, Guinée Conakry, Guinée Bissau, Libéria, Mali, Niger, Nigéria, Sierra Leone, Sénégal et Togo.

25 Cf., article 1<sup>er</sup> (I) du Protocole A/SP1/12/01 du 21 décembre 2001 de la CEDEAO sur la Démocratie et la Bonne Gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de Gestion, de règlement des conflits, de maintien de la Paix et de la Sécurité.

26 *Dictionnaire Larousse de la langue française*, Paris, Larousse, 1977, tome 2, p. 1788.

27 CORNU (Gérard) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, PUF, 2011, p. 886.

28 *Ibidem*.

29 VAN DER HULST (Marc), *Le mandat parlementaire. Etude comparative mondiale*, Genève, Union interparlementaire, 2000, p.29.

30 MEBIAMA (Guy Jean Clément), *Le régime politique de la République du Congo après la Constitution du 20 Janvier 2002*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2005, p.74.

valeur constitutionnelle<sup>31</sup> entretenant une relation avec la condition juridique de la personne susmentionnée.

Par ancien « chef d'État »<sup>32</sup>, il faut entendre toute personne qui, constitutionnellement investie, a eu à exercer les fonctions les plus éminentes dans l'État. Elle a donc été, pendant une période rigoureusement encadrée<sup>33</sup>, l'autorité suprême<sup>34</sup>, « *la plus haute autorité étatique, détentrice du pouvoir suprême* »<sup>35</sup>. Le statut spécial qui lui est reconnu, et c'est le second aspect de la précision, n'est pas exclusivement aménagé par la Constitution. Il peut valablement avoir aussi une assise législative<sup>36</sup> ou internationale. C'est ainsi qu'en droit international, il est admis que « *devant la persécution, toute personne a le droit de chercher asile et de bénéficier de l'asile en d'autres pays (...)* »<sup>37</sup>.

---

31 Référence étant faite à la Constitution ainsi qu'aux normes qui lui sont dérivées et traitant de la condition de l'ancien chef d'État. Sur le second élément, voir GUESSELE ISSEME (Pierre Lionel), « Les normes dérivées de la Constitution dans les États d'Afrique noire francophone », *RADSP*, Vol. V, n° 9, jan.- juin 2017, pp.89-122.

32 Les textes constitutionnels anglais et américains ne qualifient pas le président de chef de l'État. Aussi, et comme le rapporte la professeure Hélène TOURARD, les textes constitutionnels français n'ont pas toujours utilisé cette expression. Si elle fut usitée successivement par les chartes de 1814 et 1830, la constitution de 1852 et l'acte constitutionnel du 11 juillet 1940, depuis 1875, une rupture est observée. Cf., TOURARD (Hélène), « La qualité de Chef de l'État », in SFDI, *Le Chef d'Etat et le droit international*, Colloque de Clermont-Ferrand, Paris, Pedone, 2002, p. 117.

33 Cette précision n'est pas anodine : toute personne qui refuse de rendre le pouvoir au parti ou au candidat vainqueur à l'issue d'élections libres, justes et régulières, se rend coupable d'infraction de changement anticonstitutionnel de gouvernement au sens de la Charte Africaine de la Démocratie, des Élections et de la Gouvernance du 30 janvier 2007. Cf. son article 23, paragraphe 4 et lire avec intérêt TCHEUWA (Jean-Claude), « L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement », *RRJ*/2009, Vol. 34, n°127, pp. 995-1022.

34 Le DIVELLEC (Armel) et De VILLIERS (Michel), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, Sirey, 2015, p.40.

35 ONDO (Télesphore), *La responsabilité introuvable du chef d'Etat africain : analyse comparée de la contestation du pouvoir présidentiel en Afrique francophone (les exemples camerounais, gabonais tchadien et togolais)*, Thèse de Doctorat en Droit Public, Université de Reims, 2005, p.19.

36 En général, c'est la loi qui détermine le statut pénal, voire judiciaire de tout individu y compris celui de l'ancien chef d'État en application des principes : de légalité des peines et des délits et, surtout, d'égalité devant la loi. Devenu un citoyen ordinaire à l'expiration de son mandat, l'ex-président devient en réalité, du moins dans le principe, un justiciable ordinaire.

37 Article 14 de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Il est par conséquent reconnu au profit de l'ancien chef d'Etat, l'immunité juridictionnelle sur le territoire d'un Etat étranger, exceptionnellement lorsqu' «*il y est assigné ou poursuivi en raison d'actes qu'il a accomplis durant ses fonctions et qui participaient de leur exercice* »<sup>38</sup>. Pour autant, et pour plus d'une raison, l'analyse de ce statut mérite d'être abordée sous un angle constitutionnel.

*Primo*, il apparait comme un nouvel objet du droit constitutionnel<sup>39</sup> en Afrique noire. C'est en effet sous l'égide du nouveau constitutionnalisme<sup>40</sup> que ce statut a été explicitement<sup>41</sup> ou implicitement<sup>42</sup> inscrit dans les énoncés constitutionnels.

---

38 Cf. Article 13 (2) de la Résolution de l'Institut de droit international, Session de Vancouver, 26 août 2001, *Les immunités de juridiction et d'exécution du chef d'Etat et de gouvernement en droit international*.

39 ROUSSILLON (Henry), BIOY (Xavier), MOUTON (Stéphane) (dir.), *Les nouveaux objets du droit constitutionnel*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, 407 p.

40 AHADZI-NONOU (Koffi), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique Juridique et Politique Revue du CERDIP*, n°2, juillet-décembre, 2002, pp. 35-86 et AÏVO (Frédéric Joël), « Les tendances émergentes du nouvel ordre constitutionnel en Afrique », *Revue du Conseil constitutionnel d'Algérie*, n°4, 2014, pp. 289-309.

41 En Guinée, le constituant – article 44 de la Constitution de 2010 – indique que : « Les anciens Présidents de la République prennent rang protocolaire immédiatement après le Président de la République dans l'ordre de l'ancienneté de leur mandat et avant le Président de l'Assemblée Nationale. Ils peuvent être chargés de missions spéciales par le Président de la République. Ils bénéficient d'avantages matériels et d'une protection dans les conditions qu'une loi organique détermine ». L'article 120 de la Loi n°1/ 010 du 18 mars 2005 portant promulgation de la Constitution de la République du Burundi repris par le même article de la Constitution adoptée par le référendum du 17 mai 2018, prévoit explicitement qu'« A l'expiration de ses fonctions, le Président de la République a droit, sauf en cas de condamnation pour haute trahison, à une pension et à tous autres privilèges et facilités déterminés par la loi ». L'Article 50 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 qui est identique à l'article 37 de la Constitution du 27 juin 1981, abonde dans le même sens tout comme les articles 39 de la Constitution de Djibouti du 4 septembre 1992, 79 (2) de la Constitution du Tchad du 04 mai 2018, 45 de la Constitution Burkina FASO du 11 juin 2012.

42 L'article 180 de la loi constitutionnelle de 2005 au Burundi fait des anciens chefs d'Etats, membres du Sénat. Celle de la République Démocratique du Congo, la Constitution du 18 février 2006, précise que « les anciens Présidents de la République élus sont de droit, sénateurs à vie ». Cf. également l'article 75 de la Constitution togolaise du 15 mai 2019. Dans d'autres Etats par contre, les anciens présidents sont membres de plein droit de la juridiction constitutionnelle : articles 128 de la loi constitutionnelle n°2016-886 portant Constitution de la Côte d'Ivoire, 76 de la Constitution de Djibouti précitée, 51 (2) la Constitution de la République du Cameroun du 18 janvier 1996.

*Secundo*, les normes qui concrétisent ce statut ont pour la plupart<sup>43</sup>, une valeur constitutionnelle<sup>44</sup>. A cet égard, afin de mieux le cerner, l'étude entend mobiliser la notion de « bloc de constitutionnalité »<sup>45</sup> qui renvoie à une « *conception extensive de la notion de constitution* »<sup>46</sup>. *Tercio*, du moment où ledit statut entretient une filiation avec le pouvoir politique, son analyse peut être révélatrice de l'existence d'une fracture constitutionnelle<sup>47</sup> en rapport avec le droit français<sup>48</sup>.

- 
- 43 Il en va autrement en France où pendant longtemps, ce statut était déterminé par la Loi n° 55-366 du 3 avril 1955, relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques. A partir du 8 janvier 1985 c'est un courrier du Premier ministre Laurent FABIUS qui allait fixer « de manière permanente le statut dans la nation, des anciens Présidents de la République et des conjoints des Présidents de la République décédés », dont la valeur juridique a été attestée par le Conseil d'Etat. Cf. CE, 28 septembre 2016, n° 399173, *Anticor*. Relevant donc du pouvoir réglementaire, la question a été formalisée dans le Décret n°2016-1302 du 4 octobre 2016 dont la lecture doit néanmoins tenir compte de l'Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, norme à valeur constitutionnelle.
- 44 Allusion étant faite aux différentes lois organiques qui au sens du professeur Bertrand MATHIEU, complètent, précisent et prolongent la Constitution. ARDANT (Philippe), MATHIEU (Bernard), *Institutions politiques et Droit constitutionnel*, 32<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2020-2021, p.72. Relativement à l'étude, cette fonction leur est conférée par le constituant en ces termes : les anciens chefs d'Etat « (...) bénéficient d'avantages matériels et d'une protection dans les conditions qu'une loi organique détermine ». Cf. article 44 de la Constitution nigérienne de 2010. Dans le même sens, articles 120 de la Constitution de la République du Burundi, *op.cit.* ; 48 de la Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 ; 39 de la Constitution de Djibouti, *op.cit.* ; 45 de la Constitution du Burkina FASO *op.cit.* En application de cette prescription constitutionnelle, on peut de manière non exhaustive citer l'adoption des lois burundaise n°1/02 du 09 décembre 2004 modifiant la loi n°1/003 du 02 octobre 1993 portant statut du Président de la République à l'expiration de ses fonctions ; congolaise n°18/021 du 26 juillet 2018 portant statut des anciens présidents de la république élus et béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009 portant pension et autres avantages aux anciens Présidents de la République.
- 45 DENIZAU (Charlotte), *Existe-t-il un bloc de constitutionnalité ?* Paris, LGDJ, coll. « Droit », 1997, 152 p.
- 46 FAVOREU (Louis), « Le principe constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Recueil d'études en hommage à Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1977, p. 34.
- 47 AÏVO (Frédéric Joël), « La fracture constitutionnelle. Critique pure du procès en mimétisme », in Frédéric Joël AÏVO (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 33- 46.
- 48 La note 42 en donne déjà quelques indications.

En tout état de cause, l'identification du bénéficiaire du statut d'ancien chef d'Etat ne semble pas toujours aller de soi dans le constitutionnalisme africain.

Si les hypothèses susceptibles d'y donner lieu sont connues<sup>49</sup>, certaines d'entre elles méritent d'être exclues de l'étude. D'abord, l'autorité ayant exercé les fonctions de chef d'Etat en période intérimaire<sup>50</sup>, car certaines constitutions réservent ce statut à une autorité initialement élue au suffrage universel<sup>51</sup>. Aussi, la présidence provisoire<sup>52</sup> peut être exercée par une autorité non politique, à l'instar du président de la juridiction constitutionnelle<sup>53</sup>, qui peut assurer l'intérim en cas de mise en accusation du chef de l'Etat<sup>54</sup>. Ensuite, et pour une raison déjà avancée, le « Président de transition »<sup>55</sup> *stricto sensu*<sup>56</sup>, mérite également d'être exclu<sup>57</sup>. Enfin, il en sera de même du président déchu<sup>58</sup>.

---

49 Il peut s'agir du décès, du respect de la limitation du nombre de mandats présidentiels, de la renonciation à se présenter pour un second mandat, de la défaite électorale, de la démission et de la destitution.

50 La préoccupation n'est pas innocente lorsqu'on sait que les constitutions sont parfois silencieuses en la matière. En RCA par exemple, le Professeur Abel GOUMBA a longtemps estimé qu'il méritait le statut d'ancien Président de la République, et par conséquent, devrait jouir des avantages qui y sont liés au motif qu'il avait assuré l'intérim après le décès du Président Barthélémy BOGANDA.

51 Cf. article 104 de la Constitution du Congo démocratique, *op.cit.*

52 SALAMI (Ibrahim David), « Le chef d'Etat de transition en Afrique », *Revue Béninoise de Science Po*, vol.1, n°1, mai 2017, p.15.

53 AÏVO (Frédéric Joël), « Le président de juridiction constitutionnelle. Portrait négro-africain », *RDP*, 2019, pp. 783 et s.

54 Cf. Articles 50 (3) de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et 53 de la Constitution nigérienne de 2010.

55 SALAMI (Ibrahim David), « Le chef d'Etat de transition en Afrique », *op.cit.*, p.15.

56 C'est-à-dire celui qui est généralement investi par une charte de transition dans le constitutionnalisme africain. Pour une conception large de cette notion, en plus de SALAMI (Ibrahim David), « Le chef d'Etat de transition en Afrique », *op.cit.*, voyons LESAGE (Michel), « Le rôle du chef de l'État en période de transition », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 23, 1992, n°4. pp. 41-48.

57 Le débat s'étant d'ailleurs posé sans toutefois se solder à propos de deux autorités ayant exercé de manière transitoire le pouvoir à la suite d'une crise en République centrafricaine : Monsieur Michel DJOTODIA AM NANDOKRO et Madame Catherine SAMBA-PANZA.

58 A titre d'exemple, la Constitution du Burundi prévoit que : « Le Président de la République peut être déclaré déchu de ses fonctions pour faute grave, abus grave ou corruption, par une résolution prise par les deux tiers des membres de l'Assemblée Nationale et du Sénat réunis ». Cf., article 116 de la Loi n°1/ 010 du 18 mars 2005.

Admettons dès lors que le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat n'est pas accordé à celui qui accède au pouvoir de manière inconstitutionnelle<sup>59</sup> ou qui cesse ses fonctions pour condamnation<sup>60</sup>.

Incontestablement, l'institution présidentielle est au cœur des études constitutionnelles en Afrique noire francophone comme en témoigne l'abondante littérature qui lui est consacrée<sup>61</sup>. Elle a le mérite de mettre en relief le présidentielisme négro-africain<sup>62</sup> ou le retour à la personnalisation du pouvoir<sup>63</sup>. Toutefois, minorer la question de l'ancien chef d'Etat revient à oublier que celui-ci fait toujours partie intégrante du paysage institutionnel des « *systèmes constitutionnels des Etats d'Afrique noire francophone* »<sup>64</sup>.

59 Articles 1 (1) de la Loi n°1/02 du 09 décembre 2004 et 1 de la Loi n°18/021 du 26 juillet 2018.

60 En effet, ce statut n'est pas reconnu aux « (...) anciens Présidents de la République qui, bien qu'élus conformément à la Constitution, ont été déchus de leurs fonctions, par la Haute Cour de Justice (...) ». Cf. article 16 (2) de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, op.cit.

61 A simple titre indicatif : AIVO (Frédéric Joël), *Le Président de la République en Afrique noire francophone : Genèse, mutations et avenir de la fonction*, Paris, L'Harmattan, 2007, 643 p ; ASSO (Bernard), *Le chef d'Etat africain. L'expérience des Etats africains de succession française*. Paris, Albatros, 1976, 382p ; CADOUX (Charles), « Le statut et les pouvoirs des Chefs d'Etats et des gouvernements », in CONAC (Gérard) (dir.), *Les institutions constitutionnelles des Etats d'Afrique francophone et de la république malgache*, Paris, Economica, 1979, pp. 80-86 ; CONAC (Gérard), « Portrait du Chef d'Etat », *Pouvoirs*, n°25, 1983, pp.121- 130 ; De GAUDUSSON (Jean du Bois), « Quel statut constitutionnel pour le Chef d'Etat en Afrique ? », in *Le nouveau constitutionnalisme, Mélanges en l'honneur de Gérard CONAC*, Paris, Economica, 2001, pp. 329-338 ; HOURQUEBIE (Fabrice), « Quel statut constitutionnel pour le chef de l'Etat africain ? Entre principes théoriques et pratique du pouvoir », *Africaine contemporaine*, n°242, 2012/2, pp.73-86 ; KAMTO (Maurice), « Le dauphin constitutionnel dans les régimes politiques africains. Les exemples du Cameroun et du Sénégal », *Penant*, 1983, pp. 256-282 ; MBODJ (El Hadj) : *La succession du chef d'Etat en droit constitutionnel africain*. Thèse de doctorat d'Etat en droit, Université Cheick Anta Diop, 1991, 532p ; SINDJOUN (Luc), « Le président de la République au Cameroun (1982-1996) », *CEAN*, n°50, 1996, pp.1-22.

62 GICQUEL (Jean), « Le présidentielisme négro-africain. L'exemple camerounais », in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges BURDEAU*. Paris, LGDJ, 1977, pp. 701-725.

63 TIXIER (Gilbert), « La personnalisation du pouvoir dans les Etats de l'Afrique de l'Ouest », *RDP*, n° 6, 1965, pp. 1129-1150 et FOUCHER (Vincent), « Difficiles successions en Afrique subsaharienne : persistance et reconstruction du pouvoir personnel », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp.127-137.

64 LAVROFF (Dimitri Georges), *Les systèmes constitutionnels en Afrique noire francophone. Les Etats francophones*, Paris, Pedone, 1976, 438 p.



Au sein de ces derniers<sup>65</sup>, au-delà de la préoccupation consistant à rechercher s'il existe une vie après le pouvoir<sup>66</sup>, il est davantage intéressant d'analyser le fonctionnement des systèmes politiques<sup>67</sup> à l'aune du statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat. A n'en point douter, sa constitutionnalisation ne doit rien au hasard.

Dès lors, la question autour de laquelle gravite la présente étude est celle de savoir : ***quelle est la finalité du statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat en Afrique noire francophone ?*** Assurément, ce questionnement ne manque pas de pertinence. L'étude s'inscrit dans la logique visant à cerner l'idée de Constitution en Afrique<sup>68</sup>, c'est-à-dire l'objectif qu'elle entend poursuivre<sup>69</sup> en formalisant le statut d'ancien chef d'Etat. En sa qualité de « *veau d'or de la vie politique moderne* »<sup>70</sup>, elle précise que celui-ci soit traité d'une manière digne de la fonction qu'il a occupée<sup>71</sup>. A cet égard, elle valorise la sacralité de la fonction présidentielle. En procédant toutefois à une interprétation attentive des normes à valeur constitutionnelle et à l'observation des pratiques constitutionnelles<sup>72</sup>, une telle proclamation mérite d'être nuancée vu qu'en arrière-plan, elle semble promouvoir une certaine majesté de la personne ayant exercé la fonction présidentielle.

---

65 Référence étant faite aux Etats suivants : Bénin, Burkina Faso, Burundi, Djibouti, Cameroun, Centrafrique, Congo Brazzaville, Gabon, la Guinée, Mali, Mauritanie, Niger, République démocratique du Congo, République Malgache, Rwanda, Sénégal, Tchad et Togo. Cette délimitation géographique de l'étude tient au fait qu'il s'agit des Etats de succession française et belge partageant de ce fait une unité linguistique et une certaine culture juridique comme en témoigne la constitutionnalisation par la plupart du statut d'ancien chef d'Etat . Cf. notes 40 et 41.

66 PERROT (Sandrine), « Y'a-t-il une vie après le pouvoir ? Le devenir des anciens chefs d'Etat africains », *op.cit.*, 44 p.

67 GONIDEC (Pierre François), *Les systèmes politiques africains*. Paris, LGDJ, 1997, 242 p.

68 KOKOROKO (Dodzi), « L'idée de Constitution en Afrique », *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, pp. 117 et s.

69 Voir dans ce sens GONIDEC (Pierre François), « A quoi servent les Constitutions africaines ? Réflexions sur le constitutionnalisme africain », *RJPIC*, n°4, 1988, pp. 849-866.

70 POIRMEUR (Yves) et ROSENBERG (Dominique), « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 230.

71 Article 3 de la Loi burundaise n°1/02 du 09, *op.cit.*

72 DOSSO (Karim), « Les pratiques constitutionnelles dans les Etats d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, n°90, 2012, pp.57- 85.

A tout prendre, en Afrique noire francophone, une finalité ambivalente gouverne le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat. Cette idée repose doublement sur la magnification affichée de la fonction présidentielle (I) et la revitalisation voilée de la personne de l'ancien chef d'Etat (II).

### **I. La magnification affichée de la fonction présidentielle**

Positionnée au centre du pouvoir<sup>73</sup> en Afrique noire francophone<sup>74</sup>, l'institution présidentielle cristallise toutes les attentions tout comme elle suscite réelle convoitise. Or, bien que considérée comme standard démocratique mondial<sup>75</sup>, la rotation de l'autorité placée à sa tête est encore en situation. Pour sortir de cette impasse, le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat a été envisagé (A) comme le confirme davantage l'analyse du traitement spécifique qui est réservé à son bénéficiaire (B).

#### **A) L'incitation à la rotation dans l'exercice de la fonction présidentielle**

L'étude du statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat en Afrique noire francophone amène à considérer que « *c'est dans la force du droit que les acteurs politiques engagés dans les processus de démocratisation ont tenté de trouver les voies et moyens d'introduire de véritables changements* »<sup>76</sup>. En clair, la constitutionnalisation dudit statut aurait pour finalité de rompre avec le désir de s'éterniser au pouvoir<sup>77</sup>.

---

73 JAN (Pascal), *Le Président de la République, au centre du pouvoir*, Paris, Documentation française, 2011, 216 p.

74 BA (Boubacar), *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique et d'Amérique latine. (Afrique du sud, Benin, Ghana, Sénégal / Brésil-Chili-Colombie)*, Thèse de doctorat en droit public, Université Cheick Anta Diop, 2013, 662 p.

75 DISANT (Mathieu), LEWKOWICZ (Gregory), TÜRK (Pauline) (dir.), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2018, 472 p.

76 BOURGI (Albert), « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *RFDC*, n° 52, 2002, p.721.

77 FOUCHER (Vincent), « Difficiles successions en Afrique subsaharienne : Persistance et reconstruction du pouvoir personnel », *op.cit.*, pp. 127-137.

L'incitation à la rotation des autorités dans l'exercice de la fonction présidentielle qui en découle est directement palpable, étant entendu que c'est « *la Constitution qui détermine la position de ceux qui détiennent le pouvoir et de ceux qui ne sont là que pour le subir* »<sup>78</sup>.

Aussi, en fixant la durée du mandat présidentiel<sup>79</sup> et en garantissant surtout une sortie heureuse à l'ex-Président de la République, elle facilite à n'en point douter l'alternance démocratique (1) tout comme elle anticipe sur tout comportement préjudiciable à l'exercice paisible de la fonction présidentielle par l'autorité nouvellement investie (2).

### **1) La facilitation de l'alternance démocratique au sommet de l'Etat**

Les régimes démocratiques connaissent aujourd'hui une transformation dans la dévolution du pouvoir<sup>80</sup>. Dans le nouveau constitutionnalisme des Etats d'Afrique noire francophone, le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat a vocation à faciliter l'alternance<sup>81</sup> au sommet du pouvoir, c'est-à-dire et en principe, le « *transfert de rôle démocratique au terme duquel, dans le respect des institutions, les partis d'opposition accèdent au pouvoir et les partis au pouvoir entrent dans l'opposition* »<sup>82</sup>. Il constitue à cet égard une recette démocratique à la succession parfois déconcertante du Président de la République<sup>83</sup> et une solution à la « *monarchisation du pouvoir* »<sup>84</sup>

---

78 FAURE (Yves André), « Les Constitutions et l'exercice du pouvoir en Afrique noire », *Politique africaine*, n°1, 1984, p. 40.

79 STRICHER (Daniel), *La durée des mandats politiques. Approches institutionnelle et comparative*, Thèse, Université de Lorraine, 2015, 477 p.

80 MABILEAU (Albert), « La personnalisation du pouvoir dans les gouvernements démocratiques », *Revue française de science politique*, 1960, p.39.

81 QUERMONNE (Jean-Louis), *L'alternance au pouvoir*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1988. 128 p.

82 QUERMONNE (Jean-Louis), « Alternance », in DUHAMEL (Olivier) et MENY (Yves) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 25.

83 MBODJ (El Hadj), *La succession du chef d'Etat en droit constitutionnel africain*, Thèse de Doctorat en Droit, Université Cheikh Anta Diop de Dakar, 1991, 532 p.

84 GNAMOU (Dandi), « La monarchisation des exécutifs en Afrique francophone », *Solon, Revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Vol. III, n°16, Avril 2017, pp 339-370.

qui se traduit par la longévité politique des chefs d'Etats<sup>85</sup>, parfois accompagnée d'une forte militarisation du pouvoir<sup>86</sup>.

Précisément, le statut qui est reconnu à l'autorité ayant exercé la fonction présidentielle vise à l'amener à respecter la temporalité du mandat<sup>87</sup> et par conséquent, à accepter la passation démocratique du pouvoir vu qu'en Afrique, jusqu'à une période assez récente, la magistrature suprême a été celle d'« un seul bonnet et un seul crâne »<sup>88</sup>. Or « *pour que la souveraineté nationale soit complète, il faut qu'aucun individu n'occupe une fonction représentative autrement qu'à titre temporaire* »<sup>89</sup>. En réaction contre cette pratique a-démocratique qui avait réussi à faire son nid, le constitutionnalisme africain de troisième vague<sup>90</sup> a logiquement procédé à la limitation du nombre de mandats présidentiels, permettant ainsi d'éviter la reconstitution du pouvoir personnel par la trop longue possession de l'autorité entre les mains d'un seul homme<sup>91</sup>.

---

85 En rapport avec le cadre géographique retenu par l'étude, indiquons au passage que le Président camerounais, Monsieur Paul BIYA, est en fonction depuis le 06 novembre 1982 tout comme son homologue tchadien, Idriss DEBY ITNO, a été au pouvoir du 28 février 1991 jusqu'à 2021, année marquant sa tragique disparition. Aussi, Omar BONGO ONDIMBA a été au pouvoir au Gabon de 1967 à 2009 tout comme au Togo, Eyadema GNASSINGBE est resté au pouvoir de 1967 jusqu'à sa mort en 2005.

86 A titre indicatif, lire GAUTRON (Jean-Claude), « L'exercice du pouvoir par l'armée. Analyse des régimes militaires africains actuels », *RJA*, 1989, pp. 61-71 ; MARTIN (Michel-Louis), « Constitutionnalisme et pouvoir militaire en Afrique francophone aujourd'hui », *Droit Sénégalais*, n°9, 2010, pp. 341-374 ; PAPANEL (Jean-Pierre), *Les coups d'Etat militaires en Afrique noire* ; Paris, L'Harmattan, 1984, 188p.

87 Au Sénégal par exemple, et cela mérite d'être rappelé, c'est le départ volontaire du Président SENGHOR du pouvoir qui est à l'origine du vote de la loi fixant le statut d'ancien chef d'Etat, notamment la Loi n°81-01 du 29 janvier 1981 fixant la dotation des anciens Présidents de la République. Cf. FALL (Ismaila Madior), *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, Paris, L'Harmattan, 2008, p.209.

88 Propos de Léopold SEDAR SENGHOR, rapportés par GICQUEL (Jean) et GICQUEL (Jean-Eric), *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 33<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, coll. « Précis Domat », 2019-2020, p. 390.

89 HAURIU (Maurice), *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p.186.

90 CABANIS (André) et MARTIN (Michel Louis), *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la-Neuve, Académia, coll. « Institut André Ryckmans », 2010, 228 p.

91 ESMEIN (Adhémar), *Eléments de droit constitutionnel*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1896, p. 472.

En d'autres termes, du moment où la limitation du nombre de mandats présidentiels est construite comme « *un verrou constitutionnel aux présidences à vie et à son corollaire, les élections de façade en même temps qu'un prélude à l'acquisition d'une culture démocratique aussi bien par les dirigeants que par la population* »<sup>92</sup>, elle se présente comme « *la règle d'or du néo-constitutionnalisme africain* »<sup>93</sup>. Toutefois, par son truchement, avec peu de risques de se tromper, il y a lieu de dire que « *l'aéronef du constitutionnalisme (...) a déjà décollé, mais n'a pas encore atteint sa vitesse de croisière* »<sup>94</sup>. La raison est tout à fait simple : elle n'entraîne pas automatiquement l'alternance démocratique<sup>95</sup>. Pour y parvenir, du point de vue de l'étude, elle doit pouvoir s'adosser sur la garantie constitutionnelle du statut d'ancien chef d'Etat. Trois indicateurs confortent ce propos.

D'abord, l'hypothèse dans laquelle le chef d'Etat sortant accepte la règle en refusant de faire acte de candidature après l'exercice de deux mandats consécutifs. Dans ce cas de figure, l'alternance démocratique telle que définie plus haut n'aura de sens que si la transparence électorale<sup>96</sup>, objectif à valeur constitutionnelle<sup>97</sup>, est observée. Tout sera donc fonction de la qualité des élections organisées par le Président de la République sortant et constitutionnellement interdit

---

92 WANDJI (Jérôme Francis), « Les zones d'ombre du constitutionnalisme en Afrique », *Politéia*, n°12, 2007, p.277.

93 BOLLE (Stéphane), « Les révisions dangereuses. Sur l'insécurité constitutionnelle en Afrique », in MABAKA (Placide) (dir.), *Constitution et risque (s)*, Paris, L'Harmattan, coll. « Droit, Sociétés et Risque », 2010, pp.257-258.

94 En empruntant l'heureuse formule du professeur OLINGA (Alain Didier), « Notule sur la séparation des pouvoirs dans la Constitution camerounaise », in ONDOUA (Alain) (dir.), *La Constitution camerounaise du 18 janvier 1996. Bilan et perspectives*, Yaoundé, Afrédit, 2007, p.28.

95 LOADA (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *Afrilex*, n°03, 2003, p. 147.

96 AFO SABI (Kasseré), *La transparence des élections en Droit public africain, à partir des cas béninois, sénégalais et togolais*, Thèse, Université Montesquieu-Bordeaux IV/Université de Lomé (Togo), 2013, 538 p.

97 Cour constitutionnelle du Bénin, Décisions n°01-011 du 12 janvier 2001 et n°10-049 du 05 avril 2010.

de faire acte de candidature pour avoir déjà exercé deux mandats successifs<sup>98</sup>.

On peut en réalité craindre que le système électoral qu'il aura mis sur pied avec l'aide de sa majorité parlementaire soit acquis à la cause d'une personne connue d'avance<sup>99</sup>, notamment dans le but de préserver les intérêts<sup>100</sup> ou d'anéantir l'obligation de rendre compte<sup>101</sup> du Président sortant durant l'après mandat. Le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat se présente comme une solution à cette pathologie visant à garder une mainmise sur le pouvoir par des pratiques qui faussent l'alternance démocratique. En effet, si le Président sortant est rassuré par un statut constitutionnel protecteur et avantageux, il sera plus enclin à conduire l'alternance démocratique.

Ensuite, ce statut serait de nature à le dissuader de perpétrer un éventuel coup d'Etat constitutionnel comme c'est souvent le cas en Afrique noire francophone. En effet, en marge de la clause limitant

---

98 Très récemment au Niger, le Président Mahamadou ISSOUFOU parce que frappé par la clause constitutionnelle interdisant l'exercice d'un troisième mandat successif s'est finalement abstenu de faire acte de candidature en déclarant de manière salutaire que : « passer le pouvoir en 2021 à un successeur démocratiquement élu (...) sera ma plus belle réalisation, ce sera une première dans l'histoire de notre pays ». Cf., *Journal Le Point*, du 21 décembre 2020. Sauf que les circonstances ayant entraîné l'élection de son bras droit, l'ancien ministre de l'intérieur Mohamed BAZOUM, ont vivement et particulièrement été contestées par le candidat Mahamane OUSMANE. Ce dernier fait savoir que des fraudes auraient été perpétrées un peu partout dans toutes les régions du Niger. Dans ces zones, poursuit-il, leurs délégués « ont été contraints sous la menace d'armes à feu à signer les Procès Verbaux sans aucune possibilité de porter des observations ». Cf., *Journal Le Monde* du 24 février 2021.

99 Comme exemples d'instrumentalisation des lois électorales, on peut citer le Code électoral béninois révisé en 2018 parce qu'il augmente de manière significative la caution électorale ; la loi sénégalaise du 04 juillet 2018 modifiant le Code électoral compte tenu du seuil élevé de parrainages des électeurs qu'elle impose. Au Sénégal surtout, sous la présidence WADE, il est rapporté que « le clan présidentiel a procédé à la modification, au profit du prince, de la loi et du calendrier électoraux ». Cf. DIOP (Momar Coumba), « Le Sénégal à la croisée des chemins », *Politique africaine*, n° 104, 2006, p.122.

100 L'argument de droit étranger en donne l'illustration : l'ex-président arménien Robert KOTCHARIAN a été accusé de coup d'Etat constitutionnel, pour avoir truqué la présidentielle de 2008 afin de faire élire son allié, Serge SARKISSIAN.

101 NGUELE ABADA (Marcelin), « L'obligation de rendre compte du Président de la République : réflexion à partir de la révision constitutionnelle du 14 avril 2008 », in ANOUKAHA (François), OLINGA (Alain Didier), (dir.), *L'obligation. Etudes offertes au professeur Paul-Gérard POUGOUE*, Yaoundé, L'Harmattan, 2015, pp.629-649.

le nombre de mandats présidentiels, il est de pratique un peu plus constante que certaines personnes qui y sont frappées, se proposent tout simplement et parfois avec réussite, de la supprimer du texte constitutionnel afin d'assurer leur pérennité au pouvoir<sup>102</sup>. Ce fut le cas au Sénégal en 1998, en Guinée Conakry en 2001, au Tchad en 2005, au Cameroun en 2008, au Burkina-Faso en 2014 et au Togo en 2002. Ce dernier exemple est particulièrement intéressant pour le propos. On peut valablement considérer que l'existence d'un statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat sans doute avantageux, aurait dissuadé le Président EYADEMA de solliciter un énième mandat. Au pouvoir depuis 1967, il s'était en effet expressément engagé à ne pas briguer un troisième mandat en application de la Constitution de 1992<sup>103</sup>. La plupart de ses proches y étaient par contre favorables au processus devant permettre de tordre le cou à la Constitution et de neutraliser par ricochet l'alternance démocratique. Un rapprochement peut rapidement être fait avec le cas camerounais depuis la réforme du 14 avril 2008<sup>104</sup>.

Enfin, de manière plus radicale, le statut d'ancien chef d'Etat permettrait d'éviter que le Président de la République sortant ne perpétue une autre forme de coup d'Etat consistant à instaurer un climat d'instabilité politique et constitutionnelle. A titre illustratif, dans le cadre de l'élection présidentielle du 27 juillet 1997 en République du Congo, au moment où il devait s'atteler aux impératifs y relatifs, en établissant précisément les listes électorales et en procédant à l'appel aux candidatures, Monsieur Denis SASSOU-NGUESSO aurait déclenché la guerre le 5 juin de la même année<sup>105</sup>, ce qui lui a permis de rester au pouvoir au-delà de la temporalité fixée par la

---

102 LOADA (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op.cit.*, p. 165.

103 *Ibid.*, p.166.

104 OLINGA (Alain Didier), *La révision constitutionnelle du 14 avril 2008*, Yaoundé, Imprimerie Saint Paul, 2008, 36 p.

105 M'PAKA (Albert), *Démocratie et administration au Congo-Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, coll. « Etudes Africaines », 2005, p.242.

Constitution. Dans le même sillage, mais sous une forme pacifique, on ne manquera pas d'indiquer qu'en République Démocratique Congo, Monsieur Joseph KABILA dont le mandat définitif était fixé en 2016, a reporté à plusieurs reprises la date du scrutin présidentiel avant de se ressaisir en 2019.

Par ailleurs, en période de transition, le Président en exercice se positionne comme le pivot autour duquel devrait graviter la restauration de l'ordre constitutionnel préalablement suspendu. Dans l'un comme dans l'autre cas, le statut constitutionnel reconnu au profit de l'ancien chef d'Etat se présente comme un levier de l'alternance démocratique. Dans la première hypothèse, au lieu d'essayer un passage en force, compte tenu des garanties que lui offre ledit statut, le Président sortant organiserait des élections crédibles ou accepterait de ne pas se présenter s'il est frappé par l'interdiction d'exercer un troisième mandat. Dans la seconde hypothèse, bénéficiant des mêmes garanties, il pourrait faciliter le rétablissement de l'ordre constitutionnel<sup>106</sup> et accepter l'alternance dont l'ineffectivité aurait été à l'origine de sa déstabilisation. A cet égard, le statut d'ancien chef d'Etat peut valablement être perçu comme une solution constitutionnelle de sortie de crise<sup>107</sup> et au défaut d'alternance démocratique complète, celle dans laquelle le nouveau régime exerce en toute tranquillité le pouvoir.

---

106 SOGLOHOUN (Prudent), « Le rétablissement de l'ordre constitutionnel dans les États africains en période de crise », *Revue Burkinabè de Droit*, n°52-1<sup>er</sup> semestre, 2017, pp.207-244.

107 On lira utilement ANDZOKA ATSIMOU (Séverin), *L'ingénierie constitutionnelle, solution de sortie de crise en Afrique ? Les exemples de l'Afrique du Sud, de la République démocratique du Congo, du Burundi et du Congo-Brazzaville*, Paris, L'Harmattan, coll. « Etudes africaines », 2015, 594 p.



## 2) La pacification de l'exercice du mandat par l'autorité désignée

L'instabilité institutionnelle<sup>108</sup> est consécutive soit aux crises internes, soit aux crises externes aux pouvoirs publics. Sous ce dernier prisme, spécifiquement en Afrique noire francophone, après leurs mandats, lorsqu'elles ne sont pas passées de vie à trépas, ou lorsqu'elles n'ont pas été déchuées par voie juridictionnelle, les autorités ayant exercé les charges suprêmes dans l'Etat, manifestent souvent voire constamment, leur désir de reprendre le pouvoir et généralement par le biais de la force.

Parce qu'elle est le cadre et le miroir de la société<sup>109</sup>, qu'elle est un « *système ayant des réponses à toutes les questions* »<sup>110</sup>, à l'instar de celles qui sont susceptibles d'affecter la continuité de l'Etat ou le séjour au pouvoir de l'autorité qui incarne la nation, la Constitution anticipe sur cette éventualité au sein des Etats objet de l'étude. Elle le fait par la reconnaissance d'un statut spécial à l'ancien chef d'Etat. En droit constitutionnel français, dès 1958, une bonne frange de la doctrine laissait déjà observer qu'en faisant des anciens Présidents de la République des membres de droit du Conseil constitutionnel, l'option visait à les caser et à les mettre hors de la scène politique pour qu'ils n'aient plus d'influence sur la vie publique<sup>111</sup>. En Afrique noire francophone, la finalité d'un tel statut va au-delà de cette simple considération.

---

108 GUEYE (Babacar), « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Droit Sénégalais*, n°10, 2011, pp. 238-298.

109 MATHIEU (Bertrand), « La Constitution cadre et miroir des mutations de la société », *RFDC*, n°100, 2014, pp.1011-1019.

110 ROUSSEAU (Dominique), « Questions de Constitution », *Politiques et sociétés*, vol.19, n°2-3, 2000, p.14.

111 SÈNE (Mamadou), *La juridictionnalisation des élections nationales en Afrique noire francophone : les exemples du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal. Analyse politico-Juridique*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université Toulouse 1 Capitole/ Université Cheikh Anta DIOP de Dakar, 2017, p.325.

Ici, les quelques alternances réussies<sup>112</sup> n'ont pas toujours entraîné une gestion paisible du pouvoir par le Président nouvellement investi. Son prédécesseur ayant en vérité peu digéré son éviction du fauteuil présidentiel et bien même lorsqu'elle aurait été faite conformément aux procédés constitutionnels. Dans nombre d'Etats où les élections ont provoqué une alternance radicale, la transition présidentielle a souvent été boycottée<sup>113</sup> créant ainsi un climat de tension entre le chef d'Etat entrant et le sortant. Il va donc sans dire que les garanties qu'offre le statut constitutionnel d'ancien chef sont de nature à convaincre son bénéficiaire à accepter une parfaite et réelle alternance démocratique, celle qui serait épongée de toute hypocrisie politique, sinon de toute future pratique anticonstitutionnelle<sup>114</sup> comme on l'a souvent observé.

Pour illustration, rappelons qu'en 2013, l'ancien Président BOZIZE, a été accusé d'avoir soutenu depuis le Cameroun où il s'était réfugié, les milices chrétiennes anti-balakas, formées au départ pour contrer les exactions de la Séléka à dominante musulmane. En remontant un peu dans l'histoire, cette volonté des anciens présidents africains de revenir au pouvoir par la force est patente. En République du Congo, Denis SASSOU-NGUESSO qui avait perdu le pouvoir au profit de Pascal LISSOUBA lors de la présidentielle de 1992, allait revenir aux affaires en 1997 au moyen d'une guerre civile. De même, au Niger, après avoir succédé au Général Djibo SALOU en 2010, Mahamadou ISSOUFOU déclarait un an plus tard avoir été victime

---

112 Ba (Aboubakry), « Les alternances réussies. Les exemples du Bénin, du Mali, du Cap-Vert, de Sao-Tomé et Princes et de l'Afrique australe », *Démocraties africaines*, n°1, 1995, pp. 16-21.

113 A titre d'exemple, en 1991, la prestation de serment de Nicéphore SOGLO, vainqueur de la première confrontation pluraliste, n'a pas été enjolivée par un contact direct avec le Président sortant. En 1996, alors que Mathieu KEREKOU prêtait serment entre les mains de la Cour constitutionnelle, Nicéphore SOGLO quittait le palais de la présidence. Il en a été de même en Côte d'Ivoire des alternances de 2000 entre Robert GUEÏ et Laurent Gbagbo et de 2011 entre ce dernier et Alassane OUATTARA. Cf., AÏVO (Frédéric Joël), « Le statut constitutionnel du « Président élu... », *op.cit.*, p.19.

114 TCHEUWA (Jean-Claude), « L'Union africaine et les changements anticonstitutionnels de gouvernement », *op.cit.*, pp. 995-1022 ; TIDIANE LY (Amadou), « Les changements anticonstitutionnels de gouvernement en Afrique », *Droit sénégalais*, n°9, 2010, pp.293-339.

d'une tentative de coup d'Etat par des personnes identifiées et au rang desquelles figurait son prédécesseur direct à la magistrature suprême. Le même spectacle allait d'ailleurs se répéter en 2015.

En attribuant un statut constitutionnel à l'ancien chef d'Etat, le nouveau constitutionnalisme africain vise à rompre avec cette pratique et à permettre par conséquent au Président élu d'exercer jusqu'au bout le mandat qui lui est conféré. Ce dernier se présente en effet sous la forme d'un droit acquis, sauf si son bénéficiaire venait à se rendre coupable de haute trahison<sup>115</sup>. C'est dire en revanche qu'à la fin de son mandat, s'il veut jouir à long terme des effets attachés à ce statut, il devra également s'abstenir d'être auteur ou co-auteur de changement anticonstitutionnel de gouvernement<sup>116</sup>. Bien que la pratique tende parfois à contredire la règle<sup>117</sup>, il est clairement prévu que : « *Est déchu de droit de pension spéciale, tout ancien Président de la République reconnu coupable des infractions de forfaiture, de haute trahison, d'atteinte à l'honneur et à la probité et d'atteinte à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, d'outrage à l'Assemblée Nationale* »<sup>118</sup>. En République Démocratique du Congo, on peut également y lire qu'« est ancien Président de la République : tout citoyen congolais qui a accédé par élection aux fonctions de Président de la République, *les a exercées et les a quittées conformément à la Constitution* »<sup>119</sup>.

---

115 LOADA (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op.cit.*, p. 139.

116 Entendu au sens de l'article 28 de la Constitution Centrafricaine comme « *l'usurpation de la souveraineté par coup d'État, rébellion, mutinerie ou tout autre procédé non démocratique constitue un crime imprescriptible contre le peuple centrafricain. Toute personne ou tout État tiers qui accomplit de tels actes aura déclaré la guerre au peuple centrafricain* ». Dans le même sens, voyons le Préambule de la Constitution Congolaise, article 121 de la Constitution du Mali et article premier de la Constitution du Niger, *op.cit.*

117 Au Mali, le putschiste Amadou Haya SANOGO qui avait par exemple renversé le Président Amadou TOUMANI TOURE s'est vu reconnaître le statut d'ancien Président par Monsieur Ibrahim Boubacar KEITA.

118 Article 7 de la Loi n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

119 Cf. article 1 de la Loi n°18/021 du 26 juillet 2018, *op.cit.*

Dès lors, le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat ne s'analyse pas seulement en termes de privilèges, mais aussi en des obligations qui pèsent sur son bénéficiaire dont le respect aura pour finalité de pacifier le mandat de l'autorité nouvellement investie. En essayant par exemple de renverser le régime en place, il commettrait un crime imprescriptible contre le peuple<sup>120</sup>. Dans le même ordre d'idées, à partir du moment où la limitation du nombre de mandats présidentiels n'invalide pas forcément la possibilité d'une réélection de la personne précédemment sortie du pouvoir<sup>121</sup>, force est de constater que l'ancien chef d'Etat est susceptible de perdre ce statut s'il essaie d'accéder à la fonction présidentielle par voie inconstitutionnelle<sup>122</sup>. Il est plutôt attendu de l'ancien Président de la République un parfait respect de l'obligation générale de réserve, de dignité, de patriotisme et de loyauté envers l'Etat<sup>123</sup>. L'obligation de dignité en particulier consiste justement à adopter un comportement ou des attitudes qui ne violent pas la loi, ni ne portent atteinte à l'ordre public<sup>124</sup>. L'obligation de patriotisme et de loyauté quant à elle implique une disponibilité permanente et une fidélité totale envers la nation, le peuple et les institutions de l'Etat<sup>125</sup>.

Toutes ces exigences qui gouvernent le statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat visent à rendre effectives les véritables alternances démocratiques au sein des Etats témoins. La dignité attachée à la fonction présidentielle serait ainsi consolidée, ce d'autant plus qu'après leurs mandats, les ex-présidents continuent à percevoir un traitement avoisinant celui qui leur était dû lorsqu'ils exerçaient la fonction présidentielle.

---

120 Le constituant malien précise dans ce sens que : «*Le peuple a droit à la désobéissance civile pour la préservation de la forme républicaine de l'Etat. Tout coup d'Etat ou putsch est un crime imprescriptible contre le peuple malien* ».

121 On peut citer les retours à la magistrature suprême de Pierre BUYOYA au Burundi et de Mathieu KEREKOU au Bénin.

122 Article 1 (2) de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

123 Article 5 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

124 *Ibidem.*

125 *Ibidem.*

## **B) L'extension temporelle de la dignité attachée à l'exercice de la fonction présidentielle**

L'ancien chef d'Etat est-il un citoyen comme les autres ? Assurément non ! Il présente la singularité d'avoir exercé des fonctions éminentes dans l'Etat<sup>126</sup>. A ce titre, il bénéficie d'un traitement préférentiel. En droit français, une fois le départ de l'Élysée acté, il devient au plan protocolaire, le cinquième personnage de l'État et reçoit un soutien matériel conséquent. En Afrique noire francophone, la considération qui lui est due est tout à fait spéciale comme en témoigne la lecture liminaire de cet énoncé juridique : « *Les avantages accordés à tout ancien Président de la République comprennent : la pension spéciale ; l'allocation annuelle pour services rendus ; les soins de santé, la rente de survie et la rente d'orphelin ; les avantages complémentaires* »<sup>127</sup>.

A bien y regarder, on peut ranger ces avantages inédits en deux catégories, notamment matériels (1) et financiers (2).

### **1) La gratification de l'ancien chef d'Etat d'un traitement matériel attrayant**

L'ancien chef d'Etat reste dans un confort eu égard à la fonction qu'il a eue à exercer. Les énoncés à valeur constitutionnelle au sein des Etats témoins magnifient la fonction présidentielle en prolongeant dans le temps la dignité dont elle est revêtue. L'étude des privilèges reconnus au profit de l'ancien chef d'Etat conforte le propos, notamment lorsqu'on distingue les avantages en nature et le rang protocolaire qui lui sont réservés.

---

126 GICQUEL (Jean-Éric), « Le statut judiciaire de l'ancien président de la République », *op.cit.*, p.27.

127 Article 10 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

Un avantage est un service, un produit, un bien, comme le logement, la nourriture, la voiture, servi gratuitement à une personne<sup>128</sup>. A l'expiration régulière de son mandat, et à condition qu'il cède pacifiquement le pouvoir en acceptant de ce fait l'alternance démocratique, l'ancien chef d'Etat bénéficie d'une panoplie d'avantages. Il jouit par exemple « des droits spécifiques ci-après: droit à des mesures et à des dispositions particulières de sécurité pour la protection de sa personne, de sa famille et de ses biens; droit à l'honneur, à la dignité (...); droit à la protection sociale de l'Etat; droit de porter le titre de Président de la République honoraire »<sup>129</sup>. Au plan matériel, il dispose d'un personnel de haut vol : un Assistant au cabinet et chargé de protocole, un Maître d'hôtel et une Gouvernante ; trois chauffeurs, deux cuisiniers et deux jardiniers<sup>130</sup>. Aussi, pour assurer sa sécurité, il bénéficie à la charge de l'Etat, d'un service de sécurité comprenant les agents de sécurité, généralement choisis parmi les forces armées ou de sécurité publique<sup>131</sup>, des moyens de locomotion, les moyens de communication<sup>132</sup>, deux véhicules protocolaires, deux véhicules de service, correspondant en droit béninois à celui du Président de la Cour constitutionnelle<sup>133</sup>, et d'un budget d'entretien annuellement voté<sup>134</sup> ou d'une dotation de carburant simplement arrimée à celle accordée au Président de la juridiction constitutionnelle<sup>135</sup>. Du point de vue santé, il lui est garanti, aux frais du Trésor public, des frais médicaux y compris à l'étranger

---

128 GUINCHARD (Serge), DEBBARD (Thierry), *Lexiques des termes juridiques*, 25<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2017-2018, p.221.

129 Article 4 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

130 Article 10 de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

131 Cf. Article 8 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

132 Article 11 de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.* En République du Congo Démocratique, son service est doté de moyens logistiques comprenant au moins deux gardes du corps et une section chargée de la garde de sa résidence. Cf. Article 18 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018, *op.cit.*

133 Article 8 de la Loi n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

134 Article 12 de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

135 Article 8 de la Loi n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

en cas de nécessité<sup>136</sup>. Cette vie de principauté est également réservée aux membres de sa famille.

Au Burundi par exemple, l'Etat est appelé à prendre toutes les dispositions nécessaires en sa faveur, de son conjoint et de ses enfants mineurs pour leur délivrer les documents diplomatiques de voyage et leur accorder les facilités requises aux aéroports du pays<sup>137</sup>. En République Démocratique du Congo, il est particulièrement établi que les personnes susmentionnées ont droit à un passeport diplomatique<sup>138</sup>, à un titre de voyage en classe affaires<sup>139</sup>. Elles bénéficient également de l'assistance sanitaire, de la gratuité des frais d'eau, d'électricité, et de télécommunication ainsi que les frais de scolarité, particulièrement en ce qui concerne les enfants de moins de 18 ans. Ces avantages ne s'estompent pas avec la disparition naturelle de l'ancien chef d'Etat<sup>140</sup>.

Au plan protocolaire, et contrairement au droit français où il lui est réservé un simple rang de cinquième personnage de l'État, en Afrique noire francophone l'ancien chef d'Etat prend rang soit immédiatement après le Vice-président<sup>141</sup>, soit immédiatement après les Présidents des institutions constitutionnelles<sup>142</sup>. Cette option n'a pas été retenue par les constituants Guinéen<sup>143</sup> et togolais<sup>144</sup>. Ils placent l'ancien chef d'Etat au plan protocolaire immédiatement après le Président de la République, et avant le Président de l'Assemblée nationale.

---

136 Article 19 de Loi congolaise n°18/021 du 26 juillet 2018, *op.cit.*

137 Article 13 de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

138 Voir également l'article 8 Article 8 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

139 Article 18 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

140 Cf. *Infra*, p.20.

141 Article 16 de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

142 Article 12 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

143 En effet, « les anciens présidents de la Républiques prennent rang protocolaire immédiatement après le Président de la République, dans l'ordre de l'ancienneté de leur mandat, et avant le président de l'Assemblée nationale ». Cf. article 44 de la Constitution de 2010.

144 Article 75 (1) de la Constitution du Togo de 2019.

Ce privilège est reconnu à toute personne ayant régulièrement exercé la fonction de chef de l'Etat suivant l'ordre de préséance<sup>145</sup> dans la mesure où, en aucun cas, ni la durée dans la fonction, ni l'âge de l'intéressé ne peuvent influencer sur l'ordre établi<sup>146</sup>. Aussi, indistinctement, lors de leurs déplacements à l'étranger, ils bénéficient de la même couverture diplomatique que celle reconnue aux diplomates en poste à l'étranger<sup>147</sup> tout comme ils jouissent entre eux, du même traitement financier.

## **2) La gratification de l'ancien chef d'Etat d'un traitement financier adéquat**

En droit français, initialement, sous l'égide de la loi de 1955, les anciens Présidents de la République bénéficiaient d'une dotation annuelle d'un montant égal à celui du traitement indiciaire brut d'un conseiller d'Etat en service ordinaire<sup>148</sup>, soit près de 70 000 euros bruts par an. A préciser que cette dotation n'est due qu'en l'absence d'émoluments ou salaires provenant d'autres emplois et la moitié de cette dotation peut être reversée à la veuve ou au veuf ou, en cas de décès, aux enfants jusqu'à leur majorité<sup>149</sup>. Contrairement au droit des Etats d'Afrique noire francophone, la nouvelle réglementation française n'accorde plus d'intérêt à cette dernière précision<sup>150</sup>. Par ailleurs, en France, la préoccupation ci-après semble progressivement avoir trouvé écho: « *s'il est normal de s'assurer qu'un ancien Président de la République puisse vivre décemment*

---

145 Sur ce point le constituant togolais se démarque en inversant l'ordre de préséance. En effet, contrairement à ses homologues, bien qu'il prenne en compte la règle de l'ancienneté du mandat, il établit un ordre croissant dans la mesure où l'ordre protocolaire entre anciens chefs d'Etat joue à la faveur de celui qui a été le plus récent à avoir exercé la fonction présidentielle. Cf. Article 75 (2) de la Constitution du Togo de 2019.

146 Article 12 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

147 Article 13 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

148 Article 19 de la loi n° 55-366 du 3 avril 1955 relative au développement des crédits affectés aux dépenses du ministère des finances et des affaires économiques.

149 *Ibidem.*

150 En effet, le Décret n°2016-1302 du 4 octobre 2016 ne traite pas du statut des conjoints des anciens chefs d'Etats.



*lorsqu'il a atteint l'âge de la retraite, il est pour le moins, souhaitable de plafonner le montant de la dotation qu'il peut percevoir à ce titre, voire de la rendre inexistante, dès lors que lui sont garantis d'autres revenus qui, cumulés, sont au moins égaux au montant du traitement indiciaire brut d'un conseiller d'État en service ordinaire* »<sup>151</sup>. Or, dans la plupart des pays sous étude, la pension qui lui est reconnue se cumule avec toutes autres pensions dont il pourrait bénéficier en raison des fonctions qu'il a exercées antérieurement<sup>152</sup>. Pour la commodité du propos, compte tenu de la diversité mais dans l'unicité qui semble entourer le statut d'ancien chef d'Etat, en considération de l'échantillonnage envisagé, la question du traitement financier doit nécessairement prendre deux voix. Tout étant en réalité fonction si le concerné est à l'issue de son mandat, membre ou pas d'un organe constitutionnel.

Dans la seconde hypothèse et en prenant pour exemple le cas du Bénin, bien qu'il soit consacré un statut d'ancien chef d'Etat, celui-ci n'est membre d'aucun organe constitutionnel. La solution visant à faire de lui un membre de plein droit du Sénat ou de la juridiction constitutionnelle n'ayant pas retenu l'attention du constituant de 1990. Néanmoins, pour avoir exercé la plus haute fonction dans l'Etat, il lui est reconnu à titre spécial, une pension avec jouissance immédiate<sup>153</sup> qui se décompose comme suit: « *une pension mensuelle égale aux émoluments accordés au Président de la Cour Constitutionnelle ; une allocation annuelle de représentation correspondant à cinquante pour cent (50%) du montant des fonds spéciaux alloués au Président de l'Assemblée Nationale* »<sup>154</sup>. Exemptées d'impôt, cette pension mensuelle

---

151 Cf., l'exposé des motifs du Projet de loi du 7 novembre 2018 visant à plafonner la retraite des anciens Présidents de la République en France.

152 Article 4 (1) de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

153 En effet, « l'ancien Président de la République recouvre la jouissance entière de la pension spéciale à la cessation desdites fonctions ». Cf. Article 4 (2) de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*

154 Article 2 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009 portant pension et autres avantages aux anciens Présidents de la République.

et cette allocation annuelle rendent compte du traitement financier adéquat dont l'étude fait mention. Bien plus, il lui est reconnu le droit de les cumuler avec toute autre pension à lui reconnue. Toutefois, il ne peut cumuler la pension spéciale avec les émoluments afférents au nouvel emploi public que dans la limite de 50% de son montant pendant toute la durée de l'exercice de ses nouvelles fonctions. En tout état de cause, ces responsabilités nouvellement acquises doivent lui procurer au minimum les avantages dans les mêmes proportions de la pension spéciale<sup>155</sup>.

Dans la première hypothèse, il s'agit des cas où l'ancien chef d'Etat est soit Sénateur, soit membre de la juridiction constitutionnelle. Il va de soi que la pension qu'il percevra sera arrimée ou du moins égale à celle des autres membres de la même institution constitutionnelle. C'est du moins la solution retenue par le Burundi vu qu'il particularise dans un premier temps le traitement financier de l'ancien chef d'Etat, en sa qualité de membre de droit du Sénat. De manière concrète, pendant les cinq premières années qui suivent la fin de l'exercice de ses fonctions, il bénéficie d'une pension mensuelle égale aux émoluments accordés au Vice-Président en exercice<sup>156</sup>. A l'expiration de cette première période, et ce pour le reste de sa vie, il bénéficie d'une pension mensuelle égale aux indemnités accordées à un sénateur<sup>157</sup>. *A contrario*, cet amarrage est loin d'avoir été envisagé en République Démocratique du Congo. Ici, le montant de la pension spéciale est déterminé annuellement par le Parlement lors du vote de la loi de finances, sur proposition du Gouvernement<sup>158</sup>. S'agissant des anciens présidents, membres de droit des juridictions constitutionnelles, en attendant d'avoir des cas concrets, on peut considérer que leur pension sera pour le moins similaire à celle réservée aux autres membres.

---

155 Article 10 de la Loi béninoise de 2009.

156 Article 6 (1) de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

157 Article 6 (2) de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.* Précisons au passage que « s'il exerce effectivement ces fonctions, il perçoit en plus de cette pension, toutes les indemnités et tous les avantages liés à cette fonction »

158 Article 11 (2) de la Loi de 2018, *op.cit.*

En droit positif français, leur traitement financier est de 6000 euros bruts par mois<sup>159</sup>. Pour autant, et contrairement au droit des Etats d'Afrique noire francophone<sup>160</sup>, il n'accorde plus d'intérêt au statut des conjoints des présidents décédés<sup>161</sup>.

Quoi qu'il en soit, cette considération élogieuse de la fonction présidentielle dans le temps peut masquer une réalité typiquement africaine. En effet, ici, la constitutionnalisation du statut d'ancien chef d'Etat semble avoir pour véritable finalité, la revitalisation de la personne de son bénéficiaire.

## II. La revitalisation voilée de la personne de l'ancien chef d'Etat

« Pour que le Président fût fort, les constituants l'ont entouré de prestige, l'ont déclaré irresponsable et l'ont surchargé d'attributions »<sup>162</sup>. Spécifiquement dans le nouveau constitutionnalisme des Etats visés par l'étude, et contrairement au modèle français dont il a pendant longtemps tiré son inspiration<sup>163</sup>, cette assertion qui semble s'étendre au profit de l'ancien chef d'Etat, amène à dire avec le professeur Koffi AHADZI-NONOU que « *les modèles constitutionnels ne sont ni neutres, ni interchangeables à volonté. Ils correspondent au génie*

159 Cf. Ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958, *op.cit.*

160 Au Burundi il est indiqué qu'« en cas de décès de l'ancien chef de l'Etat, l'Etat continue à subvenir aux besoins de son conjoint et de ses enfants de moins de 18 ans, à concurrence de deux tiers du montant de la pension qui serait accordé au défunt pendant la période visée à l'article 6 de la présente loi ». Article 7 de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.* Voir dans le même sens, article 5 de la Loi béninoise n°2009-18 du 15 juillet 2009, *op.cit.*, et article 16 de Loi congolaise n°18/021 du 26 juillet 2018, *op.cit.* Cette dernière précise en son article 17 que si le conjoint et les enfants « font encore des études, ils bénéficient d'une allocation forfaitaire dont le montant et les modalités de paiement sont fixés par décret du ministre délibéré en Conseil des ministres »

161 Prévu par la loi de 1955, le statut des conjoints des présidents décédés a disparu dans le décret de 2016.

162 BARTHELEMY (Joseph) et DUEZ (Paul), *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, coll. « Les introuvables », 2004, p.616.

163 A titre indicatif, voyons BRETON (André-Marie), « Trente ans de constitutionnalisme dans les pays d'Afrique noire francophone entre mimétisme et réception critique : cohérences et incohérences (1960-1990) », *Communication présentée à Heidelberg, en octobre 2002, devant la Gesellschaft für Afrikanisches Recht de l'Université de Bayreuth, R.F.A.*, pp.1-22 ; DE GAUDUSSON (Jean du Bois), « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Pouvoirs*, n°129, 2009, pp. 45-55 ; POLLET-PANOUSSIS (Delphine), « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *RFDC*, n°75, 2008, pp. 451-492.

*de chaque peuple, même si les valeurs qui les sous-tendent ont de plus en plus tendance à s'universaliser »<sup>164</sup>.*

A l'analyse, l'ancien chef d'Etat apparaît comme une catégorie favorisée par le nouveau droit constitutionnel<sup>165</sup> des Etats sous étude, en ce que sa personne est subtilement revitalisée. Non seulement il est surprotégé (A), mais aussi, il demeure un représentant du peuple (B).

### **A) La surprotection de l'ancien chef d'Etat**

*«Toute personne investie d'un mandat électif lui conférant la qualité d'organe des pouvoirs est tenue de rendre compte de ses actes et d'en assumer les conséquences »<sup>166</sup>.* Vérifiée pour l'autorité exerçant encore le pouvoir, l'exigence l'est surtout à l'égard de la personne qui a arrêté de l'exercer, étant donné que l'immunité qui la couvrait disparaît avec la cessation des fonctions. Or s'agissant de l'ancien chef d'Etat, la lecture des textes à valeur constitutionnelle en Afrique noire francophone démontre que son irresponsabilité pénale est la règle (2), sans oublier qu'il peut bénéficier d'une surprotection politique (1).

#### **1) Une surprotection possible de l'ancien chef d'Etat par le politique**

Parce qu'elle conserve une certaine filiation avec le pouvoir en Afrique noire francophone, la personne ayant exercé la fonction présidentielle peut particulièrement être protégée par les autorités politiques. Dans le cas d'espèce, il y a surprotection dans la mesure où les mesures visant à ce qu'elle ne soit pas inquiétée à l'issue de son mandat sont à la fois institutionnelles et partisans. Si les premières sont compréhensibles, les secondes sont quant à elles inquiétantes dans une logique de construction démocratique.

---

164 AHADZI-NONOU (Koffi), « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain. Les cas des Etats d'Afrique noire francophone », *op.cit.*, p. 39.

165 L'étude emprunte la formule de BOLLE (Stéphane), « Faveur et Constitution, aujourd'hui en Afrique », in GUGLIELMI (Gilles J.) (dir.), *La faveur et le droit*, Paris, PUF, 2009, pp.179-196.

166 AVRIL (Pierre), « Pouvoir et responsabilité », in *Le pouvoir; Mélanges offerts à Georges BURDEAU*, Paris, LGDJ, 1977, p.11.

La protection institutionnelle découle du fait que l'ancien chef d'Etat est membre d'un organe constitutionnel. A ce titre, il bénéficie des garanties liées à l'exercice de sa nouvelle fonction. D'abord, ceux à qui le droit reconnaît la qualité de sénateur à vie comme c'est le cas au Burundi et en République Démocratique du Congo, bénéficient en réalité des immunités parlementaires<sup>167</sup> qui les placent sous un régime dérogatoire au régime ordinaire. Elles s'étendent en effet comme l'ensemble des dispositions qui assurent aux membres du Parlement un régime juridique dérogatoire au droit commun dans leurs rapports avec la justice, afin de préserver leur liberté et leur indépendance<sup>168</sup>. En d'autres termes, il s'agit des « *prérogatives qui mettent les parlementaires à l'abri des poursuites judiciaires, en vue d'assurer le libre exercice de leur mandat* »<sup>169</sup>. Bien que touchant au pénal, cette protection est dite politique dans la stricte mesure où, sauf cas de flagrant délit ou de crime, la levée d'immunité est subordonnée à l'assentiment de l'institution qui l'abrite. Il est spécifiquement indiqué dans cet ordre d'idées que, « pour les actes posés en dehors de l'exercice de ses fonctions, les poursuites contre tout ancien Président de la République élu sont soumises au vote à la majorité des deux tiers des membres des Chambres du Parlement réunies en Congrès suivant la procédure établie par son Règlement intérieur »<sup>170</sup>

Ensuite, sans distinction de l'organe constitutionnel dans lequel il est logé, l'ancien chef d'Etat, en application du principe de la séparation des pouvoirs, bénéficie d'une réelle protection vis-à-vis du nouveau

---

167 BARTHELEMY (Joseph) BONNARD (Roger), « Les poursuites contre les membres du Parlement », *RDP*, tome XXXVIII, 1921, pp.248-260 ; CALVO (Jean), « L'immunité parlementaire en droit français », *LPA*, n° 114, 1995, pp.7-11 ; FRAISSEIX (Patrick), « Les parlementaires et la justice : la procédure de suspension de la détention, des mesures privatives de liberté », *RFDC*, n° 39, pp. 497 et s.

168 BAUDU (Aurélien), « Faut-il abolir les privilèges des parlementaires français ? », in *Les élections présidentielles et législatives de 2007*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Capitole, 2007, pp.213 236.

169 GUINCHARD (Serge), DEBBARD (Thierry) (dir.), *Lexiques des termes juridiques*, *op.cit.*, p.1091.

170 Article 8 de la Loi congolaise n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

régime<sup>171</sup>. Il est en effet placé à l'abri des règlements de compte. Bien plus, à travers ce repositionnement constitutionnel, sa famille et lui sont préservés « *de la vindicte populaire de ceux qui se sont sentis frustrés, lésés ou brimés pendant une ou plusieurs décennies d'exercice de pouvoir* »<sup>172</sup>. Enfin, on ne doit pas minorer la pratique qui permet de constater qu'en Afrique noire francophone, les anciens chefs d'Etats sont parfois désignés pour exercer les fonctions internationales. Ce positionnement leur offre une protection institutionnelle incontestable. Ils bénéficient en effet d'une protection fonctionnelle. Ce fut le cas avec l'ex-président malien Alpha Oumar KONARE promu Président de la Commission de l'Union africaine<sup>173</sup> ou encore de l'ancien Président sénégalais Abdou DIOUF, autrefois désigné Secrétaire Général de l'Organisation Internationale de la Francophonie<sup>174</sup>. En d'autres circonstances, cette nomination au sein des instances internationales est néanmoins perçue comme une technique permettant au nouveau Président de mettre à distance l'ancien chef d'Etat<sup>175</sup>.

Il n'en reste pas moins vrai que cette dernière éventualité est tributaire de la nouvelle configuration politique.

---

171 A l'époque où le statut d'ancien chef d'Etat n'était pas encore complètement aménagé, l'ex-président béninois Nicéphore Dieudonné SOGLO avait particulièrement affiché sa crainte vis-à-vis du nouveau régime ayant à sa tête le général KEREKOU. C'est alors que dans une lettre, il sollicitait l'intervention du Président français Jacques CHIRAC. En parcourant cette lettre, on peut y lire que: « je sollicite que, par une déclaration publique, le gouvernement français invite le général KEREKOU à garantir ma sécurité et ma liberté ainsi que celle de ma famille, des membres de mon gouvernement et de leurs familles ... ». Cf. FALL (Ismaila Madior), *Le pouvoir exécutif dans le constitutionnalisme des Etats d'Afrique*, *op.cit.*, p.312.

172 WANDJI K (Jérôme Francis), « Les zones d'ombre du constitutionnalisme en Afrique », *op.cit.*, p.291.

173 Après avoir été Président de la République du Mali de 1992 à 2002, il fut Président de la Commission de l'Union africaine de 2003 à 2007. Notons au passage qu'en 2015, il avait été désigné comme représentant de l'Union africaine pour le Soudan du Sud.

174 Il fut élu le 20 octobre 2002 avant d'être reconduit à deux reprises à ce poste, notamment les 29 septembre 2006 et 24 octobre 2010.

175 Ce fut le cas au Ghana où, frappé par la clause limitant le nombre de mandats en 2000, l'ex-président Jerry John RAWLINGS a dû bénéficier d'une nomination en qualité d'ambassadeur afin de lui donner les gages nécessaires à sa retraite politique et d'éviter par ricochet qu'il ne puisse interférer dans la gouvernance du nouveau régime ayant à sa tête John KUFUOUR. Cf. LOADA (Augustin), « La limitation du nombre de mandats présidentiels en Afrique francophone », *op.cit.*, p. 148.

En effet, l'ancien chef d'Etat peut bénéficier d'une protection partisane que l'étude déduit des énoncés constitutionnels qui gouvernent son statut constitutionnel. D'emblée, il ne sort pas définitivement de l'arène politique. Comme l'indiquent ces énoncés constitutionnels, il exerce librement ses droits civils et politiques, y compris celui de la direction d'un parti politique<sup>176</sup>. A partir de cet instant, au prorata de la représentation de son parti au sein des assemblées parlementaires, il bénéficie d'une protection partisane incontestable.

Réellement et contrairement à la logique démocratique, si son parti est assez représentatif au foyer des débats, il devient difficile d'engager sinon de conclure les enquêtes sur les biens acquis par le chef d'Etat à l'expiration de son mandat<sup>177</sup>. On assiste dès lors à la « perversion de la représentation »<sup>178</sup>, car comme l'a écrit le doyen Georges VEDEL, « *dans la pureté du régime représentatif, on ne conçoit pas que les groupes politiques aient officiellement leur place dans les assemblées parlementaires. Chaque parlementaire est le représentant de la Nation tout entière...* »<sup>179</sup>.

Bien plus, en Afrique noire francophone, cette protection partisane peut être l'œuvre du Président en fonction, notamment lorsqu'il aurait été choisi comme dauphin<sup>180</sup> par son prédécesseur. Connu des constitutionnalistes<sup>181</sup>, le dauphinat « *consiste à avoir en ligne de mire un "préposé successeur" prêt à exercer la fonction présidentielle dès lors que le titulaire quitte volontairement sa charge ou se plie à la règle de l'échéance du mandat* »<sup>182</sup>. Des exemples en la matière

---

176 Article 4 (2) de la Loi burundaise n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

177 La plupart des constitutions exigent aux gouvernants, et particulièrement au Président de la République de déclarer leurs biens

178 GUEYE (Babacar), « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *op.cit.*, p.16.

179 VEDEL (Georges), *Introduction aux études politiques*, Paris, Les cours du droit, 1966, p.23.

180 KAMTO (Maurice), « Le dauphin constitutionnel dans les régimes politiques africains (les cas du Cameroun et du Sénégal) », *Penant*, août-décembre 1983, pp.256-282.

181 Lire MBODJ (El Hadj), *La succession du Chef d'État en droit constitutionnel africain*, *op.cit.*, pp.63 et s.

182 BA (Boubacar), *L'institution présidentielle dans le nouveau constitutionnalisme...*, *op.cit.*, p.478.

ne manquent. Ce fut le cas notamment au Sénégal<sup>183</sup>, au Cameroun<sup>184</sup> et dans une certaine mesure au Gabon<sup>185</sup>. Dans une telle hypothèse, l'ancien chef d'Etat pourra en toute sérénité bénéficier des faveurs accordées par le Président de la République en exercice de mandat. Ce dernier peut d'ailleurs le charger de missions spéciales<sup>186</sup>. Le constituant du Niger enrichit cette éventuelle filiation politique en instituant « *un Conseil de la République en vue de prévenir et de résoudre les crises institutionnelles et politiques de manière consensuelle* »<sup>187</sup>. En faisant de l'ancien Président un membre de droit de cet organe<sup>188</sup>, il adhère sans doute à la logique qui voudrait qu'on ne puisse « (...) *se priver, d'une manière abrupte et sans retour, de la présence de celui qui fut le premier personnage de l'Etat* »<sup>189</sup>, car son expérience sociale, politique et diplomatique est évidemment incomparable<sup>190</sup>. Mais en le faisant, il le revitalise au plan politique et cela contribue à paralyser sa responsabilité pénale.

---

183 Les révisions constitutionnelles 1969 et de 1976 ont permis au Président SENGHOR de faire de son bras droit, en la personne d'Abdou DIOUF son digne successeur à la magistrature suprême.

184 Les révisions constitutionnelles de 1975 et 1979 allaient faciliter la désignation de Monsieur Paul BIYA comme successeur de Monsieur AHIDJO.

185 Nonobstant le rôle joué par la France et plus précisément par Jacques FOCCART, le monsieur Afrique de l'Elysée, dans la désignation de monsieur Omar BONGO ONDIMBA en qualité de vice-président, ce qui lui permit d'accéder plus tard à la magistrature suprême, pour certains observateurs, c'est bien le premier Président gabonais, Léon MBA, qui avait choisi son successeur. Il avait auparavant désigné Monsieur Omar BONGO ONDIMBA comme ministre délégué à la Présidence, chargé de la Défense et des affaires gouvernementales, poste très stratégique et l'avait par la suite envoyé à Paris rencontrer le général de GAULLE. Pour plus de détails, lire SOIRON (Mélanie), *Longévité politique. Ou les fondements symboliques du pouvoir politique au Gabon*, Thèse de doctorat en sociologie, Université des Sciences et Technologie de Lille 1, 2009, p.283.

186 Cf. article 44 de la Constitution de 2010.

187 Article 69 de la Constitution.

188 Cette institution constitutionnelle est composée du Président de la République ; du Président de l'Assemblée nationale ; du Premier ministre ; *des anciens Présidents de la République et anciens Chefs d'Etat* et du Chef de file de l'Opposition. Le Président de la République est président du Conseil de la République. Cf. article 2 de la Loi n° 2012-41 du 22 août 2012, déterminant les attributions et le fonctionnement du Conseil de la République.

189 TOCQUEVILLE (Alexis de), *De la démocratie en Amérique*, Paris, Gallimard, 1961, pp.162 et s.

190 *Ibidem*.



## 2) Une surprotection plausible de l'ancien chef d'Etat au plan pénal

La responsabilité pénale désigne l'« obligation de répondre des actes délictueux en subissant une sanction pénale dans les conditions et selon les formes prescrites par la loi »<sup>191</sup>. Au rang de ces dernières, figure le principe d'égalité qui tient toutefois compte de la qualité de l'autorité<sup>192</sup> exerçant le pouvoir<sup>193</sup>. Parce qu'elle est devenue un citoyen ordinaire à l'issue de son mandat, elle devrait donc pouvoir répondre de certains actes commis *a priori* et surtout *a posteriori*. En cela, le principe est celui « d'un Président glorieux tant qu'il est en fonction, mais menacé par la fin de son immunité, sitôt qu'il aura été raccompagné par son successeur sur le perron de l'Élysée »<sup>194</sup>. Il en va autrement dans les Etats d'Afrique noire francophone. La tendance à l'irresponsabilité pénale<sup>195</sup> de l'ancien chef d'Etat semble avoir été érigée en règle.

Deux angles d'analyse permettent de cerner cette hétérodoxie qui conforte malheureusement l'idée selon laquelle l'ingénierie constitutionnelle en Afrique est sous l'emprise du politique<sup>196</sup>.

D'abord, certains actes commis pendant l'exercice de la fonction présidentielle demeurent pénalement injusticiables. Le constituant camerounais en affirmant que « les actes accomplis par le président de

---

191 GUINCHARD (Serge), DEBBARD (Thierry) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op.cit, p.488.

192 ABLARD (Thierry), « Le statut pénal du chef de l'État », *RFDC*, 2002/3, n°51, pp. 655-660.

193 Le Conseil constitutionnel français a spécifiquement rappelé cette dérogation en ces termes : « Considérant qu'il résulte de l'article 68 de la Constitution que le Président de la République, pour les actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions et hors le cas de haute trahison, bénéficie d'une immunité ; qu'au surplus, pendant la durée de ses fonctions, sa responsabilité pénale ne peut être mise en cause que devant la Haute Cour de justice, selon les modalités fixées par le même article ». Cf. Décision du Conseil constitutionnel du 22 janvier 1999 relative à la Cour pénale internationale.

194 JOUANJAN (Olivier) et WACHSMANN (Patrick), « La Cour de cassation, le Conseil constitutionnel et le statut pénal du chef de l'État », *RFDA*, 2001, p. 1169.

195 EMERI (Claude), « De l'irresponsabilité présidentielle », *Pouvoirs*, n°41, 1987, pp. 133-150.

196 MELEDJE (Djedro Francisco), *Ingénierie constitutionnelle. Droit constitutionnel approfondi*, Abidjan, Les Editions ABC, 2018, p. 55.

la République en application des articles 5, 8, 9 et 10 (...) sont couverts par l'immunité et ne sauraient engager sa responsabilité à l'issue de son mandat »<sup>197</sup> consacre de manière partielle cette injusticiabilité pénale qui touche de façon implicite au statut d'ancien chef d'Etat. Son homologue togolais de 2019 élargit quant à lui le champ matériel de l'immunité en affirmant sans amalgame que « les anciens Présidents (...) ne peuvent être ni poursuivis, ni arrêtés, ni détenus, ni jugés pour des actes posés pendant leurs mandats présidentiels »<sup>198</sup>. Ces énoncés qui contrastent avec la logique démocratique confortent malheureusement l'idée d'une surprotection pour ne pas dire d'une irresponsabilité pénale de l'ancien chef d'Etat. Or du moment où celui-ci a perdu la qualité de chef de l'État, et que l'action publique a juste été différée dans le temps<sup>199</sup>, il devrait en principe perdre le bouclier constitutionnel qui le protégeait<sup>200</sup>. C'est dans cette logique sans doute que le constituant français<sup>201</sup>, tout en prévoyant un délai symbolique de décence républicaine d'un mois<sup>202</sup>, admet qu'à l'issue de ses fonctions, il puisse être contraint de témoigner, mis en examen ou condamné selon les règles de droit commun.

---

197 Article 53 (3) de la loi constitutionnelle camerounaise du 18 janvier 1996.

198 Article 75 (1) de la Constitution.

199 DELPEREE (Francis), « La responsabilité du chef de l'État » Brèves observations comparatives, *RFDC*, 2002/1 n° 49, p.38.

200 *Ibidem*.

201 Cf. Article 67 C de la Constitution française du 4 octobre 1958.

202 GICQUEL (Jean-Éric), « Le statut judiciaire de l'ancien président de la République », *op.cit.*, p.23.

L'actualité juridique en France<sup>203</sup> ne trahit pas cette prescription constitutionnelle vectrice de la construction démocratique.

En Afrique noire francophone *a contrario*, parce qu'il est au centre des réformes constitutionnelles<sup>204</sup> ou qu'il est détenteur d'une parole constituante<sup>205</sup>, tout se passe comme si le Président de la République en fonction, aurait facilité l'institutionnalisation d'un statut spécial d'ancien chef d'Etat pour en profiter plus tard. L'objectif aurait donc consisté à se mettre à l'abri des poursuites pour les actes qu'il aurait commis durant son mandat et à certains égards comme on le verra, pour ceux des actes pris à l'issue dudit mandat. Rappelons déjà que sa mise en accusation<sup>206</sup> n'est pas toujours évidente durant son règne

---

203 Aucun ombre ne plane sur le constat suivant lequel Nicolas ZARKOZY vit sa retraite politique sous pression judiciaire. Devenu citoyen ordinaire, il est particulièrement poursuivi pour avoir tenté d'obtenir du magistrat Gilbert AZIBERT, contre récompenses, notamment un poste à Monaco, des informations tenues secrètes dans le cadre d'une procédure judiciaire. Aussi, et sans être exhaustif, tour à tour, il a été mis en examen le 21 mars 2018 pour corruption passive, financement illégal de campagne électorale et recel de fonds publics libyens, puis le 12 octobre 2020 pour association de malfaiteurs. Sur l'ensemble, cf. journal Le Point du 15 janvier 2021. Plus incisive est la condamnation de l'ex-chef d'Etat, Jacques CHIRAC à 2 ans de prison avec sursis pour détournement de fonds publics, abus de confiance et prise illégale d'intérêts. Aux Etats-Unis, l'ancien Président Donald TRUMP fait de manière spectaculaire l'objet d'un procès en destitution effectivement ouvert depuis le 9 février 2021, notamment pour incitation à l'insurrection. Si la logique qui entoure ce procès peut être discutée vu qu'il n'est plus en fonction, néanmoins, en cas de condamnation, il perdrait le statut d'ancien chef d'Etat. Ce procès peut donc servir de leçon au constitutionalisme africain tout comme il conforte l'analyse sur le fait que la constitutionnalisation du statut d'ancien chef d'Etat a pour finalité aussi de faciliter l'alternance démocratique au sommet de l'Etat (voyons le A de la première partie de cette étude). Il ne fait l'ombre d'aucun doute que l'attitude adoptée par le régime TRUMP après la présidentielle de 2020 et similaire à celle qu'on retrouve souvent en Afrique noire francophone.

204 MIAFFO DONFACK (Valentin), « Le président de la République et les Constitutions du Cameroun », in MELONE (Stanislas), MIINKOA SHE (Adolphe) et SINDJOUN (Luc) (dir.), *La réforme constitutionnelle du 18 janvier 1996. Aspects juridiques et politiques*, Yaoundé, Fondation Friedrich Ebert, 1996, pp. 252-281.

205 MONEMBOU (Cyrille), « La parole constituante du Président de la République dans les Etats d'Afrique noire francophone », *Revue Afrilex*, 2020, 23 p.

206 DABONE (Zakaria) « La poursuite des actes des autorités en charge de l'Etat », *Revue CAMES/SJP*, n°001/2016, p.252.

à la magistrature suprême<sup>207</sup>. Les quelques tentatives de destitution juridictionnelle n'ayant prospéré comme en témoignent les exemples du Niger<sup>208</sup> et de la République de Madagascar<sup>209</sup>. De même, hormis les condamnations par contumace<sup>210</sup>, et à l'exception du cas centrafricain<sup>211</sup>, les cas de poursuites internes contre les anciens présidents sont rares. On peut de ce fait, et sans extrapolation, considérer que l'écoulement du temps n'affecte pas la protection pénale de celui ayant exercé la fonction présidentielle. Telle serait alors l'une des finalités liées à la reconnaissance d'un statut constitutionnel d'ancien chef d'Etat. Dans ce cas, on peut aisément souscrire à la thèse selon laquelle, à certains égards, le temps est un facteur de banalisation du droit constitutionnel

---

207 En général, on assiste au verrouillage du système de mise en accusation du Président de la République. Le déclenchement de la procédure peut se révéler inopérant compte tenu du prorata exigé au sein des assemblées parlementaires. L'article 53 (2) de la Constitution camerounaise prévoit que « *le Président de la République ne peut être mis en accusation que par l'Assemblée Nationale et le Sénat statuant par un vote identique au scrutin public et à la majorité des quatre cinquièmes des membres les composant* ». L'article 125 de la Constitution centrafricaine du 30 mars 2016 indique quant à lui que « *la demande de mise en accusation de ce dernier n'est recevable que si elle recueille la signature de 50% des députés qui composent l'Assemblée Nationale. Et ce dernier ne sera mis en accusation que par la même Assemblée, si le vote au scrutin secret recueille les deux tiers 2/3 des députés* ». Sauf quelques rares exceptions, dans un tel contexte, l'hyper fait majoritaire constamment observé et la règle de la discipline partisane rendent difficilement envisageable la mise en accusation.

208 En mai 2014 les députés avaient saisi la Cour constitutionnelle afin qu'elle juge le Président de la République pour avoir violé son serment. En l'espèce, la Cour a eu à décliner sa compétence. Cf. Arrêt n°007/CC/MC du 22 mai 2014. En novembre 2015, la position de la Cour n'allait pas évoluer lorsqu'elle fut saisie dans le procès en destitution, pour haute trahison, le Président Mahamadou ISSOUFOU.

209 La demande de mise en œuvre de la résolution devant permettre de déclencher la procédure de destitution du Président Hery RAJAONARIMAMPINANINA pour avoir sciemment violé, voire méprisé, de façon grave, répétée et inconsidérée la Constitution, a été rejetée par la Haute cour constitutionnelle comme non fondée. Cf. Décision n°24-HCC/D3 du 12 juin 2015. Il convient cependant de rappeler qu'en 1966, cette Haute juridiction avait confirmé la motion d'empêchement votée par l'Assemblée nationale et qui visait à faire destituer le Président Albert ZAFY. Cf. Décision n°17-HCC/D3 du 4 décembre 1996 relative à l'empêchement définitif du Président de la République.

210 En République du Congo, le 28 décembre 2001, l'ancien Président Pascal LISSOUBA, a été condamné par contumace à 30 ans de travaux forcés pour haute trahison. Ce fut également le cas de l'ancien Président camerounais Ahmadou AHIDJO, condamné à la peine capitale par contumace en 1984 pour tentative de coup d'Etat

211 L'ancien empereur Sala-Edine Jean BEDEL BOKASSA fut condamné au niveau national à la peine de mort en 1987 avant d'être libéré 1993.

en Afrique noire francophone<sup>212</sup>. La prise en compte du bouclier pénal découlant du repositionnement institutionnel de l'ex-Président de la République renchérit le propos.

Ensuite en effet, qu'il soit membre à vie au Sénat ou à la Cour constitutionnelle, l'ancien chef d'Etat jouit d'une nouvelle immunité rendant incertain le déclenchement des poursuites pour les actes posés lorsqu'il exerçait la magistrature suprême. Bien plus, même ceux des actes commis à cette époque et en dehors de l'exercice de ses fonctions, semblent être couverts d'une relative immunité. Les poursuites étant en réalité conditionnées par l'approbation des deux tiers des membres des chambres du Parlement réunies en Congrès comme cela est indiqué en République Démocratique du Congo<sup>213</sup>. La même immunité le protège contre les poursuites pour des actes commis depuis la cessation régulière de ses fonctions. Il en est ainsi lorsqu'il devient sénateur<sup>214</sup> ou membre de la juridiction constitutionnelle<sup>215</sup>. Logiquement, ces immunités n'entraînent pas son impunité vu qu'elles peuvent être levées et ce nonobstant le privilège de juridiction qui est parfois accordé au concerné<sup>216</sup>. Leur levée n'est pour autant pas évidente dans les systèmes où les membres de la

---

212 BIKORO (Jean Mermoz), *Le temps en droit constitutionnel africain : le cas des Etats africains d'expression francophone*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Yaoundé II, 2018, 506 p.

213 Article 8 de la loi de 2018 portant statut d'ancien chef d'Etat.

214 La Constitution du Togo indique à ce propos qu'« aucun député, aucun sénateur ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou des votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions, même après l'expiration de son mandat ». Bien plus, « sauf cas de flagrant délit, les députés et les sénateurs ne peuvent être arrêtés ni poursuivis pour crimes et délits qu'après la levée, par leurs assemblées respectives, de leur immunité parlementaire ». Cf. Article 53 de la Constitution de 2019. Voir également au Burundi, l'article 8 de la loi de 2018 portant statut d'ancien chef d'Etat

215 En rapport avec l'échantillonnage envisagé comme l'article 93 de la Constitution du Sénégal, l'article 132 de celle de la Côte-d'Ivoire précise qu'« Aucun membre du Conseil constitutionnel ne peut, pendant la durée de son mandat, être poursuivi, arrêté, détenu ou jugé en matière criminelle ou correctionnelle qu'avec l'autorisation du Conseil, sauf les cas de flagrant délit ».

216 Au Burundi, il est clairement mentionné que « l'ancien chef de l'Etat est pénalement responsable des crimes et délits commis à l'expiration de ses fonctions. La Cour Suprême est compétente pour juger les infractions commises à l'expiration de ses fonctions ». Cf. Article 18 de la loi n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

juridiction constitutionnelle sont nommés<sup>217</sup>. Comme l'a expliqué le professeur Michel TROPER, « si l'ancien président commence à siéger au Conseil dès la fin de son mandat (...), il y retrouvera des membres nommés par lui (...) qui seront d'une certaine manière soumis à son influence »<sup>218</sup>. La seule manière de contourner cette irresponsabilité pénale dans le temps est de la rattraper dans l'espace<sup>219</sup> comme en renseignent les procès de Laurent GBAGBO<sup>220</sup> et d'Hissène HABRE<sup>221</sup>.

En outre, cette tendance à l'internationalisation<sup>222</sup> de la responsabilité pénale des anciens chefs d'Etat<sup>223</sup> doit tenir compte des spécificités liées au constitutionnalisme africain<sup>224</sup>. Pour preuve, à l'expiration de leurs mandats présidentiels, ils arborent une nouvelle casquette leur permettant de renaître politiquement et d'entretenir par conséquent une filiation avec le pouvoir.

---

217 FOU MENA (Gaétan Thierry), « La désignation des juges constitutionnels en Afrique noire francophone », *RADP*, vol. 8, n° 17, 2019, pp.63-98.

218 HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel*, 41<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2021, p.807.

219 Voyons dans ce sens FENET (Alain), « La responsabilité internationale du chef d'Etat », *Revue générale de droit*, vol.32, n°3, 2002, pp.585-615.

220 KESSIÉ (Raymond Koudou), OULAYE (Hubert), *Le Président Laurent Gbagbo à la Cour pénale internationale : justice ou imposture*, Paris, L'Harmattan, 2013, 238 p.

221 Il a été inculpé au Sénégal en 2000 pour complicité de crimes contre l'humanité, actes de torture et de barbarie. Le procès n'ayant pas eu lieu, il a finalement été jugé et condamné en appel à la prison à perpétuité pour crime contre l'humanité par les Chambres extraordinaires africaines le 27 avril 2017.

222 Pour une systématisation actualisée de ce concept en Afrique noire francophone, voyons le doyen ONDOUA (Alain), « L'internationalisation des Constitutions en Afrique subsaharienne francophone et la protection des droits fondamentaux », *RTDH*, 2014, pp. 437- 457.

223 En dehors des exemples africains, voyons DE CARA (Jean-Yves), « L'affaire Pinochet devant la Chambre des Lords », *AFDI*, vol. 45, 1999, pp.72-100.

224 RAULIN (Arnaud de), « La justice pénale internationale à l'épreuve de l'Afrique », *Revue juridique et politique des Etats francophones*, 2009, vol. 63, pp. 135-148. Voir également ABDOUL KADER (Bitié), « L'africanisation de la justice pénale internationale entre motivations politiques et juridiques », *RQDI*, 2017, pp. 143-165.

## **B) La résurrection politique de l'ancien chef d'Etat**

A la question de savoir s'il y a une vie après le pouvoir<sup>225</sup>, la lecture attentive des énoncés constitutionnels dans les Etats témoins permet de répondre par l'affirmative. Dans la plupart de ces Etats, la qualité de représentant de l'autorité exerçant la fonction présidentielle qui devrait disparaître avec la cessation des fonctions est spontanément retrouvée, mais sous une autre forme (1). Cette dernière est tout à fait particulière, compte tenu de la rigidité que la jurisprudence récente semble greffer à son éventuelle renonciation (2).

### **1) La restauration distinguée de sa qualité de représentant du peuple**

La représentation « est un processus par lequel quelque chose (...) qui n'est pas réellement (...) présent est rendu présent par un intermédiaire »<sup>226</sup>. La notion ainsi définie est au cœur du droit constitutionnel, car elle touche à l'épineuse question relative à la souveraineté<sup>227</sup>. Elle est bien révolue l'époque où le débat portait sur son détenteur. Ayant souscrit de manière unanime au système de la représentation semi-directe<sup>228</sup>, les constitutions africaines<sup>229</sup> proclament en effet que « le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants élus et par voie de référendum (...) »<sup>230</sup>. Toutefois, l'élection entendue comme « le moyen par lequel le peuple choisit librement ses

---

225 SOUDAN (François), « Y'a-t-il une vie après le pouvoir ? », *Jeune Afrique*, n° 2587, 8-14 août 2010.

226 QUERMONNE (Jean-Louis), « Représentation », in DUHAMEL (Olivier), MENY (Yves) (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, *op.cit.*, p. 914.

227 Comme l'indique le professeur Jean-Louis QUERMONNE en effet, dans les démocraties modernes, la représentation suppose que le « peuple souverain » peut être représenté et qu'on peut lui rendre comptes. Cf. QUERMONNE (Jean-Louis), « Représentation », *op.cit.*, p. 915.

228 ONDOUA (Alain), « La population en droit constitutionnel. Le cas des Etats d'Afrique noire francophone », *Afrique contemporaine*, n°242, 2012, p. 90.

229 CABANIS (André) et MARTIN (Michel Louis), *Les Constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*. Paris, Khartala, 1999, 193p.

230 Article 4 (1) de la Constitution du Bénin de 1990. Voir également les articles 32 de la Constitution du Burkina-Faso, 3 de la Constitution du Tchad, 2 (1) de la Constitution du Cameroun, 3 de la Constitution du Gabon et 6 (1) de la Constitution du Niger du 25 novembre 2010.

*gouvernants*)»<sup>231</sup>, est loin d'être l'unique critère de la représentation comme l'ont démontré, et à simple titre illustratif, les travaux des professeurs Michel TROPER<sup>232</sup> et Philippe BLACHÈRE<sup>233</sup>. En effet, la participation des organes non élus à l'expression de la volonté générale<sup>234</sup> leur confère la qualité de représentant. Relativement à l'étude, il en est ainsi de la juridiction constitutionnelle et du Sénat. Parce que faisant partie de la formation collégiale de l'une de ces institutions, et qu'il est dans ce cas censé vouloir pour la nation<sup>235</sup>, l'ancien chef d'Etat retrouve sa casquette de représentant du peuple.

Précisément, la qualité de représentant dont il est question découle singulièrement de son repositionnement au sein des organes constitutionnels exerçant la fonction de représentation. Sans forcer le trait, il y a lieu de considérer chacun des membres de ces organes comme représentant de la nation. L'affirmation est aisée lorsqu'il s'agit de l'ancien chef d'Etat devenu sénateur à vie. A l'évidence, il ne s'agit pas d'une simple vue de l'esprit mais d'une réalité juridique, du moment où le système représentatif dans la plupart des démocraties actuelles est construit autour du Président de la République et du Parlement. Potentiellement bicaméral et ayant de ce fait une seconde chambre appelée Sénat dans la majorité des Etats ici étudiés<sup>236</sup>, les membres de ce dernier sont indistinctement

---

231 *Ibidem.*

232 TROPER (Michel), « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *Analisi e diritto*, 1999, pp.131-144.

233 BLACHÈRE (Philippe), *Contrôle de constitutionnalité et volonté générale*, Paris, PUF, coll. « Les grandes thèses du droit français », 2001, 246 p.

234 Cf. Article 6 de la Déclaration française des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et lire CARRE De MALBERG (Raymond), *La loi expression de la volonté générale, étude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1931, (réimpression), Economica, coll. « classique », 1984, 222 p.

235 BRUNET (Pierre), *Vouloir pour la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Paris/Bruxelles, LGDJ/Bruylant, 2004, 396 p.

236 On lira, de manière relativement récente, KUAKUVI (Kodjo Ahlin Avitsinu), *Les secondes chambres du Parlement dans les Etats francophones : Le cas du Burundi, de la France, du Gabon et du Sénégal*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Gand et Université de Lomé, 2012, 370 p et SOMALI (Kossi), *Le Parlement dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique. Essai d'analyse comparée à partir des exemples du Benin, du Burkina Faso et du Togo*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Lille II, 2008, 491 p.



considérés comme des représentant de la nation. Peu importe donc qu'ils soient élus ou nommés. La situation des anciens chefs d'Etat captive particulièrement l'attention sur ce dernier aspect. Ils sont désignés sénateurs à vie par le pouvoir constituant comme on peut le constater au Togo<sup>237</sup>, au Burundi<sup>238</sup> et en République Démocratique du Congo<sup>239</sup>. Si les sénateurs élus sont tenus pour représentants de la nation<sup>240</sup>, ceux qui sont désignés par le pouvoir constituant ne sauraient se voir contester cette qualité. Leur désignation émane en réalité du souverain. Il en va de même lorsque les personnes concernées sont faites membres de droit de la juridiction constitutionnelle.

Dans ce dernier cas de figure, force est de constater que la légitimité statutaire de l'ancien chef d'Etat s'accompagne d'une légitimité fonctionnelle du fait de sa participation au sein de la formation collégiale, à l'expression de la volonté générale ou plus globalement à la construction de l'Etat de droit<sup>241</sup>. Au sein des Etats sous étude, cette fonction qu'exerce la juridiction constitutionnelle par le truchement de ses membres, au rang desquels figureraient les anciens chefs d'Etats, est saisissable lorsqu'elle complète la Constitution<sup>242</sup>

---

237 Article 75 de la Constitution du 15 mai 2019.

238 Article 180 de la loi constitutionnelle de 2005.

239 Article 104 de la Constitution de 2006.

240 Le constituant congolais indique par exemple que : « Le sénateur représente sa province, mais son mandat est national ». Cf. Article 104 de la Constitution de 2006. Il rejoint en cela le juge constitutionnel français, qui de manière constante, rappelle que « si les députés et les sénateurs sont élus au suffrage universel, direct pour les premiers, indirect pour les seconds, chacun d'eux représente au Parlement la Nation tout entière et non la population de sa circonscription d'élection ». Cf. Décisions n°99-410 DC du 15 mars 1999, *Nouvelle-Calédonie*, Rec., p.41 ; n°2007-547 DC du 15 février 2007, *Outre-mer*, Rec., p.60.

241 Voyons AÏVO (Frédéric Joël), *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, 222 p ; MBORANTSUO (Marie-Madeleine), *La contribution des Cours constitutionnelles à l'Etat de droit en Afrique*, Paris, Economica, 2007, 365 p ; SALAMI (Ibrahim David), *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines. Analyse comparative des cas béninois ivoiriens, sénégalais et togolais*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université François Rabelais de Tours, 2005, 459 p.

242 Le juge constitutionnel gabonais n'a pas hésité en 2018 à ajouter expressément un alinéa à un article de la Constitution. Cf. Décision n°219/CC du 14 novembre 2018.

ou encore lorsqu'elle censure les lois<sup>243</sup> y compris celles édictées par le pouvoir de révision<sup>244</sup>. Même s'il arrive qu'elle soit critiquée en la matière parce que faisant parfois un peu trop<sup>245</sup> ou exerçant parfois un excès de pouvoir juridictionnel<sup>246</sup>, la mobilisation de son office permet juste de démontrer le rôle que pourraient jouer les anciens Présidents dans l'expression de la volonté générale. Cette précision comporte l'avantage de mettre l'analyse à l'abri de la critique tenant à faire observer que jusqu'ici, aucun ancien chef d'Etat africain n'a eu à siéger au sein de la juridiction constitutionnelle. N'étant nullement une spécificité des Etats d'Afrique noire francophone<sup>247</sup>, ici il va sans dire que cette situation est pour l'essentiel due au désir des uns et des autres de s'éterniser au pouvoir malgré la limitation constitutionnelle du nombre de mandats présidentiels. Ils n'ont pas ou pas encore pris toute la mesure du statut constitutionnel d'ancien chef de l'Etat. Celui-ci leur permettant de continuer à vouloir pour la nation un peu comme par le passé et peut être pour toujours si l'on s'en tient au développement récent du droit constitutionnel jurisprudentiel<sup>248</sup> en la matière.

---

243 A l'occasion, participant réellement à l'élaboration de la loi, il arrive qu'il fasse des suggestions au législateur comme en témoigne la jurisprudence constitutionnelle de Madagascar. Cf. Décision n°16-HCC/D3 du 3 mai 2018 portant sur la loi organique n°2018-009 relative à l'élection du Président de la République.

244 Voyons respectivement les décisions des juges constitutionnels gabonais, tchadien, malien et béninois : Décision n°2/CC du 17 février 2004, Hebdo information, n°483, 27 mars 2004 ; Décision n°001/PCC/SGG/001 du 26 février 2001 ; Arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001 ; DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

245 GNAMOU (Dandi), « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in AÏVO (Frédéric Joël) (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, p.729.

246 MONEMBOU (Cyrille), « De l'excès de pouvoir juridictionnel en Afrique noire francophone. Réflexions à partir des décisions récentes des juridictions constitutionnelles du Gabon et de Madagascar », in AÏVO (Frédéric Joël), DU BOIS DE GAUDUSSON (Jean), DESOUCHES (Christine), MAILA (Joseph) (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, pp.787-810.

247 En France, ont seuls siégé jusqu'ici les deux anciens présidents de la IVème République à savoir Vincent AURIOL et René COTY ; deux anciens présidents sous la Vème République et de manière épisodique : Jacques CHIRAC et Nicolas SARKOZY. Pour d'amples précisions, voyons FAVOREU (Louis), alii, *Droit constitutionnel*, 23<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2021, p.351.

248 FAVOREU (Louis), « Le droit constitutionnel jurisprudentiel », *RDP*, 1989, pp. 399-503.

## 2) La renonciation rigidifiée à sa qualité de représentant du peuple

Tout comme l'abandon, dans le langage juridique, la renonciation est l'acte ou le procédé par lequel une personne renonce à un droit<sup>249</sup>. Il s'agit donc d'un acte purement intentionnel<sup>250</sup> et délibéré. Appliquée à l'étude, il s'agirait d'une déclaration formaliste par laquelle un ancien chef d'Etat dont les fonctions ont régulièrement pris fin, refuse de jouir des effets découlant du statut constitutionnel qui lui est reconnu.

En apparence simple, la question de la renonciation audit statut donne matière à réflexion en Afrique noire francophone. En toile de fond, il n'est pas anodin de rappeler qu'à l'origine de la controverse juridique qui se dégage, est la préoccupation de savoir si un ancien chef d'Etat, désigné sénateur à vie ou membre de plein droit de la juridiction constitutionnelle, peut faire acte de candidature à l'élection présidentielle après avoir observé l'interdiction d'exercer plus de deux mandats successifs.

De prime abord, si au Burundi, il est simplement indiqué que l'ancien chef d'Etat est membre de droit du Sénat<sup>251</sup>, en République Démocratique du Congo et au Togo, il est précisé qu'il est, « de plein droit, membre à vie du Sénat »<sup>252</sup>. Par cette formule, on penserait que le constituant a voulu assurer une retraite paisible à l'ex-président. Sauf qu'à bien y regarder, il s'agirait d'une retraite définitive avec impossibilité de revenir un jour à la tête de l'Etat. Les interrogations sont toutes permises. Mais avant d'approfondir l'analyse rappelons qu'il ne s'agit point d'une spécificité africaine. En France déjà, jusqu'en 1884<sup>253</sup>, sur les 300 sénateurs qui composaient le Sénat,

---

249 GUINCHARD (Serge), DEBBARD (Thierry) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, *op.cit.*, p.1.

250 *Ibidem*.

251 Article 180 de la loi constitutionnelle de 2005 et article 4 de la Loi n°01/020 du 09 décembre 2004, *op.cit.*

252 Lire les articles 108 et 75 des constitutions respectives de la République Démocratique du Congo et du Togo, *op.cit.*

253 Loi organique du 10 décembre 1884.

225 étaient élus pour un mandat limité dans le temps tandis que les 75 autres étaient élus à vie parmi les membres de l'Assemblée Nationale<sup>254</sup>. En droit constitutionnel italien, le Président de la République a compétence pour désigner les sénateurs à vie<sup>255</sup>. Aussi, ce dernier titre est reconnu à tout ancien Président<sup>256</sup>. L'exemple italien apporte par ailleurs une précision dans la compréhension de la formule de « sénateur à vie ». Explicitement et sans amalgame, il est prévu que « *sauf renonciation, tout ancien Président de la République est sénateur de droit et à vie* »<sup>257</sup>. On comprend dès lors qu'il s'agit d'une faculté reconnue à l'ex-président, et non d'une obligation à lui imposée afin de l'éliminer d'entrée d'une éventuelle course à la présidence. Une telle précision n'a pas retenu l'attention du constituant africain, ouvrant ainsi la porte à la polémique.

De manière incisive, le constituant congolais précise qu'« en sa qualité de sénateur à vie, tout ancien Président de République élu est soumis à toutes les incompatibilités prévues par l'article 108 de la Constitution »<sup>258</sup>. La seule dérogation réside dans le fait qu'il « peut exercer des fonctions rémunérées conférées par organisme international dont la République Démocratique du Congo est membre »<sup>259</sup>. Il ne s'agit pas à proprement parler d'une injustice constitutionnelle<sup>260</sup> dont l'ancien chef d'Etat serait victime. D'abord, sa soumission au régime des incompatibilités au rang desquelles figure l'interdiction d'exercer un autre mandat électif - présidentiel

---

254 C'est ce qui ressort de la loi du 24 février 1875.

255 En effet, « (...) Le Président de la République peut nommer sénateurs à vie cinq citoyens ayant honoré la patrie par de très hauts mérites dans les domaines social, scientifique, artistique et littéraire ». Cf. Article 25 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

256 Article 25 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

257 Article 25 de la Constitution italienne du 27 décembre 1947.

258 Article 6 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

259 Article 6 de Loi n°18/021 du 26 juillet 2018 statut des anciens présidents de la république, *op.cit.*

260 LE POURHIET (Anne Marie), « L'injustice constitutionnelle », in *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 223-231.

en l'espèce – est une exigence de la séparation des pouvoirs<sup>261</sup>. Elle vise de ce fait à préserver le non cumul dans l'exercice de la fonction de représentation. Est-ce à dire qu'il peut renoncer à sa qualité de sénateur à vie ? En toute logique juridique, la réponse est nécessairement affirmative vu qu'en aucun cas, il ne peut être contraint d'y rester ; la démission étant perçue comme une élégance démocratique dans la gestion des affaires publiques. Par ailleurs, il peut perdre cette qualité de sénateur à vie s'il venait à commettre une infraction constitutionnelle<sup>262</sup>. C'est dire qu'en réalité le statut de sénateur à vie n'est pas forcément entouré d'une clause d'éternité malgré la rigidité qui entoure sa renonciation.

Cette rigidité s'accroît et sème le doute lorsqu'on analyse la rédaction de la clause limitant le nombre de mandats. En parcourant la Constitution congolaise, on peut y lire que : « Le Président de la République est élu au suffrage universel direct pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois »<sup>263</sup>. Comme on peut le percevoir, le problème vient du fait qu'à ce niveau, le constituant congolais tout comme celui du Togo<sup>264</sup>, ne précise pas si cette interdiction s'applique aux mandats successifs ou non. Afin d'éviter toute interprétation contraire, ils auraient pu faire comme leur homologue guinéen en affirmant que la durée du mandat du Président de la République « est renouvelable une fois. Nul ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels consécutifs ou non »<sup>265</sup>. Dans le même souci de clarté, le constituant centrafricain de 2016 précise qu'« en aucun cas, le Président de la République ne peut exercer plus de deux mandats présidentiels consécutifs ou le proroger pour quelque motif que ce soit »<sup>266</sup>.

---

261 Pour une systématisation contemporaine de la notion, voir TROPER (Michel), *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*. Paris, LGDJ, 1980, 251 p.

262 Voir *supra*, p.15.

263 Article 70 de la Constitution du 18 février 2006.

264 Article 58 de la Constitution, *op.cit.*

265 Article 27 de la Constitution, *op.cit.*

266 Article 35 de la Constitution, *op.cit.*

Le même raisonnement devrait l'emporter en ce qui concerne l'ancien président, membre de droit de la juridiction constitutionnelle. Il est par exemple précisé que le Conseil constitutionnel est composé entre autres des anciens Présidents de la République, sauf renonciation expresse de leur part<sup>267</sup>. Aussi, tout membre de la Cour constitutionnelle peut démissionner de ses fonctions<sup>268</sup>, comme on peut le constater avec l'exemple du doyen Francis WODIE<sup>269</sup>. Sous réserve donc de ce que dit la Constitution sur la limitation des mandats, l'ex-chef d'Etat, membre de droit de la juridiction constitutionnelle, peut prétendre à une fonction élective comme la fonction présidentielle. Le juge constitutionnel français affirme dans ce sens que rien ne s'oppose à ce qu'il soit candidat à un mandat parlementaire, mais s'il est élu, il ne peut siéger au sein du Conseil constitutionnel<sup>270</sup>. Comme dit plus haut, le principe est d'éviter le cumul des fonctions.

En Afrique noire francophone, la pratique tend à rendre inopérante cette logique. La jurisprudence constitutionnelle entoure l'acte de renonciation d'un extrême formalisme. Ce dernier est perceptible dans l'*obiter dictum* contenu dans la décision du juge constitutionnel ivoirien de 2020<sup>271</sup>. Il est rédigé ainsi qu'il suit : « Considérant au surplus, que même s'il était inscrit sur la liste électorale et avait produit une déclaration personnelle revêtue de sa signature légale, la candidature de Monsieur GBAGBO Laurent à l'élection présidentielle de la République du 31 octobre 2020 demeurerait irrégulière en ce que, membre de droit du Conseil constitutionnel, en tant qu'ancien Président de la République, et conformément aux dispositions de l'article 50 du Code électoral, il aurait dû renoncer de manière expresse, à sa qualité de membre du Conseil constitutionnel

---

267 Article 128 de la Constitution, *op.cit.*

268 Voir par exemple l'article 6 de Loi organique n° 2004-004 sur la Cour constitutionnelle du Togo.

269 Le 2 février 2015, il démissionnait de son poste de président de la Cour constitutionnelle de Côte d'Ivoire.

270 Décision n° 84-983 AN du 7 novembre 1984, Rec.117.

271 Décision n°CI-2020-EP-009/14-09/CC/SG du 14 septembre 2020.

au moins six (06) mois avant la date du premier tour du scrutin, soit 30 avril 2020 »<sup>272</sup>. L'exigence de renonciation expresse avant la tenue des élections peut être discutée.

D'emblée, il semble judicieux de dire avec le professeur Michel TROPER que, « *si la Constitution confère aux anciens présidents de la République la qualité de membre à vie du Conseil constitutionnel, elle ne leur interdit pas pour autant d'être candidat à un mandat électif* »<sup>273</sup>. Logiquement, la renonciation vise à éviter l'exercice des fonctions incompatibles et de ce fait, elle est généralement et non exclusivement implicite. Dans ce dernier cas, elle est déductible de l'acceptation d'une nouvelle fonction jugée incompatible. En bon droit, « la Cour constitutionnelle constate la démission d'office de celui de ses membres qui accepte une fonction ou un emploi électif incompatible avec sa qualité de membre de la Cour, qui n'a plus la jouissance des droits civils et politiques ou qui a commis un acte de forfaiture »<sup>274</sup>. Dès lors, le délai impératif applicable à la renonciation peut s'analyser comme une sanction préjudiciable. Le juge constitutionnel ivoirien, dans sa rigidité, a oublié que dans le cas d'un membre de droit, la survenance d'une incompatibilité n'a qu'un effet temporaire<sup>275</sup>. « *Elle suspend l'exercice du mandat, mais elle n'y met pas définitivement fin, comme dans le cas d'un membre nommé* »<sup>276</sup>. Encore, faudrait-il que l'incompatibilité soit née. Un candidat à l'élection ne devient pas forcément Président de la République et dans l'hypothèse où il est porté par le peuple, son mandat de membre de la juridiction constitutionnelle est automatiquement et simplement suspendu.

---

272 *Ibidem.*

273 HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel, op.cit.*, p.806.

274 Article 7, de la loi organique n° 2004-004 sur la Cour constitutionnelle au Togo.

275 HAMON (Francis), TROPER (Michel), *Droit constitutionnel, op.cit.*, p.806.

276 *Ibidem.*

## CONCLUSION

A la question de savoir quelle est la finalité poursuivie par le constitutionalisme des Etats d'Afrique noire francophone lorsqu'il formalise le statut spécial d'ancien chef d'Etat, l'étude a pu vérifier la thèse d'une visée ambivalente. Autant il a vocation à valoriser la fonction présidentielle dans le temps, autant il se présente comme une technique consistant à revigorer la personne de l'ex-président de la République.

Sous ce dernier prisme, les dispositions constitutionnelles atypiques<sup>277</sup> qui entourent ledit statut viseraient à conserver le primat de l'ancien chef d'Etat sur le fonctionnement du système constitutionnel. Il n'est pas dès lors anodin de s'interroger sur le point de savoir si la «migration des idées constitutionnelles»<sup>278</sup> en Afrique noire francophone, mettant visiblement en exergue un « espace d'isomorphisme constitutionnel »<sup>279</sup>, n'est pas contreproductive. Aussi, sans trahir la pensée de MONTESQUIEU selon laquelle les lois, constitutionnelles en l'espèce, « doivent être tellement propres au peuple pour lequel elles sont faites ; que c'est un grand hasard si celles d'une nation peuvent convenir à une autre »<sup>280</sup>, l'originalité africaine dans l'aménagement du statut d'ancien chef d'Etat, mérite un approfondissement afin qu'il ne soit constamment soumis à des manipulations comme l'étude a pu le constater.

---

277 SY (Demba), « De quelques dispositions atypiques dans les Constitutions africaines », in AÏVO (Frédéric Joël) (dir.), *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, op.cit., pp. 273-283.

278 VERGOTTINI (Giuseppe), *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger*, Paris, Dalloz, 2013, p. 47.

279 CABANIS (André) et MARTIN (Michel Louis), « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone », in *Mouvement du droit public, Mélanges en l'honneur de Franck MODERNE*, Paris, Dalloz, 2005, pp.343-357.

280 MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Tome II, Paris, Ed. GF Flammarion, 1979, p.237.





COMMENTAIRE DE L'ARTICLE 14 AL. 2  
DE LA LOI CONSTITUTIONNELLE  
N°96/06 DU 18 JANVIER 1996 PORTANT RÉVISION  
DE LA CONSTITUTION DU 02 JUIN 1972

**Émile MENGUE MBOUE**

*Docteur (Ph. D) en droit public,*

*Chargé de cours à la Faculté des sciences juridiques et politiques,  
Université de Ngaoundéré- (Cameroun).*

À la question de savoir « *un Parlement pour quoi en faire ?* »<sup>1</sup>, le constituant camerounais répond par l'article 14 (2) de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972 : « *le parlement légifère et contrôle l'action du gouvernement* »<sup>2</sup>. L'article 14 (2), suscitée, se trouve au sein du Titre 3 de la loi constitutionnelle n°96/06 et est intitulé « Du pouvoir législatif ». Cet article met en œuvre le principe de la séparation des pouvoirs dont dispose l'article 14 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789<sup>3</sup>. Par cette disposition, le constituant présente les fonctions traditionnelles des assemblées parlementaires au sein de l'Etat. Il s'agit de la fonction législative et de la fonction de contrôle de l'activité gouvernementale. Ces fonctions, tantôt qualifiées par la doctrine<sup>4</sup> de « juridiques et extra-juridiques », « normatives et politiques », sont

---

1 CHANDERNAGOR (André), *Un Parlement pourquoi faire ?*, Paris, Gallimard, 1967, 187 p.

2 Art. 14 (2) de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972.

3 Art.14 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution ».

4 AVRIL (Pierre), « Droit parlementaire et droit constitutionnel sous la Vème République », *RDV*, 1984, pp .573-586.

essentielles à l'édification et la consolidation de l'Etat de droit<sup>5</sup>. En droit parlementaire, il est établi que le Parlement peut exercer cinq fonctions<sup>6</sup>: la fonction électorale, qui consiste à désigner le chef du gouvernement ; la fonction expressive visant à connaître l'état d'esprit du peuple sur une question précise ; la fonction pédagogique faisant des parlementaires de véritables instituteurs, la fonction informative qui permet d'éviter le monopole de la détention de l'information et de la communication par l'exécutif et donc de le contrôler, et enfin de compte, la fonction législative, c'est-à-dire de confection de la loi. Pour le constituant du 18 janvier 1996, le Parlement exerce deux fonctions : la fonction juridique et la fonction politique. Dans un contexte dicté par l'Etat de droit, la présente étude présente un double intérêt théorique et pratique.

Au plan théorique, l'article 14 (2) de la loi constitutionnelle n°96/06 permet de déterminer la nature de la relation qui existe entre la théorie, la pratique des mécanismes de production des normes législatives et l'action gouvernementale. Au plan pratique, il permet de déterminer le rôle du parlement au sein de l'Etat du Cameroun. « *In fine* », l'article 14 (2), articule l'instance parlementaire autour de deux fonctions principales en l'occurrence, la fonction normative (I), et la fonction politique (II).

## I. LA FONCTION NORMATIVE DU PARLEMENT

La fonction la plus ancienne du parlement est de légiférer, c'est-à-dire de faire la loi. C'est de cette acception première que le parlement tire l'appellation de pouvoir législatif. Elle comporte deux phases principales. D'une part, la phase préparatoire ou préliminaire qui est l'œuvre des commissions (A), d'autre part, la phase de discussion ou l'adoption de la loi en séance plénière (B).

---

5 HADIDJA (Sali), *Le Parlement et l'Etat de droit au Cameroun*, Thèse de Doctorat/PhD, Université de Ngaoundéré, 2020, 225p. ; ABIABAG (Issa), « Le Droit Parlementaire camerounais », in, *Annales de la faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Université de Douala*, n° 01, 2002, pp.43-65.

6 AVRIL (Pierre), GICQUEL (Jean), *Droit parlementaire*, 4ème édition, Paris, Montchrestien, 2010, pp. 180-190.

## A. L'initiative des lois

En droit positif camerounais, il appartient au parlement de légiférer. C'est ce qu'exprime l'article 14 (2.a) de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996. Lorsqu'un texte est initié par un ou plusieurs parlementaires, on parle de proposition de loi. Le pouvoir législatif est exercé par le parlement qui comprend deux chambres : l'Assemblée nationale et le Sénat. Ainsi, l'initiative législative peut émaner soit d'un membre du Sénat, soit d'un membre de l'Assemblée nationale. Elle provient également d'un groupe parlementaire. Les projets et les propositions de lois sont déposés à la fois sur le bureau de l'Assemblée nationale et sur celui du Sénat. Pourtant, ce dépôt simultané sur le bureau des deux chambres ne préfigure rien de l'ordre d'examen des textes. Autrement dit, le dépôt simultané n'emporte pas l'examen simultané par les commissions des deux assemblées comme le laisserait croire l'alinéa 1(b) de l'article 29 de la loi n°96/06<sup>7</sup>, complétant les dispositions de l'article 14 (2) du même texte. En effet, lorsque l'article 30-1 de la loi constitutionnelle, dans un élan de précision de l'article 14 (2), dispose : « les textes adoptés par l'Assemblée nationale sont aussitôt transmis au président du Sénat par le président de l'Assemblée nationale », on en déduit aisément que le Sénat doit attendre que l'Assemblée nationale ait achevé l'examen du texte puis l'adopte et c'est le texte adopté par l'Assemblée nationale que le Sénat examine<sup>8</sup>. Toutefois, il convient de rappeler qu'en droit positif camerounais, « *l'initiative des lois appartient concurremment au Président de la République et aux*

---

7 Lire l'Article 29 (1) de la loi n°96/06 suscitée : « les projets et les propositions de lois sont examinés par les commissions compétentes avant leurs discussion en séance plénière ».

8 Cette interprétation est toutefois contredite par l'alinéa 2 de l'article 29 de la Constitution qui est sans équivoque : « Le projet de loi examiné en séance plénière est le texte déposé par le président de la République. La proposition de loi examinée en séance plénière est le texte élaboré par l'auteur ou les auteurs de celle-ci ». C'est ce que confirme l'article 38-1 (a) du règlement intérieur du Sénat qui dispose : « Les projets de loi dont le Sénat est saisi par le président de la République sont déposés sur le bureau de la chambre pour être transmis par le président du Sénat à la conférence des président qui décide de leur recevabilité et de leur attribution à une commission générale. Il en est donné connaissance au Sénat au cours d'une séance plénière ».

*membres du parlement* ». Le texte émanant de l'exécutif est appelé projet de loi<sup>9</sup>. Ce dernier est adopté après discussion au sein des assemblées parlementaires.

### **B. La discussion et l'adoption de la loi en plénière**

La discussion en séance commence par la présentation du rapport. Les projets et propositions de loi sont, en principe, soumis à une seule délibération en séance publique. La discussion des projets et propositions de loi s'engage par l'audition, s'il y a lieu, du ou des rapporteurs de la ou des commissions saisies pour avis et ensuite par la présentation du rapport de la commission saisie au fond. Après la présentation du rapport, le Président annonce l'ouverture de la discussion générale. A la fin de la discussion, l'Assemblée devra ensuite se prononcer sur l'ensemble du texte<sup>10</sup> et dont sur son vote<sup>11</sup>. Le Sénat quant à lui, n'engage formellement la procédure que lorsqu'il a reçu du Président de l'Assemblée nationale le projet ou la proposition de loi adoptée par la chambre basse. Lorsque la chambre haute s'est à son tour prononcée sur le texte, le Président du Sénat le retourne au président de la chambre basse. Ce mouvement est appelé « *navette parlementaire* »<sup>12</sup>. De ce qui précède, il en ressort que le Parlement reste l'acteur principal du processus législatif, bien que cette compétence soit partagée avec l'exécutif dont il contrôle l'action<sup>13</sup>.

## **II. LA FONCTION POLITIQUE DU PARLEMENT**

En Afrique, il n'existe pas de Parlement sans prérogatives de contrôle de l'action gouvernementale. L'article 14 alinéas 2 (b) de la loi n°96/06 dispose : « ... le *Parlement contrôle l'action du gouvernement* ». Ce contrôle a deux fonctions essentielles à savoir, prévenir (A) et sanctionner (B) les errements de l'exécutif dans la mise en œuvre des politiques publiques.

---

9 Article 25 de la loi n°96/06, *op.cit.*

10 Article 60 (5) du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale

11 Article 71 et 73 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, Article 86 et 88 du Règlement intérieur du Sénat.

12 Article 64 (1) du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale.

13 Article 25 (1) de la loi fondamentale n°96/06, *op.cit.*

## A. Le contrôle préventif de l'action gouvernementale

Pour contrôler efficacement, il faut être informé. Le Parlement doit connaître la réalité des mesures prises par le pouvoir exécutif, leur contenu ; afin de mieux le contrôler. Le contrôle prévu par l'article 14 (2.b) de la loi constitutionnelle n°96/06 est un contrôle préventif. A ce titre, il confère à l'instance parlementaire un droit de regard sur l'activité gouvernementale à travers deux modalités : la demande d'information et l'investigation. La demande d'information n'a pas pour objet de sanctionner le gouvernement, mais plutôt, comme son nom l'indique, de s'informer afin mieux le surveiller<sup>14</sup>. Dans ce cadre, l'information est perçue comme la première étape du contrôle de l'action gouvernementale. Elle s'articule autour de deux axes : les questions parlementaires<sup>15</sup> et les interpellations<sup>16</sup>.

En ce qui concerne les commissions d'enquêtes et de contrôles, elles sont consacrées par le constituant du 18 janvier 1996 et les règlements intérieurs des chambres parlementaires du Cameroun. Elles sont formées d'une part, pour recueillir des éléments d'informations sur des faits déterminés et soumettre leurs conclusions à l'Assemblée qui les a créées<sup>17</sup>. D'autre part, elles sont chargées d'étudier la gestion administrative, financière, ou technique de services publics ou entreprises nationales en vue d'informer l'Assemblée qui les a créées aux résultats de leur examen<sup>18</sup>.

---

14 ATEMENGUE (Jean De Noël), « Le régime électoral des Sénateurs », in *Le Sénat au Cameroun*, éditions clé, Yaoundé, 2016, pp.175-188.

15 Les questions parlementaires peuvent être définies comme des démarches de renseignement ou d'exploitations adressées par les parlementaires aux membres du gouvernement. Elles sont dépourvues de sanctions politiques immédiates mais constituent une source de renseignement d'ordre pratique. Elles sont de deux ordres : écrit et oral Lire les articles 75 à 80 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, articles 81 à 89 du Règlement intérieur du Sénat.

16 Les interpellations quant à elles, sont une arme de dissuasion ou un moyen de pression permettant aux parlementaires de pousser le gouvernement à s'expliquer publiquement au sujet de ses activités ou de ses projets ne se trouvant pas à l'ordre du jour de l'Assemblée.

17 Article 86 (5) du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, Article 90 (5) du Règlement intérieur du Sénat

18 Article 113 du Règlement intérieur de l'Assemblée Nationale.

Cependant, au regard des statistiques, l'on constate que le recours à ces procédés d'enquêtes présente quelques lacunes. C'est notamment le cas des commissions d'enquêtes et de contrôles qui, depuis leur instauration dans les années 1990, n'ont fait l'objet d'aucune interpellation, encore moins d'une mise en œuvre de la responsabilité du gouvernement. Le contrôle préventif de l'exécution des politiques publiques étant ainsi décliné, ce dernier s'accompagne en temps de besoin, des moyens coercitifs.

### **B. Le contrôle répressif de l'action gouvernementale**

Le contrôle répressif est un contrôle a posteriori. C'est le contrôle dont dispose le Parlement pour sanctionner l'action du gouvernement<sup>19</sup>. Ce contrôle correspond à la responsabilité du gouvernement. En effet, il s'agit d'une responsabilité politique<sup>20</sup>. Au regard de l'article 34 (2) de la loi n°96/06, complétant les dispositions de l'article 14 (2) du même texte, le constituant distingue le contrôle par l'initiative du gouvernement qui se résume à la question de confiance, du contrôle par l'initiative du Parlement lequel renvoi à la motion de censure. Ainsi dans le premier cas, le Premier Ministre peut après délibération du conseil ministériel engager la responsabilité du gouvernement sur un programme, ou le cas échéant, sur une déclaration de politique générale. Le vote ne peut intervenir moins de quarante-huit heures (48) après la question de confiance. Seul sont recensés les votes défavorables à la question de confiance. A l'opposé, l'article 34 (3) de la loi n°96/06 dispose : « L'Assemblée nationale peut mettre en cause la responsabilité du gouvernement par le vote d'une motion de censure. Pour être recevable, la motion de censure doit être signée par au moins un tiers des membres de l'Assemblée nationale. Le vote ne peut intervenir moins de quarante-huit heures (48) après le dépôt de motion de censure ».

---

19 SEGUR (Philippe), *La responsabilité politique*, Paris, PUF, coll. *Que sais-je ?* n° 71998, p.127, cité par ONDO (Téléphore), *Le droit parlementaire gabonais*, Ed. L'Harmattan, Paris, 2008, p.243.

20 ABA'A OYONO (Jean -Calvin) « Un air de printemps dans le droit parlementaire au Cameroun », *Juridis périodique* n° 54, avril-mai-juin, 2003, p.18.

Seuls sont recensés les votes favorables à la motion de censure. Au total, la motion de censure tout comme la question de confiance, constitue un moyen répressif de contrôle parlementaire sur l'action gouvernementale. Mais la formalité de contrôle du gouvernement au Cameroun montre que la censure reste une pratique limitée voire inexistante. La fonction de contrôle du gouvernement au Cameroun est donc limitée. Cette limitation s'articule autour de plusieurs axes. D'abord ce contrôle n'est que formel. Ensuite, cette fonction présente des sérieuses difficultés du fait de la mainmise du pouvoir exécutif sur le pouvoir législatif, notamment à travers le clivage de la majorité des parlementaires. Enfin, cette situation de faiblesse de la fonction de contrôle du gouvernement montre à quel point le pouvoir législatif a perdu sa noblesse. Toute chose, qui ramène à la lumière de la pensée la problématique de la nature du régime politique Camerounais.





LE CONTENTIEUX DE LA RÉGULATION DANS LES ETATS  
D'AFRIQUE SUBSAHARIENNE FRANCOPHONE :  
LES CAS DU CAMEROUN ET DE LA CÔTE D'IVOIRE

**Éric Stéphane MVAEBEME**

*Ph.D en droit public, Assistant à la Faculté de sciences  
Juridique et Politique de l'Université de Dschang (Cameroun).*

Les Administrations publiques en agissant, c'est-à-dire en exerçant leurs droits, sont exposées, soit à froisser des intérêts respectables, soit à violer des droits des administrés, il en résulte des réclamations<sup>1</sup>. La régulation qui est une fonction de l'administration publique aujourd'hui, n'échappe pas au contentieux.

La régulation en Afrique subsaharienne exprime une mutation du système juridique<sup>2</sup>, où la règle générale abstraite laisse un espace plus vaste à des autorités chargées d'en contextualiser l'application. La transformation de la conception du rôle de l'Etat<sup>3</sup> voulue par les bailleurs de fonds à travers les conditionnalités des plans d'ajustement structurel se traduit par la déréglementation qui est un moyen de permettre le désengagement de l'Etat<sup>4</sup>. Celle-ci passe par un ensemble de réformes structurelles visant la modernisation de l'administration publique. Les autorités de régulation participent de cette mouvance de remise en cause de l'Etat dans le cadre du néo-libéralisme économique. Jusque-là le problème reste entier,

---

1 Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4<sup>e</sup>éd., Paris, librairie de la société du recueil des lois et des arrêts, 1900, p.819.

2 Voir pour une approche d'ensemble, lire utilement Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne : Les transformations de la régulation juridique », *RDJ*, 1998, p.659.

3 Voir aussi Bruno Bekolo Ebe, « Le rôle économique de l'Etat », *Revue camerounaise de management*, n° spécial 1987, p.31.

4 Marc Debene, « Le désengagement de l'Etat dans les pays en voie de développement », *Revue administrative*, 1989, p.161.

car la régulation demeure une notion floue, un polysème<sup>5</sup>, une notion fonctionnelle<sup>6</sup> qui se laisse seulement appréhender autour d'une définition lexicale<sup>7</sup>. Pour ce faire, il est possible de retenir prioritairement trois définitions du vocable « régulation ».

*Primo*, la régulation peut être appréhendée comme la fonction des Autorités administratives Indépendantes<sup>8</sup>. Mais, il sied de préciser que cette acception vaut davantage pour la France<sup>9</sup> c'est là-bas et dans d'autres Etats africains que les régulateurs détiennent cette nature juridique. La régulation est de ce point de vue la mission des régulateurs, Autorités Administratives Indépendantes<sup>10</sup>, établissements publics (pour certains pays) mis sur pied par l'Etat.

---

5 Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, Paris, LGDJ, « Bibliothèque de droit public », Tome 259, 2008, pp.20-23.

6 Sur la distinction « notion fonctionnelle » et « notion conceptuelle », lire Georges Vedel, « De l'arrêt Sept fonds à l'arrêt Barenstein (la légalité des actes administratifs devant le juge judiciaire) », *JCP*, 1948, I, p. 682 et *sq.*

7 « La *définition lexicale* se présente comme une *métadéfinition* prenant, schématiquement, la forme d'une liste de définitions. Le choix d'une définition lexicale peut aussi reposer sur une volonté de montrer la pluralité des définitions et des conceptions dont peut faire l'objet un mot... ». Pour d'amples explications, lire Véronique Champeil-Desplats, *Méthodes du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, 2014, pp.305-306.

8 Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse de Droit Public, Université de Paris-I Panthéon – Sorbonne, 11 octobre 2011, p.18.

9 Le Conseil d'Etat français a consacré cette posture en 1983. Lire utilement, EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Rapport public*, n°35, 1983-1984, p. 20. Bien évidemment la Côte d'Ivoire s'inscrit dans ce sillage, *a contrario* le Cameroun a créée des régulateurs avec pour nature juridique des établissements publics. Lire dans ce sens ; Gérard-Martin Pekassa Ndam, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol 2, n, °1, pp153-178 ; Cyrille Monembou, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif Camerounais », *Revue béninoise de Sciences Juridiques et Administratives*, n°38, 2017, pp 223-263.

10 Voir par exemple Jean Louis Autin., « Du juge administratif aux autorités administratives indépendantes : un autre mode de régulation », *RDJ*, 1988, pp. 1213-1214.

Cette définition peut avoir la faiblesse d'être assez ancienne et dépassée<sup>11</sup> mais ce n'est qu'un leurre car elle est souvent reprise dans des écrits doctrinaux actuels<sup>12</sup>.

*Secundo*, la régulation apparaît souvent comme une nouvelle forme de normativité juridique sous la plume de Gérard Timsit. Pour ce dernier<sup>13</sup> et bien d'autres, la régulation comme une forme de normativité située entre la normativité de l'État et la normativité du marché, caractérisée par le dialogue et la souplesse<sup>14</sup>. Une fonction assurée majoritairement par des Autorités Administratives Indépendantes.

*Tertio*, la régulation s'apparente aussi à une fonction à vocation économique<sup>15</sup>. Cela est majoritairement démontré par la doctrine universitaire<sup>16</sup> ainsi que par celle organique<sup>17</sup>. Il appert que la régulation est une fonction fortement économique mais davantage une fonction de conciliation d'impératifs économiques et non économiques. L'on ne peut que faire chorus avec Gérard Marcou qui affirme que la régulation est « une fonction de la puissance publique qui tend à établir un compromis entre des objectifs et des valeurs économiques et non économiques, pouvant être antinomiques, dans

---

11 Gérard Marcou, « La notion juridique de régulation », *AJDA*, 2006, p. 347, p.347 ; Arnaud See, *La régulation du marché en droit administratif. Étude critique*, Thèse pour le doctorat en Droit de l'Université de Strasbourg, 2010, pp. 129-140.

12 René Dosière, Christian Vanneste, *Rapport d'information fait au nom du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur les autorités administratives indépendantes*, Tome 1, Rapport, 2010, pp.16-17.

13 Lire dans ce sens Gérard Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *REAP*, 1996, pp. 375-394 ; Gérard Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, « Les voies du droit », 1997, pp. 145-231.

14 Laurence Boy., « Régulation et sécurité juridique », in Laurence Boy, Jean Baptiste Racine, Fabrice Siiriainen (coords.), *Sécurité juridique et droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp.335-338.

15 Mathieu Touzeil-Divina, *Dictionnaire de droit public*, Lexinexis, Paris, 2017, p.424.

16 Pierre Délvolvé, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », in *Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, p. 260.

17 EDCE (Études et documents du Conseil d'État), *Réflexions sur l'intérêt général, Rapport public*, n°50, Paris, La documentation française, 1999, pp. 328-332

le cadre d'un marché concurrentiel<sup>18</sup> ». Cette pléthore d'acceptions de la régulation converge au point où, *in fine*, la régulation est la fonction générale de l'Etat dans l'économie. C'est dans cette lancée que Sophie Nicinski résume cette activité en « ... une mission générale de l'État vis-à-vis de l'économie (régulation générale [...]), soit à la mission d'autorité de marché indépendante agissant dans un secteur donné (régulation sectorielle). L'idée d'un État régulateur au sens large repose sur la notion de régulation, fondée, d'une part, sur les objectifs de cette fonction et, d'autre part, sur les modalités spécifiques d'intervention des autorités ayant en charge une mission de régulation<sup>19</sup> ». Le régulateur est ainsi fondé à exercer une mission générale de police administrative selon le juge administratif ivoirien<sup>20</sup>.

En tant que fonction administrative, la régulation doit et peut logiquement faire l'objet de contentieux, puisqu' « aucune activité de l'Administration ne peut être soustraite au contrôle du juge<sup>21</sup> ». Ainsi, les interventions<sup>22</sup> des régulateurs charrient *ipso facto* un phénomène appelé « judiciarisation de la régulation économique<sup>23</sup> » entendu comme l'intensification du recours au juge, y compris son éventuelle instrumentalisation pour régler les conflits dans le domaine considéré<sup>24</sup>. *Largo sensu*, le terme « contentieux » renvoie à l'ensemble des questions liées à l'existence d'un litige survenu à l'occasion d'une activité<sup>25</sup> (administrative) intéressant les services publics<sup>26</sup>.

---

18 Gérard Marcou, « La notion juridique de régulation », précité, p.349.

19 Sophie Nicinski, *Droit public des affaires, op. cit.*, p. 11.

20 CSCA arrêt n° 41 du 18 février 2015 Société T3A c/ ANAC (Autorité Nationale de l'Aviation Civile).

21 Didier Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, p.364.

22 *rosso modo*, Les régulateurs ont pour méthodes classiques la réglementation, les autorisations, les sanctions, le règlement des différends entre les opérateurs ou entre les consommateurs et les opérateurs. Lire Didier Truchet, *Droit administratif, op. cit.*, p.364 et *sq.*

23 Claudie Boiteau, Antoine Louvaris, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, 3 août 2020, n° 27/2020, pp.1521-1526.

24 *Ibid.*, p.1521.

25 Gustave Peiser, *Contentieux administratif*, 16<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2014, p.5.

26 Jean Appleton, *Traité élémentaire du contentieux administratif : compétence-juridictions – recours*, Dalloz, Paris, 1927, p.1.

Mais, une telle définition est évidemment trop générale, puisque tout litige ne nécessite pas toujours l'intervention d'un juge ou d'une « discussion devant les tribunaux<sup>27</sup> ». Les contestations juridiques auxquelles peuvent donner lieu les actes et les décisions de l'administration<sup>28</sup> (régulateur) regroupent le contentieux de façon générique et le contentieux administratif singulièrement.

La question de la régulation renvoie à une nouvelle façon de voir l'Etat dans nos sociétés. L'expression « régulation » si elle n'est pas entièrement nouvelle, a fait l'objet d'une utilisation grandissante, puis systématique à la fin du XX<sup>e</sup> siècle<sup>29</sup>. Au départ il n'y avait pas de régulation car l'Etat faisait tout et intervenait directement dans tous les secteurs relatifs à l'économie et à la production. En France, les exigences communautaires sont souvent brandies pour justifier le recours à la régulation. Les autorités de régulation appelées là-bas « Autorités administratives indépendantes », répondent en outre parfaitement au besoin de nouvelles formes d'interventionnisme économique que regroupe le concept de régulation, en réaction au rôle de gestion immédiate de l'économie par l'Etat<sup>30</sup>. La mise sur pied d'instances de régulation est souvent motivée par trois raisons : garantir l'impartialité des interventions de l'Etat, permettre la participation des professionnels à la régulation d'un secteur d'activités, et assurer une intervention efficace de l'Etat en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des marchés et de continuité dans l'action<sup>31</sup>.

Historiquement, la question de la régulation accompagne un mouvement de désengagement de l'Etat, quant à ses formes usuelles d'intervention, sous la pression libérale. Cependant, l'Etat doit rester

---

27 Gérard Cornu (dir), *Vocabulaire juridique*, 12<sup>e</sup> édition, Quadrige, PUF, Paris, janvier 2018, p.565.

28 Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 1, Berger-Levrault et Cie, Libraires éditeurs, Paris, 1887, p.v.

29 Pierre Delvolvé, *Droit public de l'économie*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, janvier 2021, p.324.

30 Sophie Nicinsky, *Droit public des affaires*, 4<sup>e</sup> édition, Lextensoédition, Paris, 2014, p.78.

31 Rapport du Conseil d'Etat pour 2001, *Les Autorités Administratives Indépendantes*, La Documentation française.

présent pour assurer son rôle de garant et de gardien du marché<sup>32</sup>. L'Etat en Afrique subsaharienne francophone se retrouve démanteler<sup>33</sup> ; il voit ses compétences amputées de tous les côtés, ce qui affaiblit ses capacités d'action sans que, corrélativement, des mécanismes fiables de régulation prennent le relais à d'autres niveaux<sup>34</sup>.

Le contentieux de la régulation est vu sous l'angle des réclamations, des recours, des litiges mettant au-devant de la scène des autorités de régulation considérées comme des personnes administratives. De ce fait, conformément aux différents types de contentieux dégagés par Louis Aucoc<sup>35</sup> et ultérieurement par Edouard Laferrière<sup>36</sup>, il s'agit essentiellement d'un contentieux de l'annulation dans lequel le juge se borne à l'annulation de la décision litigieuse. Ces régulateurs présentés en France tels des Autorités Indépendantes ou des « établissements publics indépendants »<sup>37</sup> peuvent causer du tort aux opérateurs en prenant certains actes ou en réglant injustement des différends, c'est dans ce sens que le contentieux de la régulation est en mesure de naître. En France, malgré la massification croissante

---

32 Sophie Nicinsky, *Droit public des affaires*, op. cit. p.78.

33 Claude Momo, « La régulation économique au Cameroun », *Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, n° 118, p.968.

34 Jean du Bois De Gaudusson, Jean François Médard, « La crise permanente de l'Etat et la recherche difficile de nouveaux modes de régulation », *Afrique contemporaine (numéro spécial)*, 3è trimestre 2001. p.3.

35 Cet auteur dégage trois types de contentieux : d'abord le « contentieux administratif proprement dit », dans lequel le juge traite du fond du litige, se prononce sur les droits du requérant et peut substituer sa décision à celle de l'administration ; ensuite, le recours en interprétation d'actes administratifs, à l'occasion de procès qu'il ne juge pas ; enfin, le contentieux de l'excès de pouvoir, limité au contrôle de certaines illégalités et dans lequel le juge se borne à l'annulation de la décision litigieuse », Léon Aucoc, *Introduction à l'étude du droit administratif. Première conférence faite à l'École impériale des ponts et chaussées*, Dupont, Paris, 1865.

36 A la classification tripartite de Léon Aucoc, Edouard Laferrière y adjoint le contentieux de la répression. Lire Pierre-Yves Sagnier, « Léon Aucoc, le juge administratif et les recours », *RFDA*, 2018, n° 3, p.605.

37 Terminologie utilisée pour désigner les régulateurs au Cameroun, par Gérard-Martin Pekassa Ndam, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du Droit administratif camerounais », *RASJ*, Vol 2, n°1, pp.153-178

du contentieux administratif<sup>38</sup>, le contentieux de la régulation ne figure pas encore dans la liste des contentieux de masse. En Côte d'Ivoire, après le contentieux foncier et domanial, celui de la régulation<sup>39</sup> bien qu'il soit esquivé par la doctrine, détient déjà une bonne place dans les contentieux de masse contrairement à d'autres pays d'Afrique subsaharienne. Le Cameroun commence à peine à découvrir les contestations consécutives aux multiples agissements des organes de régulation qui pullulent dans l'espace administratif. Il faut relever que ce ne sont pas les autorités de régulation qui manquent dans l'espace institutionnel, ces structures sont même légion. Au Cameroun, elles foisonnent depuis le début des années 1990<sup>40</sup>. Ces institutions administratives se retrouvent à la fois dans le champ économique<sup>41</sup> et dans celui des libertés de l'information<sup>42</sup>.

---

38 Yves Gaudemet, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », *RFDA*, 2011, n° 3, p.465.

39 Sébastien Lath Yedoh, « Le contentieux de la régulation devant la Chambre Administrative », *La Tribune de la Chambre Administrative (Côte d'Ivoire)*, Dossier : *La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.15.

40 Guillaume Joseph Fouda, « Les organismes publics de régulation et de gouvernance en droit public camerounais : Du foisonnement des autorités administratives indépendantes et des établissements publics administratifs », *Revue de droit administratif*, n°1, 1<sup>er</sup> semestre 2012, pp.183-196.

41 On peut citer l'Agence de Régulation des Marchés Publics (ARMP) créée par le décret n°2001/048 du 23 février 2001 modifié et complété par le décret n°2012/076 du 08 mars 2012 ; l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (ANTIC) régie par le décret n°2012/180 du 10 avril 2012 ; l'Agence de Régulation des Télécommunications (ART) dont la réorganisation et le fonctionnement sont régis par le décret n°2020/717 du 3 décembre 2020 ; l'Autorité Portuaire Nationale (APN) réorganisée par le décret n°2019/179 du 05 avril 2019 ; l'Autorité Aérienne du Cameroun (CCA) réorganisé par le décret n°2019/174 du 09 avril 2019 ; l'Agence d'Electrification Rurale régie par le décret n°2013/204 du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'Agence d'électrification rurale (AER).

42 Cas du Conseil national de la communication (CNC) réorganisé par le décret n°2012/038 du 23 janvier 2012.



Elles sont nombreuses en Côte d'Ivoire<sup>43</sup> au point où un régulateur est singulièrement dédié au secteur cacao-café<sup>44</sup>, ce qui est assez inédit.

Aborder cette analyse, permet de mieux présenter les convergences et les divergences qui existent dans la façon dont le contentieux est résolu dans ces Etats. Surtout dans un contexte où est facilement évoquée l'Afrique subsaharienne francophone comme un espace d'isomorphisme<sup>45</sup> normatif et institutionnel. L'étude étant circonscrite à deux Etats appartenant à des espaces d'intégration<sup>46</sup> différents, permettra de relever quelque disparité dans la contestation des agissements des organes de régulation. Cela n'affranchit pas le présent travail des références au Droit français en guise de « Droit comparé »<sup>47</sup>.

En France, la question de la particularité du contentieux de la régulation<sup>48</sup> avait déjà été posée, c'est la raison pour laquelle, concernant quelques Etats d'Afrique subsaharienne francophone,

---

43 Il s'agit notamment de l'ANARE (Autorité Nationale de Régulation du secteur de l'Electricité), l'ARTCI (Autorité de Régulation des Télécommunication TIC Côte d'Ivoire), l'ANRMP (Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics), l'ARRMA (Autorité de Régulation de la Restauration et des Métiers de l'Alimentation), la HACA (Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle), l'ANAC (Autorité Nationale de l'Aviation Civile), le CNP (Conseil National de la régulation de la Presse écrite) devenu Autorité Nationale de la Presse

44 Le Conseil de Régulation de Stabilisation et de Développement de la Filière Café Cacao dit Conseil de Café-Cacao.

45 En matière constitutionnelle, lire absolument, André Cabanis, Michel Louis Martin, « *Un espace d'isomorphisme constitutionnel : l'Afrique francophone* », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff La constitution et les valeurs*, Dalloz, Paris, 2005, p.344-358.

46 Le Cameroun fait partie de la CEMAC avec le Tchad, la Guinée équatoriale, le Gabon, la RCA, le Congo. Cet espace comprend deux Unions : L'Union Economique de l'Afrique Centrale (UEAC), qui a pour mission d'harmoniser les réglementations en vigueur au sein des Etats membres afin de dynamiser les échanges commerciaux et faciliter la convergence des politiques économiques au sein de la sous-région ; L'Union Monétaire de l'Afrique Centrale (UMAC), qui est responsable de la convergence monétaire des Etats membres, qui partagent la même monnaie. La Côte d'Ivoire est intégrée dans la CEDEAO qui comprend : le Bénin, le Burkina Faso, le Cap Vert, la Côte d'Ivoire, la Gambie, le Ghana, la Guinée, la Guinée Bissau, le Libéria, le Mali, le Niger, le Nigéria, la Sierra Leone, le Sénégal et le Togo. La CEDEAO vise la création d'un vaste bloc commercial grâce à la coopération économique.

47 Abraham Gadji, *Méthodologie et recueil d'articles en Droit. Thèses et mémoires*, Groupe Medias éditions, Abidjan, mars 2021, p. 11.

48 Lire dans ce sens, Marie Crespy de Coninck, *Recherche sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Nouvelles Bibliothèque des Thèses, Dalloz, Paris, 2017, 915p.

l'on peut retenir la question de Droit suivante : *qu'est-ce qui caractérise le contentieux de la régulation au Cameroun et en Côte d'Ivoire* ? Comme hypothèse, ce contentieux se singularise par une double particularité.

La pertinence de cette interrogation réside dans l'identification des caractères du contentieux de la régulation dans les Etats objets de l'étude. Le positivisme étatique<sup>49</sup>, accompagné de la méthode comparative intégrative<sup>50</sup> et différentielle<sup>51</sup>, serviront d'analyse dans cette étude. En souscrivant au contentieux de la régulation, l'Etat recherche la préservation et la convergence des intérêts tant publics que privés. Dans les Etats concernés, le contentieux de la régulation se caractérise par l'exiguïté de l'objet de ce contentieux, car l'on constate que ce dernier n'est pas ouvert et éclaté, (I). Par ailleurs, comme toute réclamation a vocation à être résolue, concernant le contentieux de la régulation, il fait intervenir une figure juridictionnelle *Janus* et même une alternative à la justice, ce qui met en exergue la mixité de la résolution de ce contentieux (II).

### **I- L'exiguïté de son objet**

Les organes de régulation disposent de nombreuses attributions dans le sens du pouvoir normatif unilatéral et même bilatéral, d'innombrables pouvoirs dans les domaines du « droit dur »

---

49 « Le positivisme étatique repose sur les arguments suivants : 1-il n'existe pas de Droit en dehors des règles juridiques édictées par l'Etat ou sanctionnées, ou garanties par l'Etat ; 2-les sources juridiques étatiques sont les principales sources du Droit ; 3-il ne saurait exister de Droit supérieur ou antérieur à l'Etat, le Droit est le fait étatique positif ; 4-la sanction étatique est la caractéristique de la règle de Droit ; 5-les normes juridiques procèdent d'une volonté extérieure à l'individu ; 6-l'Etat n'est lié que par les règles qu'il crée lui-même, toute limitation de la puissance de l'Etat est volontaire. L'Etat est une force juridique donc disciplinée, qui par autolimitation garantit les droits publics et même les droits privés, les droits subjectifs ». Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, 2<sup>e</sup> édition, A. Pedone, Paris, 1968, p.265. Pour mieux cerner la quiddité du positivisme étatique, lire absolument, Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tome 1<sup>er</sup>, recueil Sirey, Paris, 1920, p.265 et *sq.*

50 Véronique Champeils-Desplats, *Méthodes et méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2014, p.222. « ...Elle met l'accent sur les ressemblances et les similarités, sur ce qui converge entre les ordres juridiques nationaux ».

51 *Ibid.*, p.223. « ...c'est-à-dire qui se concentre sur les singularités de chaque ordre juridique ».

et du « droit souple »<sup>52</sup>, mais ce qui fait beaucoup plus l'objet de contentieux réside dans les sanctions administratives et le règlement des différends. Pourtant, il existe plusieurs types d'actes de régulation contestables<sup>53</sup>. Pour rendre compte de l'exigüité de l'objet du contentieux de la régulation dans certains Etats africains, il faut mettre en lumière le fait que ce contentieux est davantage axé sur la contestation des actes de régulation objective (A) et celle des actes de régulation subjective (B).

### **A-L'étroitesse de la contestation des actes de régulation objective**

La régulation objective est le pouvoir de sanction dont l'objet est de mettre en œuvre le droit objectif<sup>54</sup> et positif. Toute organisation a forcément besoin de règles juridiques. Ces règles juridiques nécessaires peuvent être des obligations<sup>55</sup>, des sanctions imposées<sup>56</sup>. Le Droit de la régulation obéit nécessairement à ce postulat. L'Administration de la régulation a pour fonction d'individualiser et de concrétiser les lois. Dans une grande partie de son activité,

---

52 Pour mieux cerner cette variante du Droit, lire Christophe Testard, « Le droit souple, une "petite" source canalisée », *AJDA*, Dalloz, 2019, n° 16, pp. 934-940 ; Catherine Thibierge, « Le Droit souple. Réflexions sur les textures du Droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, octobre-décembre, 2003, pp.599-628 ; Conseil D'Etat, Etude annuelle, *Le Droit souple*, LGDJ, 2013, 297p. notamment p. 35 et s., avec un passage consacré au « droit souple, instrument de l'État régulateur ».

53 Il y a quatre types d'actes administratifs unilatéraux de régulation : *les autorisations d'accès au marché, les actes réglementaires qui fixent les conditions d'exercice de la concurrence en son sein, les actes de règlement des différends et les décisions adoptées en matière de sanction.* » Lire Christos Kaloudas, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, Thèse de Doctorat en Droit public, Université de Paris II, décembre 2016, 643p. L'auteur estime opportunément que « la régulation trouve dans les actes administratifs unilatéraux ses moyens d'exercice naturels.

54 Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse de Droit Public, Université de Paris-I Panthéon – Sorbonne, 11 octobre 2011, p.659.

55 L'obligation est biface comme Janus : l'interdit et le prescrit. Pour plus de détails, lire utilement Michel Virally, « Le phénomène juridique », *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1966, p.19.

56 Sophie Druffin-Bricca, *L'essentiel de l'introduction générale au Droit*, 15<sup>e</sup> édition, Lextenso, Gualino, Paris, 2019-2020, p.3.

elle joue le même rôle qu'une juridiction. De ce fait, elle s'efforce comme elle d'obtenir la conduite sociale désirée par le Législateur en recourant à des actes de contrainte en cas de conduite contraire<sup>57</sup>.

Dans le cadre de la contestation des actes de régulation objective, le contentieux porte sur deux domaines connus et distincts, la régulation économique (1) et la régulation des libertés de l'information (2).

### **1- L'admission de la contestation de la régulation économique**

Réguler l'économie consiste à encadrer de manière fine et constamment modulée les comportements économiques, pour que la logique du marché ne se substitue à celle des intérêts supérieurs de l'économie et de la société<sup>58</sup>. Les secteurs de la régulation économique sont diversifiés, parmi ceux-ci l'on retrouve les marchés publics, les télécommunications et les postes, l'électricité, l'aéronautique, les produits de base c'est-à-dire cacao-café, et le portuaire. L'État régulateur est donc un modèle économique où ce dernier par le truchement de ses institutions personnalisées ou non, construit et maintient l'équilibre socio-économique par la prévention et la correction des dysfonctionnements économiques et leurs externalités sociales et environnementales<sup>59</sup>. Le régulateur « vertical ou sectoriel<sup>60</sup> » ne prend évidemment pas partie pour favoriser l'un ou l'autre des concurrents, son rôle est essentiellement de créer les conditions favorables au développement du marché.

Contrairement au professeur Didier Truchet qui estime que les recours contre les sanctions infligées aux opérateurs relèvent du

---

57 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thevenaz, édition la Baconniere, Neuchâtel, 1953, p.127.

58 Claude Momo, « La régulation économique au Cameroun », *Revue de la Recherche Juridique*, PUAM, n° 118, p.968.

59 Gaétan Edjangué, « État régulateur, état actionnaire : Le paradoxe du nouveau rapport Etat / économie en Afrique centrale ? », *Solon, revue africaine de parlementarisme et de démocratie*, Volume III, N°16, Avril 2017, pp.42-43.

60 Didier Truchet, *Droit Administratif*, *op. cit.*, p.359.

plein contentieux<sup>61</sup>, dans les Etats d'Afrique objets de l'étude, ce contentieux est beaucoup plus celui de l'excès de pouvoir. C'est justement pour cette raison que les mises en demeure préalables à la sanction sont contestées, les procédures d'urgences sollicitées et des recours en annulation examinées dans le fond.

L'acte administratif est, en principe, l'objectif du recours pour excès de pouvoir<sup>62</sup>. Pourtant en Côte d'Ivoire, le juge administratif semble admettre les recours dirigés vers la mise en demeure. Cette dernière est tout de même « un ordre adressé par les autorités administratives encore appelé acte comminatoire<sup>63</sup> ». La mise en demeure, comporte en général, une injonction d'agir dans un certain sens ou de s'abstenir en menaçant parfois le destinataire de sanctions si l'injonction n'est pas observée dans un délai fixé<sup>64</sup>.

Le juge ivoirien a jugé qu'une mise en demeure, sous certaines conditions, est un acte administratif faisant grief. C'est justement le sens des arrêts n° 109 du 22 juin 2016 Orange Côte d'Ivoire contre ARTCI et n° 70 du 22 mars 2017 MOOV-CI contre ARTCI (Agence de Régulation des Télécommunications de Côte d'Ivoire) dans lesquels le juge administratif statue que : « *Considérant qu'il est de principe que les mises en demeure assorties d'une menace de sanction et comportant des délais dans lesquels le destinataire de la mise en demeure devra se conformer à ce qui lui est demandé, sous peine de sanction, sont des actes administratifs* ». Il résulte de ce considérant, reprenant à l'identique le considérant de l'arrêt n° 21 du 25 janvier 2012, HYJAZY Youssef, trois (03) principales conditions pour qu'une mise en demeure puisse être considérée comme un acte administratif susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de

---

61 Ibid.

62 Patricia Ambeu, « La chambre administrative, juge de la régulation, *Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.9.

63 Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, 7<sup>e</sup> édition, Sirey, Dalloz, Paris, 2015, p.293.

64 Voir Conseil D'Etat, ass.13 décembre, 1957, Rouleau, Rec.678

pouvoir. D'abord, la mise en demeure doit constater une infraction ou un manquement à la législation en vigueur. Ensuite, la mise en demeure doit prescrire que l'infraction ou le manquement doit être corrigé dans un délai imparti. Enfin, la mise en demeure doit annoncer une sanction s'il n'est pas remédié dans le délai imparti au manquement constaté.

De façon générale, il est aujourd'hui permis de dire que les mises en demeure des régulateurs sont devenues, dans la jurisprudence de la Chambre Administrative ivoirienne, l'une des catégories de décisions administratives soumises à son contrôle. Cela voudrait peut-être signifier une réelle avancée vers l'Etat de Droit où toutes les décisions administratives et même des décisions préalables aux sanctions soient déjà en mesure d'être contestées. Surtout qu'en avançant le fait qu'en France, le juge administratif s'était déjà prononcé là-dessus par la négative<sup>65</sup>. Le juge administratif camerounais, le moins sollicité d'ailleurs, n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur les mises en demeures des organes de régulation. Or, ces mises en demeures ne manquent pas. Par contre, concernant les procédures d'urgence, il est déjà intervenu.

L'opérateur économique<sup>66</sup> encore appelé régulé, a la possibilité de solliciter le sursis à exécution des sanctions administratives prononcées par le canal d'actes administratifs. La procédure de sursis à exécution des décisions administratives est liée au principe de l'effet non suspensif des recours exercés devant le juge administratif<sup>67</sup>.

---

65 CE, 18 nov. 1998, n° 143007, Ass.d'éducation populaire Louis Flodrops : JurisData n° 1998-051204 ; Rec. CE 1998, p. 422.

66 Au sens de l'article 5 de la Loi n° 2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, l'opérateur est toute « personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques ». Donc par définition, l'opérateur économique est un agent qui participe à l'activité économique et prend des décisions économiques. Lire dans ce sens, Mathilde Auvray, « La notion d'opérateur économique en droit des contrats publics », *Revue Lamy de la concurrence*, n° 17, 2008, p.71.

67 Bernard-Raymond Guimdo Dongmo, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse de Doctorat d'Etat en Droit Public, Université de Yaoundé II, 2004, p.285.

En tant que « décision par laquelle le juge, à la demande du requérant, décide de suspendre provisoirement l'exécution de l'acte administratif dont la légalité est contestée devant lui »<sup>68</sup>, ou « ordre » que le juge « donne à l'administration de différer l'exécution » d'un acte « jusqu'à ce qu'il ait statué au fond »<sup>69</sup>, le sursis à exécution n'est possible que si certaines conditions législatives sont remplies. D'après la législation camerounaise, si l'exécution d'une décision administrative « est de nature à causer un préjudice irréparable et que la décision attaquée n'intéresse ni l'ordre public, ni la sécurité ou la tranquillité publique, le président du tribunal administratif peut, saisi d'une requête, après communication à la partie adverse et conclusion du ministère public, ordonner le sursis à exécution »<sup>70</sup>.

La jurisprudence camerounaise en matière de régulation n'est pas assez riche pour rendre compte de la procédure du sursis à exécution. Mais, il existe tout de même certaines ordonnances dans lesquelles le juge administratif examine les requêtes des régulés. Dans ce sillage, le Président du tribunal administratif du centre (Yaoundé) a prononcé l'Ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 dans le but d'octroyer le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de Télécommunications). *in situ*, l'ART avait constaté des insuffisances et des dysfonctionnements au niveau du processus d'identification des abonnés et relevé des non conformités par rapport à la réglementation. En l'absence de liste communiquée par la Société ORANGE Cameroun, l'ART a infligé une amende de trois milliards au régulé. Le juge administratif a ainsi ordonné le sursis à exécution de cette amende. La doctrine locale n'est pas tendre envers le juge administratif parce qu'elle considère que cette

---

68 Yves Gaudemet, « Les procédures d'urgence dans le contentieux administratif », *RFDA*, 1988, p. 422.

69 Jean Rivero, Jean Waline, *Droit administratif*, 16<sup>éd.</sup> Paris, Dalloz, 1996, p.194.

70 Article 30 al. 2 de la loi N°2006/022 du 29 décembre 2006 fixant l'organisation et le fonctionnement des tribunaux administratifs.

mesure est souvent octroyée de façon discriminatoire<sup>71</sup>, c'est ce qui justifie le nombre bas d'octroi de sursis aux opérateurs.

La Chambre Administrative ivoirienne a souvent enregistré des demandes de sursis dans plusieurs espèces concernant le droit de la régulation<sup>72</sup>. Malheureusement, le maniement de cette arme procédurale par les opérateurs économiques est malaisé, voire maladroit<sup>73</sup>. Raison pour laquelle, aucune décision de sursis, jusqu'à ce jour, ne leur a été accordée par la Chambre Administrative. Par exemple, la Chambre Administrative, par un arrêt n° 125 du 21 novembre 2012, a jugé, à bon droit, irrecevable la demande de sursis de la Société Sophia Airlines au motif que Dame KODO Esmel Louise épouse LAFONT, qui l'avait introduite, ne justifiait pas de la qualité lui donnant intérêt pour agir en lieu et place de monsieur Frédéric LAFONT, Président du Conseil d'administration et représentant légal de la Société Sophia Airlines. Le juge ivoirien a même été confronté à des requêtes où l'acte administratif querellé avait déjà été exécuté, ce qui rendait illusoire le prononcé d'un sursis. C'est le cas dans l'espèce CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ ANRMP où la Chambre Administrative a, en effet, jugé sans objet la requête en sursis de la SARL KINAN, soumissionnaire évincé, au motif que la décision d'attribution du marché était devenue définitive dans la mesure où le contrat, issu de la lettre d'attribution du marché, a été entièrement exécuté et payé à la date de l'examen du recours en sursis à exécution. En outre de cela, De même, la Haute

---

71 Bernard-Raymond Guindo Dongmo, *Le juge administratif camerounais et l'urgence. Recherches sur la place de l'urgence dans le contentieux administratif camerounais*, Thèse précitée, p.285 et sq.

72 CSCA arrêt n° 88 du 23 mai 2012 Sté Sophia Airlines c/ANAC ; CSCA arrêt n° 101 du 18 juin 2014 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 55 du 25 février 2015 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ANRMP ; CSCA arrêt n° 162 du 27 juin 2016 MOOV-CI c/ARTCI.

73 Ce fourvoiement des régulés est d'autant plus visible dans ces affaires : CSCA arrêt n° 101 du 18 juin 2014 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 55 du 25 février 2015 Orange-CI c/ARTCI ; CSCA arrêt n° 36 du 30 mars 2016 SARL KINAN c/ANRMP ; CSCA arrêt n° 162 du 27 juin 2016 MOOV-CI c/ARTCI.



Cour a jugé sans objet, la requête en sursis de la société MOOV-CI au motif que la décision portant sanction pécuniaire de ladite société a été entièrement exécutée et la pénalité payée depuis le 13 juin 2015. Dans cette affaire, l'ARTCI a sanctionné plusieurs opérateurs mobiles dont la société MOOV-CI pour manquements aux obligations de qualité de service. Cette société a été astreinte au paiement d'une pénalité d'un montant de 331.697.500 CFA dans un délai de huit (8) jours à compter du commandement de payer délivré par l'ARTCI.

En effet, dans les Etats ciblés par la présente recherche, les décisions qui aboutissent à l'annulation pure et simple des actes des régulateurs ne sont pas légion. Ceci est dû au fait que ce contentieux est encore naissant et il cherche ses marques. Les principaux acteurs préposés à son maniement ne maîtrisent pas encore tous les contours encore moins ses rouages. Il est des décisions où les requérants brillent par le désistement<sup>74</sup>, leur amateurisme charriant des innombrables rejets<sup>75</sup>, irrecevabilités<sup>76</sup>, recours classés sans objet<sup>77</sup>, ce qui aboutit à la situation où très peu de recours sont finalement examinés au fond.

---

74 Par l'Arrêt n° 101, la chambre accède à la requête 2014-138 S/EX du 26 mars 2014 dans l'espèce SOCIETE ORANGE COTE D'IVOIRE C/ L'autorité de régulation des télécommunications CI (ARTCI). Idem pour l'arrêt n° 109, la Cour accepte la requête n° 2014-057REP du 21 mars 2014 société ORANGE COTE D'IVOIRE C/ L'Autorité de Régulation des Télécommunications CI (ARTCI) ;

75 Arrêt n° 54 suite à la requête n° 2014-495 s/ex/ad du 27 novembre 2014 de la société orange Côte d'ivoire c/ l'autorité de régulation des télécommunications en Côte d'ivoire (ARTCI) ; Arrêt n° 96 concernant la requête N° 2019-461 S/EX du 13 décembre 2019 cabinet Kanian Consulting et autres C/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ; Arrêt N° 107 sur la requête n° 2019-446 S/EX du 20 novembre 2019 relativement à l'affaire N'gou Okaugny Yannick Anicet C/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics dite ANRMP

76 La requête, n° 2012-055 REP du 5 juillet 2012 de la société DRAGON de Côte d'Ivoire dite DRACI est irrecevable pour recours administratif préalable prématuré ; Arrêt N° 32 sur la base de la requête N° 2016-095 REP du 10 mai 2016 concernant l'affaire ENTREPRISE GETRABAT C/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ; arrêt n° 71 pris sur la base de la requête n° 2015-093 REP du 30 avril 2015COMIUM Côte d'Ivoire c/ Autorité de Régulation des Télécommunications/TIC Côte d'Ivoire dite ARTCI

77 Arrêt n° 162 sur la base de la requête n° 2015-292 s/ex du 10 juin 2015 de MOOV COTE D'IVOIRE C/ Autorité de régulation des télécommunications/tic de Côte d'ivoire ; Arrêt N° 108 sur le fondement de la requête - N° 2016-616 S/EX/AD du 28 novembre 2016 société net services ivoire (netsi) c/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP) ;

L'on pourrait ajouter à cela les délais de traitement des différents recours par le juge administratif dans les Etats africains. En Côte d'Ivoire, « le délai moyen qui sépare le dépôt d'une requête au Secrétariat Général de la Cour Suprême de son jugement est compris entre un an et trois ans et demi, voire quatre (4) ans selon la nature et la difficulté des dossiers »<sup>78</sup>. Au Cameroun, la tendance n'est guère reluisante car si l'on prend le cas de l'Ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 qui octroie le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de Télécommunications), l'on n'est pas encore proche de voir intervenir la décision au fond du juge administratif. Dans certaines espèces, le régulateur intervient même avant que le juge ne statue définitivement en empêchant au juge de se prononcer définitivement. C'est le cas avec l'affaire HEIFFER International c/ A.R.T<sup>79</sup>. Quid du contentieux des libertés de l'information ?

## **2- L'admission de la contestation de la régulation des libertés de l'information**

Dans la jurisprudence des juridictions administratives des Etats africains, il est possible de constater l'émergence d'un contentieux des libertés de l'information. Tout ceci découle de l'extension des activités du Conseil National de la Presse (CNP) et du Conseil National de la Communication Audiovisuelle (CNCA), devenu la Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA) en Côte d'Ivoire<sup>80</sup>, et du Conseil National de Communication au Cameroun (CNC).

---

78 Patricia Ambeu, « La chambre administrative, juge de la régulation, *Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.13.

79 Les faits de la cause portaient sur la saisie des équipements de la Société HEIFFER pour exploitation et vente illégale. La société HEIFFER avait intenté un recours devant le juge administratif contre cette sanction, estimant qu'elle se trouvait dans une plage d'exploitation qui selon la réglementation en vigueur, ne nécessitait pas une autorisation. Mais la procédure n'avait pas suivi son cours car, l'A.R.T avait anticipé sur la décision du juge en produisant un mémoire en défense dans lequel, elle reconnaissait le préjudice causé. Pour plus de détails, lire Stéphane Mavianne Effa Effa, *Le juge du contentieux de la régulation des communications électroniques au Cameroun*, Université catholique d'Afrique Centrale Yaoundé - Master 2 en contentieux et arbitrage des affaires 2012.

80 Par Ordonnance N° 2011-75 du 30 avril 2011 portant érection du Conseil National de la Communication Audiovisuelle (CNCA) en Haute Autorité de la Communication Audiovisuelle (HACA).

Ce contentieux porte ainsi sur la régulation de la presse d'une part et de la communication audiovisuelle d'autre part.

En Côte d'Ivoire « Il est créé une instance de régulation dénommée Conseil National de la Presse en abrégé CNP, autorité administrative indépendante, qui est chargée de veiller au respect par les entreprises de presse et les journalistes des obligations prévues par la présente loi. A ce titre, il dispose d'un pouvoir disciplinaire »<sup>81</sup>. Cet organe qui est mis sur pied dans un contexte de crise sociopolitique exacerbée<sup>82</sup> exerce une fonction répressive dans le milieu de la presse. Malgré la rareté de ce type de contentieux, le juge administratif a déjà eu à vider sa saisine sur ce type d'affaires. L'on cite : Société 2M. Net c/ Conseil National de la Presse du 19 janvier 2011 ; La Régie Cyclone c/ Conseil National de la Presse du 21 novembre 2012<sup>83</sup> ; le Groupe « La Refondation » c/ Conseil National de la Presse du 20 mars 2013<sup>84</sup> ; Traoré Moussa c/ Conseil National de la Presse du 18 novembre 2015 ; Alafé Wakili c/ Conseil National de la Presse du 18 novembre 2015.

Au Cameroun, il est à noter que c'est le Conseil National de la Communication qui est l'organe régulateur tant de la presse que de la sphère audiovisuelle<sup>85</sup>. Cette structure mise sur pied s'inscrit dans

---

81 Article 38 la Loi n° 2004-643 du 14 décembre 2004 portant régime juridique de la presse.

82 Waliyu Karimu, *Pacifier la presse écrite en Côte d'Ivoire. Analyse de deux décennies de tentatives de professionnalisation des quotidiens ivoiriens depuis 1990*, Thèse de doctorat en Sciences de l'Information et de la Communication, Université de Paris 8 Vincennes Saint-Denis, octobre 2017, p.185.

83 in situ, le juge a fait recours aux principes généraux du droit en ces termes : « qu'il ne résulte pas du dossier qu'avant la prise de la décision attaquée, le Conseil National de la Presse ait mis la Régie Cyclone en mesure de s'expliquer sur les faits à elle reprochés ; que ce faisant, le Conseil National de la Presse a violé le principe général du respect des droits de la défense qui s'impose à toute autorité administrative investie du pouvoir de prendre des sanctions disciplinaires ; qu'ainsi la décision n° 013 du 09 juillet 2010 du Conseil National de la Presse infligeant à la Régie Cyclone une sanction pécuniaire et l'obligation de publication de la décision, est entachée d'illégalité et doit par conséquent être annulée... »

84 Dans cette espèce, le juge a statué ainsi, « qu'en l'espèce, le Groupe La Refondation, après son recours gracieux du 08 octobre 2010 auquel le Conseil National de la Presse n'avait pas encore donné suite, a, sans attendre l'expiration du délai de quatre (4) mois prévu à l'article 59 susvisé, introduit sa requête devant la Chambre Administrative dès le 27 octobre 2010, formant ainsi un recours juridictionnel prématuré qui conduit nécessairement à l'irrecevabilité de la requête ».

85 Contrairement à la Côte d'Ivoire où il s'agit de deux organes bien distincts.

la mouvance de la libéralisation et la démonopolisation du secteur de la communication, et ce à travers l'admission des médias privés dans ce secteur<sup>86</sup>. Elle naît avec pour objectifs de garantir aux citoyens une information pluraliste et soustraite aux manipulations éventuelles du pouvoir étatique ou de tous les autres acteurs sociaux<sup>87</sup>. En exerçant ces activités, le CNC peut faire face à un contentieux. Ce dernier n'est pas aussi très fourni car le juge n'a eu à statuer que sur de rares occasions où il a été saisi par des recours visant le régulateur. Pourtant ce ne sont pas les agissements fautifs du régulateur qui manquaient. Dans quelques rares espèces, le juge administratif s'est contenté d'ordonner des sursis à exécution des sanctions administratives prises par le régulateur. Ainsi l'ordonnance n° 34/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 du président du tribunal administratif de Yaoundé attribue un sursis à exécution dans l'affaire opposant Amougou Belinga Jean Pierre, Ernest Obama-Sidonie Monkam au CNC sur la base du recours n° 145/RG/2018 du 17 janvier 2018. Ce recours intervenait suite à la Décision n° 000089/CNC du 19 décembre 2017 portant respectivement suspension pour deux mois le directeur de publication de la chaîne de télévision « Vision 4 », et des nommés Monkam Sidonie et Ernest Obama journalistes en service au susdit organe. Dans la même veine, l'ordonnance n° 33/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 du président du tribunal administratif de Yaoundé attribue un sursis à exécution dans l'affaire opposant « Vision 4 » et autre au CNC sur la base du recours n° 044/RG/2018 du 17 janvier 2018.

---

86 Abdouraman Houda, *La nature juridique du Conseil National de la Communication*, mémoire de Master, Université de Yaoundé II, 2018, p.3.

87 Gérard Martin Pekassa Ndam « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif Camerounais », *RASJ*, vol.2, n°1, 2001, p.160.

Dans ces deux espèces, les décisions au fond ne sont pas encore intervenues<sup>88</sup>.

Le contentieux de la communication audiovisuelle trouve ses prémices dans l'arrêt Radio Bonne Santé dite RBS c/ Conseil National de la Communication Audiovisuelle rendu par la Chambre Administrative de la Cour Suprême ivoirienne le 28 décembre 2011<sup>89</sup>. *In situ*, il appert que le Conseil National de la Communication Audiovisuelle a retiré définitivement à Radio Bonne Santé la fréquence 106.4 Mhz qui lui était attribuée par décret n° 98-276 du 03 juin 1998 portant approbation de la convention générale pour l'exploitation d'un service public de radiodiffusion sonore. Le régulateur reprochait à Radio Bonne Santé d'avoir utilisé anormalement deux fréquences. Radio Bonne Santé par requête du 04 septembre 2009, saisi la Chambre Administrative de la Cour Suprême pour un recours pour excès de pouvoir. Mais contre toute attente, la Chambre Administrative a confirmé le pouvoir de sanction du Conseil National de la Communication Audiovisuelle en déclarant que la Radio Bonne Santé n'est pas fondée à contester la décision de retrait de fréquence. Quid de la régulation subjective ?

---

88 En attendant ces décisions au fond, le régulé a fait volte-face en saisissant le juge judiciaire pour faire condamner le Président du CNC. Ce dernier (Peter Essoka) a été condamné en septembre 2018 à 6 mois de prison avec sursis pendant 3 ans pour « abus de fonction » par le tribunal de 1ère instance de Yaoundé. Il devra malgré tout s'acquitter de 50.000 FCFA d'amende à la justice, de 24.500 FCFA de dépens, 10 millions FCFA de dommages et intérêts pour le préjudice moral causé au demandeur et à ses collaborateurs, que sont le président-directeur général du groupe L'Anecdote, Jean Pierre Amougou Belinga et trois de ses journalistes. En fin août dernier, Peter Essoka, déjà poursuivi par le même adversaire, était condamné par le tribunal de 1ère instance de Ngoumou, situé à une trentaine de kilomètres de Yaoundé, à 6 mois de prison avec sursis pendant 3 ans pour « diffamation par voie de média ». Pour les faits, et au titre du préjudice moral, il doit également verser 15 millions FCFA de dommages et intérêts à son adversaire, le groupe de presse L'Anecdote, 785.000 FCFA de réparation à la chaîne Vision 4 et 2 millions FCFA de frais de justice.

89 Sébastien Lath Yedoh, « Le contentieux de la régulation devant la Chambre Administrative », *La Tribune de la Chambre Administrative (Côte d'Ivoire), Dossier : La Chambre Administrative et la régulation*, n° 8, juin 2017, p.19.

## **B- L'étroitesse de la contestation des actes de régulation subjective**

Les autorités de régulation disposent dans un second temps de fonctions contentieuses, c'est-à-dire du pouvoir non juridictionnel de trancher des litiges<sup>90</sup>. Elles disposent d'un pouvoir de règlement des différends appelé « régulation subjective »<sup>91</sup>. Cette dernière signifie en quelque sorte que les autorités de régulation disposent d'un pouvoir de règlement de différends lorsqu'elles doivent sanctionner l'attribution de droits subjectifs. En tant que second volet de l'action des régulateurs, celui-ci peut logiquement aussi faire l'objet de contentieux, bien qu'il soit assez étroit.

En réglant des différends intervenus dans le secteur régulé, les régulateurs prennent des décisions qui n'emportent pas forcément l'adhésion des acteurs. Le contentieux survient dans le règlement des différends entre les opérateurs (1) et entre les consommateurs et l'opérateur (2).

### **1- La contestation résiduelle du règlement des différends entre opérateurs**

Au Cameroun, tous les régulateurs sectoriels ne disposent pas des pouvoirs de règlement des différends. C'est une fonction classique d'une autorité de régulation. Il y a justement le cas de l'Agence de Régulation des Télécommunications (ART) qui possède la qualité pour régler des différends entre les opérateurs. Cela est contenu dans le décret n° 2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence (ART) qui postule que « l'Agence connaît, préalablement à la saisine de toute juridiction, des litiges entre opérateurs des réseaux de communications électroniques

---

90 Paule Quilichini, « Réguler n'est pas juger. Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique », *AJDA*, 2004, pp.1062-1063.

91 Romain Rambaud, *L'institution juridique de régulation. Recherche sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, Thèse précitée, p.659.

relatifs notamment, à l'interconnexion ou à l'accès à un réseau de communications électroniques au dégroupage de la boucle locale, à la numérotation, à l'interférence des fréquences, à la co-localisation physique, et au partage des infrastructures »<sup>92</sup>. Le régulateur intervient donc pour rétablir les droits et obligations des parties, révélant ainsi que la régulation est aussi une question de rapports de forces<sup>93</sup>. Ainsi, le pouvoir de règlement des différends permet de résoudre des problèmes concrets de concurrence et se substitue donc aux sanctions *ex post* de l'autorité de la concurrence<sup>94</sup>. Dans ce domaine, il peut arriver que le désaccord porte sur la négociation, le refus, l'inexécution ou à la mauvaise exécution des conventions d'interconnexion<sup>95</sup>. Après avoir énuméré les différends entre opérateurs, relevant du pouvoir de règlement de l'Agence, il faut dire que l'énumération faite à l'article 65 (1) de la loi régissant les communications électroniques n'est pas exhaustive. L'adverbe « *notamment* » utilisé à cet article, laisse penser que l'Agence peut connaître de tout autre litige, dès lors qu'il oppose des opérateurs. C'est le cas des différends liés à la concurrence déloyale<sup>96</sup>. Il faut toutefois noter que les règlements des différends par les régulateurs n'ont pas encore véritablement fait l'objet de contentieux, pourtant une procédure est prévue à cet effet. Celle-ci est prévue dans la décision n° 00000191/ART/DG/DAJPC/SDAJ/SREG du 2 octobre 2014 fixant les modalités de règlement des différends

---

92 Article 4 al.6 du décret n° 2012/203 du 20 avril 2012 portant organisation et fonctionnement de l'Agence (ART)

93 Arnaud Moïse Nna Amvene, « L'intervention du régulateur dans les rapports contractuels des opérateurs des industries de réseau au Cameroun », *Lenemro, revue trimestrielle de droit économique*, octobre-décembre 2019, p.131.

94 Thomas Perroud, « Les raisons de l'attribution d'une fonction de règlement des différends aux autorités de régulation : une comparaison France Royaume Uni », *Droit et Société*, n°93, 2016/2, pp.317-336, spéc. p.328

95 Décision N° 000028/D/ART/DG du 4 mars 2003 portant règlement du litige d'interconnexion entre la société *Mobile Telephone Networks Cameroon* (MTN Cameroon) et la société *Cameroon Telecommunications* (CAMTEL).

96 Décision N° 000022/ART/DAJCI constatant l'extinction du litige portant sur les campagnes publicitaires et opposant ORANGE Cameroun à la société MTN.

entre opérateurs des réseaux de communication au Cameroun<sup>97</sup>. Une certaine doctrine estime que l'autre difficulté consiste à désigner les « juridictions de droit commun ». Le texte ne fournit pas de lumière là-dessus, mais par pure logique une personne morale de droit public devrait voir ses actes contestés devant le juge administratif.

En Côte d'Ivoire, l'Autorité de régulation des Télécommunications (ARTCI) dispose d'un pouvoir de règlement des différends contenu dans l'Ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication<sup>98</sup>. Ses décisions en matière de règlement des différends entre opérateurs peuvent faire l'objet d'un recours devant la Cour d'Appel d'Abidjan<sup>99</sup>. Le régulateur, par Décision n° 2017-0261 du Conseil de Régulation de l'ARTCI en date du 7 février 2017 relative à la plainte d'*Atlantique Telecom* sur la différenciation tarifaire et la régulation asymétrique des tarifs d'interconnexion a donné raison au saisissant<sup>100</sup>. Toutefois, il faut mentionner que les décisions de règlements de différends sont considérées comme des actes administratifs par la doctrine<sup>101</sup>, donc susceptibles d'être déférés auprès du juge administratif. Il n'existe pas de décision du régulateur qui ait fait l'objet de recours auprès de la Cour d'Appel d'Abidjan après règlement en premier ressort par l'ARTCI. Il est même constaté que les opérateurs saisissent

---

97 Article 38 « la décision rendue par l'Agence sur le fond d'un différend ne peut faire l'objet de contestation que devant un arbitre ou devant les juridictions de droit commun ».

98 Article 72 de l'ordonnance : L'ARTCI est chargée « de connaître et de régler, en premier ressort les litiges du secteur ».

99 Article 112 de l'Ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication en Côte d'Ivoire.

100 On peut noter que depuis la prise de cette décision, il n'y a plus de différenciation tarifaire on-net et off-net en Côte d'Ivoire, ce qui est de nature à éviter les effets clubs, à faire jouer véritablement la concurrence au profit des consommateurs. L'ARTCI a d'ailleurs constaté la diminution des offres promotionnelles et surtout le phénomène des bonus. Ceci est de nature à limiter la dégradation de la qualité de service dû à l'encombrement des réseaux provoqué par la distribution de gros pourcentages de bonus

101 Lire dans ce sens, Christos Kaloudas, *Les actes administratifs unilatéraux de régulation*, op. cit.



directement le Tribunal de Commerce d'Abidjan<sup>102</sup> en cas de litige, ce qui vide la compétence pourtant étendue du régulateur.

## **2- La contestation éventuelle du règlement des différends entre consommateur et opérateur**

La loi camerounaise régissant les communications électroniques n'énumère pas les différends entre opérateurs et consommateur. Cependant, cette dernière doit protéger les consommateurs contre les abus des opérateurs. Les litiges entre consommateur et opérateur sont généralement de nature contractuelle. Ils peuvent être liés au non-respect des conditions de formation ou à l'inexécution du contrat d'abonnement, qui est soumis à l'adhésion du client, et dont le choix se réduit à conclure ou à ne pas conclure un contrat dont le contenu échappe à sa volonté. En ce qui concerne la saisine de l'A.R.T par un consommateur, la loi régissant les communications électroniques n'en fait pas une obligation. Il s'agit plutôt d'une faculté que le consommateur est libre d'exercer ou non<sup>103</sup>. Par conséquent, à défaut de saisir l'Agence, le consommateur peut saisir les juridictions civiles<sup>104</sup>. Il faut aussi comprendre que les juridictions ne sont pas beaucoup sollicitées ici parce que les consommateurs préfèrent souvent se rapprocher des associations de défense de leurs droits qui se chargent d'interpeller l'opérateur sur ses obligations contractuelles.

Dans le champ des Télécommunications et TIC en Côte d'Ivoire, « toute personne physique ou morale peut saisir l'ARTCI pour

---

102 L'on se référera avec intérêt à un jugement rendu entre les sociétés Côte d'Ivoire Télécom et Intel Afrique concernant l'inexécution par la seconde société d'une obligation de paiement au titre d'un contrat de fourniture d'accès à Internet. C'est le tribunal de commerce qui a tranché l'affaire : Tribunal de commerce d'Abidjan, 4ème ch., 16 juillet 2013 ; Voir également : litige ayant opposé les sociétés FIT COM et ETELECOM CI au sujet de la construction de deux pylônes, Tribunal de commerce d'Abidjan, 4ème chambre, 11 février 2014, [www.tribunalcommerceabidjan.org](http://www.tribunalcommerceabidjan.org) consulté le 7 octobre 2020 à 21h.

103 L'Article 52 (9) de la loi régissant les communications électroniques dispose en effet que : « le consommateur a droit à la saisine de l'Agence et des organismes de protection des consommateurs des plaintes contre le fournisseur de services ».

104 Civ. 1, 5 octobre 1999. Bull. 260 ; inédit

demander réparation d'un préjudice subi... ou de toute autre demande survenant dans le cadre des activités des télécommunications/TIC »<sup>105</sup>. Mais cette voie est très peu usitée car les consommateurs préfèrent se rabattre directement sur le Tribunal de Commerce d'Abidjan<sup>106</sup>, pourtant textuellement incompétent.

Le contentieux de la régulation dans ses deux volets semble étriqué et assez complexe au regard de son objet. Sa résolution brille aussi par une certaine mixité et hétérogénéité qui semblent ne pas faciliter sa systématisation.

## II- La mixité dans sa résolution

Le contentieux de la régulation se caractérise par le fait qu'« il n'existe pas qu'un (*juge de la régulation économique*) : le contentieux de la régulation, et tout particulièrement de la régulation économique, relève de figures juridictionnelles diverses »<sup>107</sup>. Ce qui en ajoute encore à la complexité déjà visible de ce contentieux, c'est le fait que des modes non juridictionnels sont aussi prévus pour le régler. On peut généralement les classer dans la catégorie des modes alternatifs de règlements des litiges administratifs<sup>108</sup>. L'engouement pour ces mécanismes alternatifs est visible dans les Etats africains mais leur pratique croissante vient davantage de la France (sous l'impulsion du Droit de l'Union européenne), qui très tôt a compris les enjeux de cette autre façon de régler les conflits.<sup>109</sup>

---

105 Article 109 de l'Ordonnance du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la communication.

106 Tribunal de commerce d'Abidjan, 30 janvier 2014, RG n° 1836/2013, [www.tribunalcommerceabidjan.org](http://www.tribunalcommerceabidjan.org). Consulté le 8 octobre 2020 vers 2h du matin.

107 Rozen Noguellou, « L'office du juge de la régulation », *RDP*, n° 2, 2014, p.329.

108 Lire dans ce sens, Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlements des litiges administratifs », Pascal Gonod, Fabrice Melleray, Philippe Yolka, (dir), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, pp.585-630.

109 Conseil d'Etat, Section du rapport et des études, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, 1993, 163p.

La mixité du règlement du contentieux de la régulation se manifeste par l'asymétrie de la résolution juridictionnelle (A) et par l'excentricité de celle non juridictionnelle (B).

### A- Une résolution juridictionnelle asymétrique

Manifestation d'un Etat de droit expansionniste<sup>110</sup>, le contrôle juridictionnel des autorités de régulation est un impératif catégorique. Les juges ordinaires, c'est-à-dire les juges administratif et judiciaire sont préposés au contrôle des actes des régulateurs sectoriels dans des Etats d'Afrique même si la nécessité d'un tribunal unique de la régulation<sup>111</sup> s'impose.

Dans les Etats intéressées par l'étude, il se dégage un constat clair, selon lequel, la judiciarisation<sup>112</sup> du contentieux est asymétrique, c'est-à-dire qu'elle est cardinale du côté du juge administratif (1) et marginale chez le judiciaire (2).

---

110 Nicole Decoopman, « Le contrôle juridictionnel des autorités administratives indépendantes », in Nicole Decoopman (dir), *Le droit administratif en mutation*, PUF, Paris, 1993, p. 220.

111 À titre d'exemple, les Pays-Bas ont mis en place une juridiction administrative spéciale en matière économique, le Collège d'appel du commerce et de l'industrie. Ce tribunal couvrant tous les secteurs sauf les médias, il connaît donc de l'ensemble des décisions des régulateurs dans le domaine des communications électroniques, de l'énergie, des transports, et du droit de la concurrence. Cependant, il n'est composé que de magistrats. En Grande Bretagne, il y a le *Competition Appeal Tribunal* qui est une juridiction spécialisée ; Le caractère le plus saillant tient d'abord à sa composition qui reflète un souci louable d'assurer un véritable recours de pleine juridiction devant une instance dotée des compétences pour contrôler les appréciations économiques des autorités de concurrence. La composition de cette juridiction manifeste ainsi l'objectif de faire du *Competition Appeal Tribunal* une juridiction de qualité irréprochable. Elle dispose de magistrats confirmés, de juristes rompus au contentieux et au droit, ainsi que de spécialistes renommés en économie. Lire utilement, Thomas Perroud, « Faut-il créer un tribunal de la régulation », 2016, Aix-en-Provence, France, pp.19-21. Pour une analyse plus poussée : Thomas Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation*, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne-Paris I, 2011, p.898 et sq.

112 « La judiciarisation est entendue ici comme l'intensification de l'intervention du juge, y compris son éventuelle instrumentalisation pour régler des conflits dans le domaine considéré... ». Lire dans ce sens, Claudie Boiteau et Antoine Louvaris, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, n° 27/2020, 3 août 2020, p.1523

## 1- L'intervention cardinale du juge administratif

Le juge administratif a toujours entretenu avec le contentieux économique un rapport particulier<sup>113</sup>. Celui-ci s'est reconnu compétent pour juger des actes et de l'activité des organismes que la doctrine et les textes français et ivoiriens désignent sous le syntagme d'autorités administratives indépendantes. Cette compétence des juridictions administratives a d'ailleurs permis d'affirmer la nature administrative de ces autorités ainsi que de leurs actes.

*Grosso modo*, les régulateurs sont considérés comme des structures agissant pour le compte de l'Etat. Pour mieux les saisir, il est opportun de les présenter sous l'angle du proscrit et du prescrit. Il est à juste titre proscrit de considérer les autorités de régulations comme des juridictions. En Côte d'Ivoire, l'idée est reprise dans un arrêté du 14 septembre 2010 fixant les modalités de saisine, les procédures d'instruction et de décision de la cellule recours et sanctions de l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics (ANRMP). L'article 2 de cet arrêté présente la Cellule Recours et Sanctions (CRS), organe de l'ANRMP, chargé de trancher les litiges ou de régler les différends, comme étant « un organe non juridictionnel »<sup>114</sup>.

Etant donné que les juridictions administratives compétentes ne sont saisies ni pour interjeter appel ni pour se pourvoir en cassation, administre aussi la preuve que ces institutions ne sont pas des juridictions. D'ailleurs, ces structures ne rassemblent pas les critères

---

113 Lire les analyses classiques de Roland Drago, « Aspects du contrôle exercé par le juge administratif sur la politique économique », in *Mélanges Ganshof van der Meersch*, 1972, t. 3, p.455 et de Jean Claude Vénézia, « Sur le degré d'originalité du contentieux économique », in *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 147.

114 Pateme Yapi Mambo, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publiques dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », in Magloire Ondo et Patrick Edgar Abane Engolo, *Les transformations contemporaines du droit public en Afrique*, Actes du colloque Organisé à l'Université de Yaoundé-II, les 19 au 20 janvier 2017, p.123.

classiques<sup>115</sup> doctrinaux d'identification d'une juridiction. C'est à bon droit que sous l'arrêt *Société Jan de Nul contre Autorité de régulation des marchés publics*, rendu le 30 décembre 2014 par la Chambre Administrative de la Cour Suprême de Côte d'Ivoire, dans lequel un auteur fait observer, péremptoirement, que l'autorité de régulation des marchés publics « n'est pas une juridiction »<sup>116</sup>. Par ailleurs, le Professeur Kobo, dans un rapport consacré à l'affaire *Société Dragon de Côte d'Ivoire contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, qui a donné lieu à la reddition par la Haute juridiction d'un arrêt en date du 27 février 2013 conclut qu'« on ne saurait regarder l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics comme une juridiction »<sup>117</sup> malgré les hésitations de la doctrine<sup>118</sup>. Au Cameroun, le problème ne se pose presque pas dans la mesure où la jurisprudence et les textes ne reconnaissent aucune nature juridictionnelle aux régulateurs. La doctrine peut tout de même leur reconnaître des fonctions « para juridictionnelles »<sup>119</sup> plus proches de la médiation, de l'arbitrage et du précontentieux que de la fonction juridictionnelle.

---

115 La qualité de juridiction à un organisme repose sur trois critères : le critère matériel, le critère organique et le critère formel. Le critère matériel est celui qui s'intéresse aux qualités intrinsèques de l'acte et qui définit l'acte juridictionnel comme un acte destiné à trancher définitivement un litige conformément au droit. Le critère organique se rapporte à la nature de l'organe qui exerce la fonction juridictionnelle. Le critère formel, quant à lui, est relatif aux formes et procédures appliquées. Lire dans ce sens, René Chapus, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La réponse de la jurisprudence administrative », in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, éd. Cujas, 1975, p. 265-297 ; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920, Tome 1, p. 691-816 ; Pierre Lampué, « La notion d'acte juridictionnel », *Revue du droit public*, 1946, Tome 62, p. 5-67 ; Roger Bonnard, « La conception matérielle de la fonction juridictionnelle », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, p.1-29.

116 Konan Adjé, « Note sous l'arrêt n° 188 du 30 décembre 2014, Société Jan de Nul contre Autorité nationale de régulation des marchés publics », in *La Tribune de la Chambre administrative* (de la Cour suprême de Côte d'Ivoire), n° 4, avril 2015, p. 17-25, spéc. p. 19.

117 Pierre-Claver Kobo, *Rapport sur l'Affaire Société Dragon de Côte d'Ivoire c/ Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, Abidjan, 23 novembre 2012, 8 p., spéc. p. 5. Cité par Paternie Yapi Mambo, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », précité, p.124.

118 Lire la relativisation des critères classiques d'identification d'une juridiction par Laure Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119 et *sq.* Suivie par Paternie Yapi Mambo, « le contrôle juridictionnel des décisions rendues au contentieux par les autorités de régulation des marchés publics dans les Etats francophones d'Afrique de l'ouest », précité, pp.128-130.

119 Claude Momo, « La régulation économique au Cameroun », *op cit.*, p.975.

Ce n'est pas comme en France où actuellement la doctrine se demande réellement si la fameuse distinction entre l'Administration et la Juridiction est encore soutenable et utile<sup>120</sup>. Mais, tout compte fait, le postulat demeure : « réguler n'est pas juger »<sup>121</sup>.

Il est davantage prescrit ou recommandé d'identifier les autorités de régulations telles des « personnes administratives »<sup>122</sup>. En tant que tels, les régulateurs sectoriels sont qualifiés tantôt comme des Autorités Administratives Indépendantes, tantôt comme des Etablissements publics selon les cas. Concernant l'ANRMP-CI, l'article 2 du décret n° 2013-308 du 8 mai 2013 portant modification du décret n° 2009-260 du 6 août 2009 portant son organisation et fonctionnement la qualifie singulièrement et de façon insolite d'« ...organe spécial indépendant ». Mais le juge administratif ivoirien au travers de la décision *Société Dragon-Côte d'Ivoire contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, rendue le 27 février 2013 prononçant l'annulation par l'autorité de régulation d'un marché attribué au requérant a prescrit que : « Considérant que l'Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics est un organe administratif ». Les choses sont fort simples pour l'Agence de Régulation des Télécommunications/TIC de Côte d'Ivoire car le décret du 19 décembre 2012 portant son organisation et son fonctionnement précise que : « l'ARTCI est une autorité administrative indépendante dotée de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »<sup>123</sup>. La Haute Autorité de la Communication et de l'Audiovisuel (HACA) s'inscrit dans ce modèle<sup>124</sup>. La formulation même de ce décret est un peu malheureuse car le droit français enseigne qu'une AAI par essence ne saurait

---

120 Laure Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA*, 2014, p. 1119 et *sq.*

121 Paule Quilichini, « Réguler n'est pas juger », *AJDA*, n° 20, 2004, p.1060-1069.

122 Marcel Waline, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1939, p226.

123 Article 2 du décret n° 2012 du 19 décembre 2012

124 Article 2 du décret du 21 décembre 2011 portant organisation fonctionnement de la HACA.

détenir la personnalité juridique<sup>125</sup>. Si par extraordinaire, elle venait à la détenir, il ne s'agirait plus d'une AAI mais plutôt d'une Autorité Publique Indépendante<sup>126</sup>. Cette maladresse est peut-être due à la jeunesse<sup>127</sup> des AAI dans le paysage administratif africain qui tarde encore à intégrer ces nouvelles catégories de « personnes publiques spécialisées »<sup>128</sup>. Toujours en Côte D'Ivoire, l'ordonnance n° 2008-08 du 23 janvier 2008 portant code de l'aviation civile institue l'Autorité Nationale de l'Aviation Civile (ANAC-CI) en la désignant comme « ...AAI dotée de la personnalité morale, de l'autonomie financière et gestion dans les conditions fixées dans le présent Code ». Même la Commission de la Concurrence et de la Vie Chère est une AAI.

A la différence de la France et de la Côte d'Ivoire, le Cameroun a opté pour un statut différent de ses autorités de régulation. Il leur attribue la qualité d'établissement public qualifié doctrinalement d'« indépendant »<sup>129</sup>. Il s'agit beaucoup plus d'«établissements publics sectoriels »<sup>130</sup> présentés comme des instruments de la décentralisation sectorielle<sup>131</sup>. Ces autorités rentrent dans une catégorie fixée par la loi du 12 juillet 2017 portant statut général des établissements publics et des entreprises publiques.

---

125 Aude Rouyère, « Les personnes publiques spécialisées », in Fabrice Melleray, Pascale Gonod (dir), *Traité de droit administratif*, tome 1, Dalloz, Paris, 2011, p.354. Lire aussi, Conseil d'Etat, Rapport public, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, 2001, p.257.

126 Sébastien Martin, « Les autorités publiques indépendantes : réflexions autour d'une nouvelle personne publique », *RDP*, 01 janvier 2013 n° 1, p. 54

127 Abdoulaye Diarra, « Les autorités administratives indépendantes dans les Etat francophones d'Afrique noire. Cas du Mali, du Sénégal et du Bénin, *Afrilex*, 2000/00, p.2. Lire, Nadjombé Gbeou-Kpayile, *Réflexions sur les autorités administratives indépendantes dans les États d'Afrique noire francophone : Les cas du Bénin, du Niger et du Togo*, Thèse de doctorat en droit, Poitiers, 2011, 487p.

128 Cyrille Monembou, « Les personnes publiques spécialisées en droit administratif camerounais », *RBSJA*, n° 38, 2017, pp.223-263.

129 Gérard Pekassa Ndam, « Les établissements publics indépendants : une innovation fondamentale du droit administratif camerounais », *op.cit.*

130 Jean Waline, *Droit administratif*, 26<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2016, p.204 et sq.

131 *Ibid.*

Cela se vérifie avec l'Agence de Régulation des Télécommunications<sup>132</sup> (ART), l'Agence de Régulation des Marchés Publics<sup>133</sup> (ARMP), l'Agence de Régulation du Secteur de l'Electricité<sup>134</sup> (ARSEL), l'Autorité Portuaire Nationale<sup>135</sup> (APN), l'Agence Nationale des Technologies de l'Information et de la Communication (ANTIC). Ce modèle de régulateur donne la possibilité à l'Etat d'être toujours présent dans la gestion de la régulation, car ces structures ploient sous une double tutelle, financière et technique et fortement rattachées à l'Etat. Par contre, il existe d'autres régulateurs qui n'ont pas la qualité d'établissement public, mais peuvent être rangées parmi les Autorités Administratives tout court ou Autorités Administratives *sui generis* car difficilement intégrées dans une catégorie connue. Elles ne sont ni AAI ni API. On cite le Conseil National de Communication<sup>136</sup> (CNC) qui logiquement détient la personnalité juridique car étant souvent partie aux procès administratifs<sup>137</sup> et la Commission Nationale de la

---

132 Article 2(1) du décret n°2020/717 du 3 décembre 2020 portant réorganisation et fonctionnement de l'ART : « l'agence est un établissement public à caractère spécial doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

133 Article 2 (1) du décret N° 2001/048 DU 23 février 2001 portant création, organisation et fonctionnement de l'ARMP : « L'Agence est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière »

134 Article 1 (2) du décret du 28 juin 2013 portant organisation et fonctionnement de l'ARSEL : « l'Agence est un établissement public doté de la personnalité juridique et de l'autonomie financière ».

135 Article 2 (1) du décret du 15 juin 1999 portant organisation et fonctionnement de l'APN : « L'Autorité est un établissement public administratif doté de la personnalité juridique et de l'autonomie administrative ».

136 Lire la tentative de classification du CNC, Houda Abdouraman, *La nature juridique du CNC*, mémoire de master II en droit public, université de Yaoundé II, 2018, 138p. L'auteur qualifie le CNC d'AAI pourtant textuellement le CNC détient la personnalité juridique. Il serait de ce point de vue une API mais sans l'indépendance voulue et reconnue à ce genre d'organe.

137 Cf. les espèces opposant Amougou Belinga Jean Pierre, Ernest Obama-Sidonie Monkam C/ CNC ; « Vision 4 » et autre c/CNC.



Concurrence<sup>138</sup> qui n'est pas véritablement un régulateur sectoriel comme les autres. Tous ces organes sont censés poser des actes administratifs.

La qualité d'autorité administrative reconnue à certains régulateurs a pour conséquence d'attribuer à leurs actes ou décisions une nature administrative, du moins au regard des textes juridiques et de la jurisprudence, repris par la doctrine. Dans l'arrêt rendu le 27 février 2013 par la Chambre Administrative de la Cour suprême de Côte d'Ivoire, *Société Dragon-Côte d'Ivoire dite DRACI contre Autorité Nationale de Régulation des Marchés Publics*, la qualification administrative des décisions rendues par l'autorité de régulation est donnée, de manière implicite, par le juge, en ces termes : « Considérant que l'Autorité nationale de régulation des marchés publics est un organe administratif ; qu'il s'ensuit que le recours d'excès de pouvoir à l'encontre de ses décisions, contrairement à ce qu'elle soutient dans son mémoire en défense, reste soumis à l'obligation du recours administratif préalable ».

En Droit camerounais, comme la majorité des régulateurs sectoriels relève des établissements publics dotés de prérogatives de puissance publique, il est logique de retenir que leurs actes sont par nature des actes administratifs. D'ailleurs leur contestation se fait devant le juge administratif<sup>139</sup>. Ainsi les actes posés, jusqu'au règlement des

---

138 Régie par le décret n° 2005/1363/pm du 6 mai 2005 portant fixation de la composition et des modalités de fonctionnement de la commission nationale de la concurrence. D'après l'article 2, elle a pour missions : - d'examiner et d'émettre un avis sur toutes les questions relatives à la politique nationale de la concurrence ainsi que sur les projets de textes législatifs et réglementaires susceptibles d'influencer l'exercice de la concurrence sur le marché intérieur ; - de rechercher, contrôler et, le cas échéant, poursuivre et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles définies dans la loi relative à la concurrence ; - d'apporter l'expertise et l'assistance nécessaires à la prise des décisions de justice en matière de concurrence.

139 Jugement n° 007/2016/TA/GRA du 10 février 2016 dans l'affaire Tchamadak Gilbert Pentecôte C/ Etat du Cameroun (Agence de Régulation des Marchés Publics) où justement le juge a statué sur l'irrecevabilité du recours du plaignant pour recours gracieux préalable mal dirigé ; l'Ordonnance n° 29/OSE/CAB/PTA/YDE/2018 octroyant le sursis à exécution dans l'affaire Société ORANGE Cameroun SA contre /Etat du Cameroun-ART (Agence de régulation et de Télécommunications).

différents font partie des actes administratifs. Il s'agit d'une décision administrative qui résulte de l'application des principes constants du droit administratif selon lequel les décisions prises par une autorité administrative ont en principe un caractère administratif<sup>140</sup>. En droit français, le Conseil constitutionnel a-t-il estimé, lorsqu'il fut saisi en 1996 de la loi instaurant l'Autorité de Régulation des Télécommunications, que les décisions de règlement des différends « constituent des décisions exécutoires prises dans l'exercice de prérogatives de puissance publique »<sup>141</sup>. Les actes des régulateurs pris en matière d'agrément et d'autorisation, de sanction et de règlement de différends sont en principe des actes administratifs car ils cristallisent « l'expression d'un pouvoir »<sup>142</sup> à même de faire l'objet d'un contrôle de légalité. Cette modalité de contrôle étant l'expression classique et naturelle du juge administratif. Quid du juge judiciaire ?

## 2- L'intervention marginale du juge judiciaire

Le juge de la régulation est un *Janus*. D'une part, le juge administratif pris comme « juge de la puissance publique régulatrice »<sup>143</sup> et d'autre part le juge judiciaire, juge exceptionnel. Le contentieux de la régulation étudié ici est majoritairement un contentieux de l'annulation faisant intervenir le juge administratif tel que préconisé par Léon Aucoc.

---

140 René Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15<sup>ème</sup> édition Montchrestien, Paris, 2001, cité par Barkat Djohra, *Le contentieux de la régulation économique*, Thèse précitée, p.31.

141 Cons. Const., décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996 cité par Thomas Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Unis*, Thèse pour le doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, 2011, p. 439. Point de vue partagé par la Cour d'Appel de Paris, Voir Cour d'appel de Paris, 1<sup>er</sup> Ch., section H, 28 avril 1998, *SA France télécom, société Paris TV câble (SLEC)*, n° RG 97/00209 : « Que s'agissant de ses prérogatives contractuelles, les restrictions qui y sont apportées ont été voulues par le législateur qui, pour des motifs d'ordre public économique, a confié à l'autorité de régulation dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, la mission d'imposer aux parties qui la saisissent, des décisions exécutoires tranchant leurs litiges sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de télécommunication »

142 Georges Dupuis, « Définition de l'acte unilatéral », *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenman*, Paris, 1977, pp. 205-213.

143 Claudie Boiteau et Antoine Louvaris, « La judiciarisation de la régulation économique », *AJDA*, n° 27/2020, 3 août 2020, p.1523.

L'office du juge judiciaire dans ce contentieux ne serait que marginal.

Les autorités de régulation indépendantes participent à l'exercice des prérogatives de puissance publique à travers l'édition de décisions sous forme d'actes administratifs soumis au régime guidant l'action des autorités administratives ordinaires et sous le contrôle du juge administratif. Toutefois, le législateur écarte ce critère en attribuant à d'autres instances juridictionnelles cette compétence. C'est justement le cas de la Cour d'Appel d'Abidjan qui est compétente pour intervenir dans le contentieux des télécommunications. Il s'agit à proprement parler d'une compétence marginale car l'ARTCI est une AAI et de ce fait ses actions sont justiciables devant le juge administratif considéré par Léon Duguit comme le « juge des actes administratifs d'autorité ou de puissance publique »<sup>144</sup>. *in situ*, le secteur des télécommunications en Côte d'Ivoire fourmille d'opérateurs, l'Etat a ainsi créé l'ARTCI pour réguler en son nom ce secteur économique. D'après le dictum de l'article 112 de l'ordonnance n° 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication, « les décisions de l'ARTCI peuvent faire l'objet de recours devant la Cour d'Appel d'Abidjan dans un délai d'un mois après leur notification ». Ce qui voudrait dire que des contestations des actes et décisions de l'ARTCI peuvent être introduites auprès de la juridiction judiciaire représentée par la Cour d'Appel d'Abidjan. Etant donné que c'est « l'ordre juridique qui est producteur de complexité »<sup>145</sup>, c'est la même Ordonnance qui précise que : « les décisions à caractère administratif que l'ARTCI prend dans l'accomplissement de ses missions sont susceptibles de recours en annulation dans les conditions définies par la loi portant création, organisation et fonctionnement de la Cour suprême »<sup>146</sup>.

---

144 Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, Librairie Armand Colin, Paris, 1913, p.151.

145 Serge Diebolt, *Le droit en mouvement. Éléments pour une compréhension constructiviste des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse doctorat en droit, université de Paris-x Nanterre, septembre 2000, p.25 et sq.

146 Article 113 (2) l'ordonnance no 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication.

Sans oublier que toujours dans la même Ordonnance, les décisions juridictionnelles aussi peuvent faire l'objet de recours et les sursis à exécution peuvent être ordonnés après saisine du premier Président de la Cour d'Appel d'Abidjan qui statue en matière de référé<sup>147</sup>. Cette intervention marginale du juge judiciaire ivoirien dans le contentieux des autorités de régulation charrie une véritable complexité qui est visible même sur le plan pratique. En témoigne le jugement rendu par le Tribunal du Commerce d'Abidjan, le 8 mai 2014, dans une affaire concernant la société Orange Cote d'Ivoire<sup>148</sup>. Ce qu'il y a lieu de relever aussi est que, l'intrusion du juge judiciaire dans le contentieux de la régulation est en réalité un décalque ou une situation de mimétisme des dispositions du droit français en la matière. En France, cette dérogation est justifiée par certaines explications ; *primo*, pour une bonne administration de la justice<sup>149</sup>, *secundo*, du fait de la technicité du domaine économique, le juge judiciaire est présenté comme un « juge spécialisé »<sup>150</sup>, et *tertio*, le juge judiciaire paraît plus soucieux de la protection des libertés. Si le transfert de compétence au profit du juge judiciaire d'un contentieux de nature administrative, constitue une singularité, et une démarche inédite, il bouleverse néanmoins le schéma classique de répartition de compétences et secrète de la complexité couplée à de l'incohérence dans le contentieux.

La compétence du juge judiciaire au Cameroun est aussi marginale car son intervention est aussi exceptionnelle dans le contrôle des régulateurs sectoriels ou non. A propos, au Cameroun, il existe une institution de régulation qui n'est pas du tout sectorielle mais cela

---

147 Article 113 (1) de l'ordonnance no 2012-293 du 21 mars 2012 relative aux télécommunications et aux technologies de l'information et de la Communication

148 Cette espèce a permis la mise en évidence de plusieurs situations : la reconnaissance de la vaste étendue de la compétence juridictionnelle de l'ARTCI, le déni de la compétence de l'ARTCI par le tribunal de commerce d'Abidjan. La reconnaissance de la compétence des tribunaux judiciaires dans le contentieux de la régulation est source de conflits de compétence.

149 Décision du Conseil Constitutionnel français du 23 janvier 1987

150 Touati Mohand Cherif, *Les autorités de régulation économique à l'épreuve des exigences du procès équitable*, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université Mouloud Mammeri Tizi-Ouzou, Faculté de Droit et sciences politiques, 1<sup>er</sup> juillet 2019, p.170.

ne fait pas moins d'elle une autorité de régulation : il s'agit de la Commission Nationale de la Concurrence<sup>151</sup> (CNC). En tant que régulateur, la Commission a un pouvoir de sanction qui cristallise des « actes administratifs d'autorité »<sup>152</sup> curieusement non justiciables auprès du juge administratif. Dans le cas d'espèce, les sanctionnés peuvent contester les agissements de la CNC en deux étapes. *Primo*, les contrevenants peuvent, dans un délai de quarante-cinq jours suivant la notification des sanctions, contester les décisions prises par la Commission Nationale de la Concurrence par une lettre adressée à son Président avec accusé de réception<sup>153</sup>. *Secundo*, si dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la lettre de contestation, la Commission Nationale de la Concurrence et le requérant ne s'entendent pas sur l'objet de la contestation, ce dernier porte l'action devant le Tribunal de Première Instance du siège de la Commission Nationale de la Concurrence qui statue en dernier ressort sur ledit objet. Faute de quoi, la décision de la Commission Nationale de la Concurrence est maintenue<sup>154</sup>.

Du côté des Télécommunications, les actes du régulateur (ART) s'offrent à plusieurs voies contentieuses. Il est précisé que « les décisions de l'organe sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun »<sup>155</sup>. Ce qui signifie que celui qui conteste les actes du régulateur des Télécommunications (en l'occurrence le Comité de Règlement des Différends), il peut soit demander un arbitre, soit il saisit les tribunaux de droit commun.

---

151 Lire la Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence, titre 3, articles 21-23.

152 Léon Duguit, *Les transformations du droit public*, op. cit., p.151.

153 Article 41 (1) de la Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

154 Article 42 de la Loi n°98/013 du 14 juillet 1998 relative à la concurrence.

155 Article 65 (8) de la loi n°2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun.

Il est vrai que le texte n'a pas précisé ce qu'il entend par « tribunaux de droit commun ». Mais par interprétation, il est possible que ce soit en même temps les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire. Le contentieux de la régulation est-il seulement résolu de façon juridictionnelle ?

## **B- Une résolution non juridictionnelle excentrique**

La résolution du contentieux de la régulation n'est pas seulement l'œuvre du juge officiel ou du juge étatique, elle peut encore être menée par d'autres techniques qu'on regroupe souvent sous l'appellation « modes alternatifs de règlements des litiges administratifs ». Il s'agit de procédés de résolution des différends impliquant l'Administration, sans recourir au juge<sup>156</sup>. Certains arguments sont mobilisés pour l'engouement concernant leur mise en œuvre : encombrement des juridictions étatiques, besoin de souplesse, gain de temps et d'argent, recherche d'équité<sup>157</sup>. Parmi ces modes alternatifs, l'arbitrage (1) et la transaction (2) retiennent l'attention car considérés comme sources de singularité et d'originalité dans le cadre spécifique du contentieux de la régulation des télécommunications.

### **1- La singularité de la résolution arbitrale des litiges**

L'arbitrage est, « un mode conventionnel de règlement des litiges par les particuliers choisis directement ou indirectement par les parties, et investis du pouvoir de juger à la place des juridictions étatiques par une décision ayant force obligatoire et pouvant être exécutoire »<sup>158</sup>. L'excentricité de ce mode de résolution de litige découle du fait qu'il a beaucoup plus pignon sur rue en droit privé.

---

156 Cf. article 33 de la Charte des NU qui vise la médiation, la conciliation et l'arbitrage.

157 Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », in Fabrice Melleray, Pascale Gonod (dir), *Traité de droit administratif*, tome 2, Dalloz, Paris, 2011, p.586.

158 Paul-Gerard Pougoué, « L'arbitrage dans l'espace OHADA », *RCADI*, vol.380, 2016, p.123.

Le principe qui gouverne le règlement des contentieux publics est en général leur « inarbitralité »<sup>159</sup> même si les personnes administratives impliquées seraient parties à des rapports de droit privé<sup>160</sup>. Ce, en raison des prérogatives de puissance publique et du privilège de juridiction qui voudraient que l'État (et ses démembrements) ne soit justiciable, du moins pour des questions internes, que de ses propres tribunaux<sup>161</sup>. Le principe du refus de l'arbitralité se comprend dans la mesure où celui-ci provient de la France. Cette dernière se considère comme un « Etat de justice »<sup>162</sup> dans la mesure où l'arbitrage présente l'originalité d'être une justice privée. Les Etats africains d'expression française ont donc repris cette prohibition dans leurs différents ordres juridiques. Il est ainsi admis que les personnes publiques ne peuvent se soumettre à l'arbitrage. C'est du moins ce que défendait déjà Edouard Laferrière en disant qu'« il est de principe que l'Etat ne peut pas soumettre ses procès à des arbitres, tant à raison des conséquences aléatoires de l'arbitrage, que des considérations d'ordre public qui veulent que l'Etat ne soit jugé que par des juridictions instituées par la loi »<sup>163</sup>. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs formulé un avis du 6 mars 1986<sup>164</sup> qui est resté gravé dans la pierre du contentieux administratif.

---

159 Maurice Kamto, « La participation des personnes morales de droit public à l'arbitrage OHADA », in Philippe Fouchard (dir.), *L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique*, Travaux du Centre René-Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 89.

160 En Droit positif camerounais, le principe de l'interdiction de l'arbitrage en droit administratif a été posé par les articles 36 et 577 du Code de procédure civile et commerciale. Le juge administratif s'est toujours montré prudent en affirmant qu'il n'est pas compétent pour un arbitrage, CS/CA, n° 22/2010, 25 août 2010, *NJEUKWA c. État du Cameroun*. Toutefois, il a toujours existé des exceptions : l'article 30 du Code des investissements prévoit une procédure d'arbitrage pour certains conflits nés de l'interprétation des conventions d'établissement.

161 Éric Ngango Youmbi, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *Revue internationale de droit économique*, 2019/4 t. XXXIII, p.459.

162 Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, p.587.

163 Edouard Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, tome 2, 2<sup>e</sup> édition, Berger-Levrault, 1896, p.152.

164 Lire dans ce sens, Yves Gaudemet Bernard Stirn et alii, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2008, p.161 et sq.

La prohibition originelle de l'arbitrage des contentieux où sont parties les personnes publiques participe d'un dispositif de protection du système administratif, c'est-à-dire de la protection de l'administration et de son juge. Les Etats africains concernés dans la présente étude ne font que reprendre des principes en vigueur en France, tout comme les tempéraments à l'inarbitralité. Parmi ces assouplissements, l'on note l'aspect *ratione personae* qui voudrait qu'en Afrique sous l'impulsion du Droit OHADA, que les Etablissements publics Industriels et commerciaux (EPIC) puissent se soumettre à l'arbitrage. Relativement à l'aspect *ratione materiae*, c'est le domaine contractuel qui est le plus indiqué. Pour ce qui est de ce type d'arbitrage, cette restriction au domaine contractuel trouve son fondement à l'article 21 du Titre IV du Traité OHADA de 1993, tel que modifié en 2008 qui dispose qu' :« en application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat (...) peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage... »<sup>165</sup>.

L'excentricité de la résolution du contentieux de la régulation vaut ici tout son pesant juridique car parmi les domaines admis à compromettre en interne, il n'est nullement fait mention de la régulation. C'est en Droit positif camerounais<sup>166</sup> que cette situation a pignon sur rue, d'autant plus qu'en France<sup>167</sup> où généralement les Etats africains copient, le contentieux de la régulation ne fait pas intervenir en interne une quelconque procédure d'arbitrage avec comme partie un régulateur sectoriel ou même concurrentiel. Concernant la Côte d'Ivoire, l'arbitrage ne figure nullement dans les différentes contestations des agissements et actions des Autorités Administratives Indépendantes.

---

165 Cf. L'article 2.1 du Règlement de procédure de la CCJA de 2017.

166 Au Cameroun, il existe un Centre de Médiation et d'Arbitrage du GICAM (Groupement Inter patronal du Cameroun).

167 De ce côté, l'arbitrage est considéré comme une mission du régulateur. Lire Marie-Anne Frison-Roche, « Arbitrage et droit de la régulation », in Marie-Anne Frison-Roche (dir.), *Les risques de régulation*, Coll. «Droit et économie de la régulation», vol. 3, Presse de Sciences Po / Dalloz, 2005 p.223-240.



*In situ*, c'est la loi n°2010/013 du 21 décembre 2010 régissant les communications électroniques au Cameroun, qui prévoit que « les décisions de l'organe (régulateur, en l'occurrence l'Agence de Régulation des télécommunications) sont susceptibles de recours, soit devant l'arbitre, soit devant les juridictions de droit commun »<sup>168</sup>. Il est important de noter que le recours à l'arbitrage était régi par les articles 37 (2) et 37 (5) de la loi du 14 juillet 1998 régissant les télécommunications. D'après l'article 37 (2) de cette ancienne loi, l'Agence était chargée de commettre un ou plusieurs arbitres, en cas de contestation par l'une ou l'autre partie de la décision rendue par elle. La procédure d'arbitrage était donc organisée par l'A.R.T, qui se faisait *ipso facto* juge et partie de sa propre cause. Ce qui allait à l'encontre des principes régissant le droit à un procès équitable. La nouvelle loi de 2010 a donc reconduit cet arbitrage interne. Cette situation est un peu insolite et originale dans le sens où la procédure d'arbitrage date de 1998 alors qu'à cette époque l'arbitrage était fortement prohibé. Il est assez difficile de connaître la *ratio legis* de l'insertion de cette modalité de contestation de l'action du régulateur sectoriel. L'un des maitres-mots de la l'arbitrage est la confidentialité, Ce principe voudrait que chaque partie puisse se confier librement à l'arbitre, et que, sauf accord unanime, le secret soit conservé sur les informations, propositions ou concessions reçues par celui-ci<sup>169</sup>. Donc, par principe, les sentences arbitrales ne doivent pas faire l'objet de publication<sup>170</sup>. Cette alternative à la justice peut tout de même faire l'objet d'annulation devant le juge judiciaire, ce qui renforce son caractère excentrique. Ainsi, le juge compétent à cet effet est prévu à l'article 4 (1) de la loi n° 2003/ 009 du 10 juillet 2003 portant

---

168 Article 65 (8).

169 Effa Effa Maviane Stéphane, *Le juge du contentieux des communications électroniques au Cameroun*, Mémoire de Master en Contentieux et Arbitrage des Affaires, Université Catholique d'Afrique Centrale-Yaoundé, 2012, p.70.

170 Il n'a pas été possible de retrouver une sentence arbitrale impliquant un régulateur et un régulé, probablement pour deux raisons ; *primo*, peut-être parce qu'il n'y a en pas encore du fait du caractère naissant de ce contentieux ; *secundo*, peut-être du fait de la confidentialité qui recouvre l'arbitrage.

désignation des juridictions compétentes visées à l'Acte Uniforme relatif au Droit de l'Arbitrage, qui dispose que : « *le juge compétent visé par les articles 25 et 28 de l'acte uniforme relatif au droit de l'arbitrage est la Cour d'Appel du ressort du lieu de l'arbitrage* ». Dans ce contentieux, l'arbitrage fait corps de façon illicite avec la transaction.

## **2- La singularité de la résolution transactionnelle des différends**

Au Cameroun, le contentieux de la régulation fait aussi intervenir une « alternative à la justice »<sup>171</sup> sous la forme transactionnelle<sup>172</sup>. Ici, l'exigence des concessions réciproques est fortement respectée<sup>173</sup>. Il est important de signaler que la transaction bien qu'elle soit interdite de principe aux personnes publiques<sup>174</sup> doit être licite, c'est-à-dire reconnue dans certaines terres d'élection de nature économique. En France, de façon non exhaustive, elle est présente notamment dans la responsabilité des personnes publiques, le domaine contractuel, le contentieux administratif de la répression (fiscalo-douanier), les atteintes aux propriétés publiques ou d'atteintes à la concurrence. Concernant la Côte d'Ivoire, la personne publique peut transiger uniquement dans les champs fiscal, douanier et financier.

---

171 Philippe Yolka, « Les modes alternatifs de règlement des litiges administratifs », *op. cit.*, p.590.

172 D'après le Code Civil, la transaction est « un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître ». (Article 2044).

173 Loïc Cadet et Thomas Clay, *Les modes alternatifs de règlement des conflits*, 2<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris, 2017, p.86.

174 Éric Ngango Youmbi, « Les modes alternatifs de résolution des litiges administratifs en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p.455.

C'est de façon illicite que la transaction est utilisée dans le contentieux des télécommunications au Cameroun. C'est ainsi que dans les affaires *RINGO S.A. c/ ART*<sup>175</sup> et *MTN Cameroon c/ ART*<sup>176</sup>, l'on a assisté à un désistement collectif des requérants au profit d'une procédure transactionnelle inconnue des textes encadrant les communications électroniques au Cameroun. Le *modus operandi* utilisé reposait sur des « protocoles d'accord ». Ces derniers ont été conclus entre le Gouvernement de la République du Cameroun, représenté par le Ministre des Finances et le Ministre des Postes et Télécommunications. Dans l'affaire *Orange Cameroun c/ ART*, un protocole ayant pour objet la formalisation de l'entente entre l'Etat du Cameroun, Orange Cameroun et sa filiale Orange Cameroun Multiservices sur le montant à payer pour un règlement transactionnel et définitif des pénalités et redevances ainsi que les modalités de règlement du montant transactionnel. Au regard de l'article 2 du protocole susmentionné, « l'Etat du Cameroun consent à procéder à un abattement de 60% sur les sommes réclamées à Orange Cameroun et Orange Cameroun Services telles que validées par l'agence de régulation des télécommunications au titre des redevances d'utilisation de fréquences pour les années 2002 à 2014 incluse »<sup>177</sup>. Il sied de préciser qu'en contrepartie à cette dépense fiscale inédite, la société Orange Cameroun « s'engage à mettre un terme définitif à toute action judiciaire pendante portant sur les pénalités dues auprès des tribunaux ou quelque instance que ce soit »<sup>178</sup>.

---

175 L'opérateur RINGO S.A. avait introduit un recours devant le Tribunal Administratif du Centre pour l'annulation de la décision de sanction n° 00052/ART/DG/DAJCI/SDAJPC/SCO du 09 juin 2011 portant sanction pour exploitation sans autorisation de bandes de fréquences dans les villes non autorisées de Yaoundé, Douala, Limbe et Bafoussam qui lui avait été infligé et qui l'obligeait à payer un montant de 520 950 550 FCFA en guise de pénalités.

176 Dans l'affaire *MTN c/ ART* devant le Tribunal Administratif du Centre, le recourant demandait l'annulation de la décision n° 00000266/ART/DG/DAJPC/SDAJ/SCO du 03 octobre 2013 portant sanction de *MTN Cameroon* pour l'établissement de 146 liaisons de transmissions interurbaines sans autorisation pour une pénalité de 2 100 000 000 FCFA.

177 Il est important de noter que dans ce protocole d'accord que lesdites redevances sont ainsi ramenées à la somme de onze milliards trois cent trente-cinq millions neuf cent treize mille quatre cent (11 335 913 400) FCFA.

178 V. Article 4 du protocole d'accord entre Orange Cameroun et l'Etat du Cameroun.

Bien que ces « protocoles d'accord » dont la nature juridique est en débat soient inédits<sup>179</sup> et excentriques, on les regroupe assez aisément sous la bannière de la transaction administrative. Le Cameroun se démarque ainsi de la Côte d'Ivoire dans la mesure où cette technique a pignon sur rue sans fondement légal mais aussi parce que les pouvoirs publics camerounais, conscients de la rareté des opérateurs ne souhaiteraient pas les heurter au point de les faire partir.

## CONCLUSION

En définitive, le contentieux de la régulation au Cameroun et en Côte d'Ivoire est un contentieux assez jeune et naissant, il cherche encore ses marques. D'ailleurs sa massification est encore en pleine construction, mais à ce stade il est déjà possible de dégager quelques caractéristiques. Il est étriqué dans son objet car il s'oriente beaucoup plus vers la contestation des actes de régulation à la fois objective et subjective. Le contentieux indemnitaire et de la responsabilité ne sont pas encore mobilisés. Ce contentieux est aussi mixte ou hétérogène dans son règlement. Cela a d'ailleurs pour effet de secréter de l'incohérence et partant de la complexité, d'autant plus que l'arbitrage est même autorisé dans les télécommunications.

L'on ne peut que déplorer l'articulation de ce contentieux pour appeler à son unification qui devrait déboucher sur une politique jurisprudentielle claire et originale. Aussi, le débat sur la réforme du statut des organes de régulation mérite d'être engagé.

---

179 Louis Christian Awono, *Le domaine public hertzien en droit camerounais*, mémoire de master en droit Public, Université de Yaoundé II, 2015, p.156.



# LES MARCHÉS DE CONCEPTION-RÉALISATION EN DROIT DES MARCHÉS PUBLICS AU CAMEROUN

**Joseph Valerie EVINA**  
*Docteur Ph. D en droit public,*  
*Université de Douala (Cameroun).*

**E**n général et au Cameroun en particulier, le droit des marchés publics<sup>1</sup> est un droit particulièrement instable<sup>2</sup>, un droit évolutif<sup>3</sup>, un droit en construction<sup>4</sup> ou en mouvement<sup>5</sup>, un droit dynamique<sup>6</sup> ou un droit mutant<sup>7</sup>. Cet état de chose montre qu'il ne s'agit pas d'un droit statique<sup>8</sup> mais d'un droit qui est sous l'influence de plusieurs réformes<sup>9</sup> et qui par conséquent subit une inflation<sup>10</sup> normative.

Cette dernière crée généralement un désordre<sup>11</sup> normatif qui peut s'avérer peu productif. On peut par exemple prendre le cas du Cameroun qui va de codes en codes pour encadrer les marchés publics. Bien avant, ce sont les décrets de 2004 et ceux issus de la réforme de 2012

- 
- 1 BRACONNIER (S), *Précis du droit des marchés publics*, édition le moniteur, 8 août 2012, 578 P.
  - 2 OST (F), VAN DE KERCHOVE (M), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Coll. Les voies du droit, 1<sup>re</sup> édition, septembre 1988, 254 P.
  - 3 DUGUIT (L), « Les transformations du droit public-conclusion » in *Revue générale du droit*, 31 janvier 1913, N°17448, P 17448.
  - 4 RICCI (J-C), *Introduction à l'étude du droit*, Hachette, Coll. Les fondamentaux : la Bibliothèque de l'étudiant, Paris, 2007, p. 59.
  - 5 DIEBLOT (S), *Le droit en mouvement : Eléments pour une compréhension constructive des transformations complexes des systèmes juridiques*, Thèse, université de Paris X-Nanterre, 2000, p. 97.
  - 6 MOOR (P), *Dynamique du système juridique, une théorie générale du droit*, LGDJ, mars 2010, 337 P.
  - 7 COLLECTIF sous la direction de QUINIYOU (M) et RICHARD (D), *Droits en mutations : ouvrage commun des docteurs en droit*, Les éditions de l'immatériel, voir "première partie", 19 juin 2018, 236 P.
  - 8 TRUCHE (D), « A propos de l'évolution du droit administratif : loi d'extension et loi de divergence » in CHAPUS (R) (Mel), *Droit administratif*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 633. L'auteur en question qualifie de statique tout ce qui est "figé".
  - 9 SAUTEL (O), *Réformer le droit*, LexisNexis, Coll. Colloques et débats, mars 2007, 120 P.
  - 10 MACKAAY (E), « L'inflation normative » in *Lex electronica*, Vol 23, 2018, pp. 30-51. Ici, l'auteur montre que l'inflation normative est une pathologie systématique de l'Etat.
  - 11 LUISIN (B), « Le mythe de l'Etat de droit, l'Etat de droit, respectivement » in *CIVITAS EUROPA*, N°37, 2016, voir "2- Toute production de la norme introduit le désordre", pp. 155-182.

qui réglementaient le domaine des marchés publics. Mais désormais et dès à présent, nous avons assisté à la mise en place d'une nouvelle réglementation des marchés publics à travers l'entrée en vigueur du décret de 2018 qui a apporté plusieurs mutations<sup>12</sup>. Ces mutations ont généralement pour but d'améliorer le système des marchés publics afin de le rendre plus performant<sup>13</sup> et plus efficient<sup>14</sup>. Elles participent donc aux exigences<sup>15</sup> de la bonne gouvernance<sup>16</sup>. Au Cameroun, ces mutations ont donc participé à la mise en place ou à la naissance de nouveaux types de marchés publics qu'on ne connaissait pas avant surtout quand on observait les lignes des anciennes réglementations.

Parmi ces nouveaux types de marchés publics, on peut citer les marchés de conception-réalisation, les accords-cadres<sup>17</sup>, les marchés réservés<sup>18</sup>, les marchés pluriannuels et à tranches<sup>19</sup>. On les appelle encore les marchés publics spécifiques à les différencier des marchés publics classiques.

- 
- 12 Parmi ces mutations, on peut citer la création d'un comité en charge de l'examen des recours en cas de conflits entre soumissionnaires et acheteurs publics, la mise en place des principes d'intégrité et de bonne gestion des deniers publics, les personnes morales de droit privé exerçant les missions de service public pouvant désormais être des maîtres d'ouvrage au même titre que les mandataires des personnes publiques...
- 13 COLLECTIF sous la direction de Nathalie Albert, *Performance et droit administratif*, LexisNexis, Coll. Colloques et débats, 16 avril 2010, 306 P.
- 14 MARAVAL (P) sous la direction de HOLEMAN (R), *Management public*, Dunod, Coll. "Hors collection", 2014, Voir "chapitre 4", pp. 89-130. Dans cet ouvrage, l'auteur nous montre que les mécanismes d'attribution des marchés publics sont un moyen d'optimisation de la performance économique.
- 15 PITSEYS (J), « Le concept de gouvernance » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol 65, 2010, pp. 207-228. Les exigences de gouvernance sont généralement liées à la transparence, à l'éthique, à l'efficacité de l'action publique.
- 16 AYHAN (B), ÜSTÜNER (Y), « La gouvernance dans les marchés publics : La réforme du système turc de marchés publics » in *Revue internationale des sciences administratives*, N°81, 2015, pp.679-701.
- 17 GERY (P, DE), SCHMIDT (P), *Les accords-cadres*, Le Moniteur, Coll. Guides juridiques, 25 juillet 2007, 261 P. Les accords-cadres sont des marchés qui portent sur les fournitures et services courants dont le volume de la commande ne peut être maîtrisé à l'avance. Autrement dit, l'accord-cadre c'est deux choses : les bons de commande et les marchés à commandes subséquents. Les accords-cadres sont donc des marchés qui définissent les règles relatives à l'émission des bons de commandes tout en fixant la quantité des prestations à réaliser et qui lorsque ladite quantité n'a pas été suffisamment précisée se voit complétés par les marchés à commandes subséquents.
- 18 Voir article 70 du décret N°2018-366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics. Les marchés réservés sont des marchés qui ne sont que réservés aux artisans, aux petites et moyennes entreprises, aux organisations de la société civile et aux organisations communautaires à la base.
- 19 THOMAS (L), « Les marchés à tranches » in *Recherches économiques de Louvain*, Vol 67, 2001, pp. 437-451. Les marchés à tranches sont des marchés publics qui peuvent être divisés ou fractionnés en deux : d'une part on a les marchés à tranche ferme et d'autre part on a les marchés à tranche optionnelle.

Les marchés de conception-réalisation puisqu'il s'agit du thème abordé ici, sont une nouvelle forme de marchés publics pas assez connue du public mais qui vient transformer ou muter<sup>20</sup> le secteur du droit de la construction des bâtiments publics et des ouvrages d'infrastructures. Généralement, les marchés publics les plus connus sont les marchés de travaux<sup>21</sup>, les marchés de fournitures<sup>22</sup> et les marchés de services<sup>23</sup> ou de prestations intellectuelles<sup>24</sup>.

Mais au Cameroun, parler des marchés de conception-réalisation relève d'un fait nouveau.

En France les marchés de conception-réalisation ont existé bien avant leur réglementation au Cameroun surtout avec l'entrée en vigueur de plusieurs textes juridiques à savoir : l'ordonnance N°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et la loi N°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'ouvrage privée.

Pour mener toute recherche scientifique, la définition des concepts clés du sujet est fondamentale pour une meilleure compréhension de la thématique. L'étude des concepts liée au sujet abordé doit donc être rigoureuse<sup>25</sup>. C'est la raison pour laquelle le célèbre sociologue Emile DURKHEIM disait en son temps que "le savant doit d'abord définir les choses dont il traite afin que l'on sache et qu'il sache bien de quoi il est question"<sup>26</sup>. Tout ceci pour éclairer non seulement l'opinion scientifique mais aussi l'opinion publique. Il est donc évident que le thème poussera à définir deux concepts essentiels à

---

20 AUBERT (F), « La conception-réalisation : une mutation profonde du secteur de la construction? Etude des cas britanniques et français » in *Annales des mines-gérer et comprendre*, N°129, 2017, p. 3-12.

21 COURCELLE (L), *Traité administratif des travaux publics*, édition Dunod, Paris, 1937, 619 P.

22 ARRIGUI (P), *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, thèse, Paris, 1945, 215 P.

23 Le décret de 2018 portant code des marchés publics au Cameroun distingue deux types de marchés de service : les marchés de services quantifiables et les marchés de services non quantifiables.

24 DOMERGUE (G), *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, thèse, LGDJ, 1992, Paris 2, 336 P.

25 LOUBET DES BAYLE (J.L.), *Initiation aux méthodes des sciences sociales*, l'Harmattan, Paris-Montréal, 2000, 272 P, P. 240.

26 DURKHEIM (E), *Les règles de la méthode sociologique*, Paris, PUF, 1895, P. 95.



savoir : les marchés de conception-réalisation et le droit des marchés publics. Contrairement au droit camerounais qui ne se limite qu'à un seul texte<sup>27</sup> pour définir les marchés de conception-réalisation, le droit français les a définis par le biais de plusieurs textes juridiques<sup>28</sup>.

En effet, conformément à l'article L2171-2 de la loi du 1<sup>er</sup> avril 2019 portant code de la commande publique en France, un marché de conception-réalisation<sup>29</sup> est un marché de travaux qui permet à un acheteur public de confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. Il s'agit donc d'une sorte de marché public mixte qui associe à la fois les marchés de maîtrise d'œuvre<sup>30</sup> ou de prestations intellectuelles aux marchés de travaux. Les marchés de conception-réalisation rapprochent donc le rôle du maître d'œuvre<sup>31</sup> à celui de l'entrepreneur pour réaliser un marché public de travaux. Autrement dit un seul opérateur économique et particulièrement l'entrepreneur doit porter ou supporter à lui seul deux charges : l'étude du marché de travaux et sa réalisation. L'une des dispositions<sup>32</sup> de l'ordonnance N°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en France a également procédé à la même définition énoncée plus haut par le code de la commande publique de 2019 en ajoutant quelques ingrédients. Ceci grâce à la formulation suivante : 'La conception-réalisation est un type particulier de marché dans lequel le maître d'ouvrage confie simultanément la conception (études) et la réalisation (exécution des

---

27 Il s'agit du décret N°2018-366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics qui définit pour la première fois les marchés de conception-réalisation au Cameroun.

28 Il s'agit de la loi de 2019 portant code français de la commande publique, de l'ordonnance de 2015 relative aux marchés publics et de la loi de 1985 relative à la maîtrise de l'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

29 COSSALTER (P), *Le dialogue compétitif, la conception-réalisation et le partenariat public-privé*, Territorial Editions, 1<sup>er</sup> janvier 2010, 90 p.

30 CANTAT (C), ROBERT (A-F), *Les marchés de maîtrise d'œuvre et les contrats associés. Aspects financiers et comptables*, Territorial éditions, Coll. Dossier d'experts, 26 septembre 2019, 222 p.

31 WYCKOFF (P, G), *Pratique du droit de la construction : Marchés publics-marchés privés*, voir "présentation de l'éditeur", Eyrolles, 7<sup>e</sup> édition, 18 juin 2015, 564 P. Dans cet ouvrage, l'auteur s'interroge entre autres sur les éléments de missions du maître d'œuvre dans la pratique du droit de la construction aussi bien dans les marchés publics que dans les marchés privés.

32 Voir article 33 de l'ordonnance N°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics en France.

travaux) d'un ouvrage à un groupement d'opérateurs économiques ou un seul opérateur économique pour les ouvrages d'infrastructures".

Lorsqu'on observe cette définition, l'on constate que le titulaire du marché ne se résume plus à un seul opérateur économique comme c'était énoncé plus haut mais peut aller jusqu'aux groupements d'opérateurs économiques. Autrement dit les entrepreneurs ne sont plus les seuls titulaires de ce type de marché car s'ajoutent aussi les maîtres d'œuvre<sup>33</sup>. Les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs peuvent donc aussi s'associer pour former à eux seuls un groupement d'entreprises pour passer et réaliser un marché de conception-réalisation. Les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs s'assistent donc mutuellement et sont donc en parfaite collaboration pour mener à bien la conception-réalisation d'un marché public de travaux. L'on constate que les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux qui dérogent au principe de la séparation entre le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et les entrepreneurs titulaires du marché<sup>34</sup>.

Il existe donc deux aspects qui nous permettent de définir un marché de conception-réalisation. Le premier aspect réside sur le fait qu'un seul entrepreneur supporte à lui seul la conception et la réalisation d'un marché public de travaux. Le second aspect s'explique par le fait que les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs s'associent pour former un groupement d'opérateurs économiques afin de conduire à bien la conception et la réalisation d'un marché public de travaux. Dans le premier cas, l'opérateur économique à qui on a confié la tâche devient le concepteur-réalisateur dans les marchés de travaux.

---

33 HUET (M), *L'architecte maître d'œuvre*, Le Moniteur, 2<sup>e</sup> édition, 14 octobre 2004, 304 P.

34 Voir article 7 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Cette disposition pose le principe selon lequel une mission de maîtrise d'œuvre est distincte ou séparée de celle de l'entrepreneur pour la réalisation d'un ouvrage d'infrastructures.

Les marchés de conception-réalisation deviennent donc une sorte de marché de travaux ayant un objet mixte. Dans ces marchés, le maître d'ouvrage se met directement en relation avec un entrepreneur sans associer le maître d'œuvre puisque l'entrepreneur joue simultanément le rôle de la conception et de la réalisation de l'ouvrage. Dans le second cas, si le maître d'œuvre veut s'associer au marché de conception-réalisation, ce dernier doit obligatoirement former un groupement avec l'entrepreneur. C'est la raison pour laquelle la loi<sup>35</sup> du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique a procédé de la manière suivante : 'le titulaire du marché de conception-réalisation d'un bâtiment doit être un groupement d'opérateurs économiques alors que celui d'un marché pour un ouvrage d'infrastructures peut être un seul opérateur économique'. Autrement dit les groupements d'opérateurs économiques ne peuvent qu'intervenir dans la conception et la réalisation d'un bâtiment public. Le groupement doit donc être composé d'un architecte et d'un entrepreneur. L'architecte a pour rôle d'élaborer un projet d'architecture<sup>36</sup> d'un ouvrage soumis à la législation du permis de construire le bâtiment. Et c'est sur la base de la conception proposée par l'architecte que l'entrepreneur procédera à la réalisation des bâtiments publics. Par contre, lorsqu'on a affaire à un ouvrage d'infrastructures, le marché de conception-réalisation est obligatoirement confié à un seul opérateur économique en l'occurrence l'entrepreneur qui supportera à lui seul les charges du maître d'œuvre et ceux d'entrepreneur.

Ici, on ne parle plus de groupement car l'opérateur économique doit avoir une double expertise. Celle de la conception et de la réalisation de l'ouvrage d'infrastructures.

De manière plus claire et brève, un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui oblige un seul entrepreneur à exercer à

---

35 Voir article 18 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

36 Ceci conformément à la loi n°77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture en France.

la fois la conception et la réalisation d'un ouvrage d'infrastructures. C'est aussi un marché de travaux qui oblige le maître d'œuvre à s'associer à l'entrepreneur pour former un groupement d'opérateurs économiques afin de concevoir et de réaliser un bâtiment public.

Le second concept à définir aussi c'est le droit des marchés publics<sup>37</sup>. Ce dernier est une branche du droit public des affaires<sup>38</sup> ou du droit de la commande publique<sup>39</sup>, du droit des contrats administratifs<sup>40</sup> et même du droit des finances publiques<sup>41</sup> puisque les marchés publics sont également un échantillon du circuit de la dépense publique<sup>42</sup>.

C'est donc un droit qui touche plusieurs disciplines du droit public. Il porte ainsi les germes de la pluridisciplinarité. Techniquement, le droit des marchés publics c'est l'ensemble des règles juridiques et des institutions qui encadrent les marchés publics quel que soit leur nature.

Pour cela, cette discipline a pour objet d'encadrer la préparation<sup>43</sup> des marchés publics, leur passation<sup>44</sup>, leur exécution<sup>45</sup>, les responsabilités<sup>46</sup> liées à leur exécution, leur fin ou extinction et

---

37 BIAKAN (J), *Droit des marchés publics au Cameroun. Contribution à l'étude des contrats publics*, l'Harmattan, Coll. Droits africains et malgache, 9 novembre 2011, 130 p.

38 NICINSKI (S), *Droit public des affaires*, LGDJ, Coll. Précis Domat, Sous-collection "Public", 7<sup>e</sup> édition, 20 août 2019, 880 P.

39 CLAMOUR (G), DELELIS (P), DEVILLIER (P), *Le droit de la commande publique*, LGDJ, éditeur : LexisNexis, décembre 2016, 220 P.

40 RICHER (L), LICHERE (F), *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, Coll. Manuel, Sous-collection. Droit public, 11<sup>e</sup> édition, 17 septembre 2019, 768 P.

41 DUVERGER (M), *Finances publiques*, PUF, Coll. Thémis, 1<sup>er</sup> janvier 1956, P. 135. L'engagement de la dépense publique est du ressort des ordonnateurs et la passation des marchés publics fait partie de l'engagement de la dépense publique.

42 MAGNET (J), *Eléments de comptabilité publique*, 3<sup>e</sup> édition, LGDJ, Coll. Systèmes : finances publiques, 1<sup>er</sup> janvier 1996, P. 63. Voir article 66 (1) du décret de 2013 portant règlement général de la comptabilité publique au Cameroun.

43 LA GUERRE (A), *Concurrence dans les marchés publics*, éditeur : BERGER-LEVRAULT, BNF, 1989, P. 90.

44 HACHE (O), *Réussir la passation des marchés publics*, 2<sup>e</sup> édition, édition Le Moniteur, 8 juillet 2004, 191 P.

45 MARTINEZ (B), SERR (F), *Exécution des marchés publics, mise en œuvre administrative et financière*, édition Le Moniteur, 16 novembre 2016, 408 p.

46 TERNEYRE (P), *La responsabilité contractuelle en droit administratif*, LGDJ, sous-collection "Bibliothèque de droit public", février 2014, 614 p.

même les litiges<sup>47</sup> qui sont rattachés aux marchés publics. Le droit des marchés publics s'occupe aussi du contrôle<sup>48</sup> de la passation, de l'exécution et du système des marchés publics. C'est donc une discipline qui étudie et encadre l'univers des marchés publics.

Toute recherche scientifique doit être menée sur un espace géographique bien précis. Il est donc nécessaire de préciser l'espace dans lequel le travail scientifique sera fait et expliquer pourquoi. C'est pourquoi PROTIERE Guillaume a affirmé que « *le droit est incontestablement un phénomène spatial* »<sup>49</sup>. Le champ géographique<sup>50</sup> peut être un Etat précis, un système juridique<sup>51</sup> ou alors plusieurs systèmes juridiques<sup>52</sup> mais il peut aussi couvrir deux<sup>53</sup> ou plusieurs Etats. Il est donc clair que le thème intitulé « les marchés de conception-réalisation en droit des marchés publics au Cameroun » ait principalement pour champ géographique le Cameroun mais aucune recherche ne saurait être fermée. Elle doit s'ouvrir au monde. C'est pourquoi l'on doit recourir au droit étranger<sup>54</sup> de manière secondaire.

C'est une thématique qui présente un intérêt scientifique dans la mesure où elle n'a jamais été traitée comme un article. C'est un sujet

47 BOISSY (X), CROS (N), *Les litiges des marchés publics*, 1<sup>ère</sup> édition, éditeur : Berger-Levrault, Collection "pratiques locales", octobre 2010, 170 p.

48 YUKINS (C), SCHWARTZ, SCHOONER (S.L), GORDON, FOLLIOT-LALLIOT (F), sous la direction de Marcou (G), *Le contrôle des marchés publics*, édition IRJS, collection "Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne", novembre 2009, 440 p.

49 PROTIERE (G), *Espaces du droit et droits des espaces*, édition : l'harmattan, Collection : « administration et aménagement du territoire », octobre 2009, voir « résumé », 194 p.

50 ROMI (R), *Méthodologie de la recherche en droit*, 2<sup>e</sup> édition, édition : LEXISNEXIS, Collection : "objectif droit", sous-collection : « cours », Janvier 2011, 142 p.

51 VAN DE KERCHOVE (M), OST (F), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Coll. Voies du droit, 1<sup>ère</sup> édition, septembre 1988, 254 P.

52 CUNIBERTI (G), *Grands systèmes de droit contemporains : introduction au droit comparé*, LGDJ, Coll. Manuel, Sous-collection "Droit privé", 4<sup>e</sup> édition, août 2019, 444 p. JALUZOT (B), « Méthodologie du droit comparé : bilan et prospective » in *Revue internationale de droit comparé*, Vol 57, N°1, 2005, pp.28-48.

53 SEROUSSI (R), *Introduction au droit étranger*, Dunod, Coll. Gestion Sup, 3<sup>e</sup> édition, avril 2008, 222 p.

54 PONTTHOREAU (M-C), « Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes ? » in *Revue internationale de droit comparé*, 67-2, 2015, pp. 299-315. CERQUEIRA (G), NORD (N), *La connaissance du droit étranger. A la recherche d'instruments de coopération adaptés*, T. 46, Société de législation comparée, Coll. Colloques, 1<sup>ère</sup> édition, janvier 2021, 268 p.

intéressant parce qu'il permet de comprendre que les missions de maître d'œuvre et d'entrepreneur ne sont pas toujours séparées les unes des autres pour réaliser un marché de travaux. Elles peuvent également être associées, groupées ou fusionner et mettre donc en avant la notion de groupement d'opérateurs économiques<sup>55</sup> ou de groupement d'entreprises. Une notion qui est intimement liée à la cotraitance<sup>56</sup>. La notion de groupement d'entreprises est très employée dans l'exécution des marchés publics de travaux<sup>57</sup> surtout lorsqu'on a affaire aux marchés de conception-réalisation. Elle est également présente dans les marchés internationaux<sup>58</sup>. Les entreprises groupées peuvent être conjointes ou solidaires. Elles sont conjointes<sup>59</sup> lorsque les prestations sont divisées en lots et chacune des entreprises est engagée par le lot qui lui a été assigné. C'est exactement ce qui se passe dans les marchés de conception-réalisation où parmi les entreprises groupées, certaines sont uniquement présentes pour la maîtrise d'œuvre et d'autres sont pour la réalisation de l'ouvrage. Elles sont solidaires<sup>60</sup> lorsque chacune des entreprises est engagée pour la totalité du marché et doit pallier une éventuelle défaillance de ses prestataires.

Ce sujet interpelle aussi sur le fait qu'un marché public de travaux peut avoir un objet mixte à savoir la conception et réalisation de l'ouvrage. A ce niveau l'entrepreneur n'a plus seulement pour mission de réaliser l'ouvrage. Un seul entrepreneur peut donc être titulaire d'un marché public de travaux pour accomplir à lui seul

---

55 BABANDO (J-P), *Groupement d'entreprises et cotraitance*, 3<sup>e</sup> édition, édition Le Moniteur, Collection Guides juridiques, voir "résumé", 250 p. L'auteur définit un groupement d'entreprises comme un groupement momentané de plusieurs entreprises, créé en vue d'entretenir entre elles des liens juridiques, économiques et financiers.

56 LATRECHE (A), *La cotraitance et la sous-traitance des marchés publics*, Territorial Editions, 1<sup>er</sup> janvier 2011, 102 p.

57 PAREYDT (C, E), EYGASIER (J), *Exécution des marchés publics de travaux : CCAG Travaux*, Sa Lamy, 5 janvier 2011, 407 p.

58 DUBISSON (M), *Les groupement d'entreprises pour les marchés internationaux*, Edition du Moniteur, 1<sup>er</sup> janvier 1979, 343 p.

59 Voir article 136 (3) du décret de 2018 portant code des marchés publics au Cameroun.

60 Voir article 136 (2) du décret de 2018 portant code des marchés publics au Cameroun.

sa maîtrise d'œuvre et sa réalisation. Cette thématique révolutionne même la notion d'entrepreneur puisque l'entrepreneur ne se limite plus à un titulaire de l'exécution d'un marché public de travaux. Il peut aussi être le titulaire de la conception d'un marché public de travaux<sup>61</sup>. Une sorte de substitut du maître d'œuvre.

Ce thème dégage aussi un intérêt scientifique dans la mesure où les marchés de conception-réalisation participent à la simplification des procédures de consultation afin de réaliser les marchés de travaux. Ces marchés permettent donc d'alléger la tâche du maître d'ouvrage dans la procédure de consultation car au lieu de consulter plusieurs équipes à savoir les maîtres d'œuvre et les entrepreneurs, le maître d'ouvrage va consulter une seule équipe constituée soit d'un seul entrepreneur soit d'un seul groupement d'opérateurs économiques. Le maître d'ouvrage procède donc par conséquent à une seule et unique consultation pour réaliser un marché de conception-réalisation. A ce niveau, la phase de l'étude ou de la conception de l'ouvrage et celle de sa réalisation fusionnent pour devenir une seule procédure. On assiste donc à une accélération<sup>62</sup> de la procédure de consultation des équipes de la conception-réalisation d'un marché public de travaux. Ainsi, les marchés de conception-réalisation constituent une dérogation à la séparation entre les procédures de conception et celles de la réalisation de l'ouvrage et par conséquent portent en eux des germes de célérité<sup>63</sup> puisque l'objectif est de suivre une seule procédure de consultation. Et qui dit une seule procédure de consultation dit une seule équipe représentative pour la réalisation du marché public de travaux.

---

61 DEMBELE (M), *Comment réussir un chantier de travaux publics ? : Conception, réalisation, gestion et management*, Editions L'Harmattan, 20 juillet 2018, 318 p.

62 CHEVALLIER (J), « L'accélération de l'action administrative » in *Presse de l'université Saint-Louis*, 2000, PP. 489-508.

63 CHOLET (D), *La célérité en droit processuel*, Thèse, LGDJ, Juillet 2006, 736 p.

Cette thématique dégage aussi un intérêt pratique dans la mesure où elle participe à la performance<sup>64</sup> des titulaires du marché puisque les marchés de conception-réalisation obligent à un seul entrepreneur d'avoir une double expertise à savoir la maîtrise d'œuvre de l'ouvrage et sa réalisation. Ce thème éclaire aussi les acteurs de la commande publique sur le fait que les opérateurs économiques peuvent s'unir pour réaliser un marché public de travaux. Ces marchés de conception-réalisation participent aussi à l'association de plusieurs expertises des opérateurs économiques pour finaliser un marché de travaux. Ils permettent donc de joindre la compétence de l'architecte à celle de l'entrepreneur à partir de la phase de la conception de l'ouvrage.

Aborder la problématique<sup>65</sup> d'un sujet de recherche revient à poser une question centrale qui découlera d'un problème juridique précis. Ainsi, notre étude sur les marchés de conception-réalisation en droit des marchés publics au Cameroun nous amène à débattre sur la qualité<sup>66</sup> de leur régime juridique. Nous avons remarqué que le régime juridique proposé par le droit camerounais pour encadrer les marchés de conception-réalisation est assez limitatif, pauvre et donc très peu fourni. Autrement dit la taille du régime juridique relatif aux marchés de conception-réalisation est réduite. Ce régime juridique ne se limite qu'à définir uniquement les marchés de conception-réalisation.

Or encadrer les marchés de conception-réalisation c'est les définir, donner leurs conditions de recours, préciser une pluralité de procédures y relatives...

---

64 GUAY (M-M), *Performance et secteur public : réalités, enjeux et paradoxes*, Presses de l'université du Québec, 3 mai 2000, 397 P.

65 BEAUD (M), *L'Art de la thèse*, édition : La découverte, 2003, p. 38. Michel BEAUD définit la problématique comme un ensemble construit autour de la problématique comme un « ensemble construit autour d'une question principale, des hypothèses de recherche et des lignes d'analyse qui permettront de traiter le sujet choisi ».

66 ABANE ENGOLO (P,E), « La notion de qualité du droit » in *RDSP*, Vol 1, N°01, Juin 2013, PP. 88-110.



Il est donc urgent pour nous d'élargir ou d'agrandir la taille de leur régime afin de préserver les principes<sup>67</sup> relatifs à la commande publique. C'est cet état de chose qui va nous pousser à poser la question suivante : **le régime juridique proposé par le droit camerounais est-il assez suffisant pour encadrer les marchés de conception-réalisation ?**

Face à cette interrogation, nous répondons directement par la négative car l'on soutient l'idée selon laquelle la taille du régime juridique applicable aux marchés de conception-réalisation au Cameroun est limitée puisqu'il ne se limite qu'à définir les marchés de conception-réalisation en ignorant leurs conditions de recours et la diversité des procédures y relatives. Il sera donc question ici de démontrer que c'est un régime insuffisant sous deux angles : une insuffisance par la limitation d'encadrement à la définition des marchés de conception-réalisation et une insuffisance par l'absence de consécration des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation et de la pluralité des procédures y relatives.

Toute démarche scientifique ne saurait être entamée sans méthodes<sup>68</sup> de recherche. En droit, parler de méthodes<sup>69</sup> revient à dégager deux aspects à savoir le courant<sup>70</sup> de pensée juridique auquel on appartient et les différentes techniques à utiliser pour défendre notre point de vue par rapport au sujet traité. L'objectif ici est d'aboutir à une vérité scientifique vérifiée<sup>71</sup>. Albert BRIMO a présenté plusieurs courants

---

67 DELFORGE (C), POLET (K), RENDERS (D), *Principes élémentaires du droit des marchés publics*, édition : Larcier, 2 juin 2020, 132 p. Parmi ces principes, on peut citer le principe de liberté d'accès à la commande publique, le principe d'égalité de traitement des candidats, le principe d'intégrité, le principe de la transparence des procédures, le principe d'efficacité.

68 GRAWITZ (M), *Méthodes en sciences sociales*, 7<sup>e</sup> édition, Paris, Dalloz, 2001, P. 361. L'auteur définit la méthode comme une conception intellectuelle qui coordonne un ensemble d'opérations, en général plusieurs techniques réunies.

69 BOUDON (R), LAZARFEL (P), in *Le Vocabulaire des sciences sociales, concepts et indices*, Paris, La Haye, Mouton, 1965, 310 P.

70 BRIMO (A), *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pedone, nouvelle édition entièrement refondue, Coll. Philosophie comparée du droit et de l'Etat, février 2018, 534 P.

71 GRAWITZ (M), *Méthodes de recherche en sciences sociales*, Dalloz, Paris, 11<sup>e</sup> édition, 2001, 1019 P, P. 35.

de la pensée juridique de la philosophie du droit et de l'Etat. Parmi eux, on a le courant rationaliste<sup>72</sup> où la raison et le droit naturel<sup>73</sup> fondent le droit, le courant antirationaliste et antinaturaliste<sup>74</sup> fondé sur le positivisme<sup>75</sup>, le courant humaniste<sup>76</sup> fondé sur la théorie de l'institution<sup>77</sup>, le courant phénoménologique fondé sur la critique des philosophies antérieures ou sur le constructivisme<sup>78</sup> et le courant marxiste<sup>79</sup> fondé sur une remise en question des phénomènes sociaux de la notion de droit et de l'Etat.

Au vue de cette panoplie de courants de pensée, nous allons recourir au courant positiviste et particulièrement au positivisme juridique<sup>80</sup> orienté sur le normativisme kelsénien<sup>81</sup> car ce courant de pensée nous permet non seulement de s'appuyer sur la norme pour faire nos analyses mais d'apporter aussi des correctifs aux insuffisances que dégage la norme. Cette théorie qui décrit le droit tel qu'il est<sup>82</sup> s'oppose

---

72 BRIMO (A), *op.cit.*, P.16.

73 COUJOU (J-P), *Principes du droit naturel*, Dalloz, mars 2007, 492 p.

74 BRIMO (A), *op.cit.*, P.17.

75 BLIGH (G), *Les bases juridiques du positivisme juridique de H.L.A., Hart*, T. 148, Institut universitaire Varenne, Coll. Thèses, Décembre 2017, 870 P.

76 ANCEL (M), « L'humanisme et le droit » in *Bulletin de l'association Guillaume Budé*, Vol 3, 1947, pp. 38-45.

77 MILLARD (E), « Hauriou et la théorie de l'institution » in *Droit et société*, Vol 30-31, 1995, pp.381-412.

78 GESLIN (A), « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit » in *Presse de l'université Toulouse 1 Capitole*, PP.79-130.

79 MANAÏ (D), « Les juristes marxistes occidentaux face au phénomène juridique » in *déviance et société*, Vol 3-3, 1979, pp. 279-295.

80 KELSEN (H), *Théorie générale du droit et de l'Etat. Doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, LGDJ, Coll. Pensée juridique, Janvier 1997, 517 P. Il y a plusieurs variantes du positivisme juridique. Parmi elles, on peut citer le positivisme étatique, le positivisme normativiste, le positivisme exégétique, le positivisme analytique, le positivisme logique et le positivisme pragmatique. Pour le positivisme logique, voir BRENNER (A), « Le positivisme logique : le cas du cercle de Vienne » in *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Vol 67, 2011, PP. 119-133. Pour le positivisme pragmatique, voir BRIMO (A), *op.cit.*, P.271. Pour le positivisme étatique, voir GUIHEUX (G), « La théorie générale de l'Etat de Raymond Carre de Malberg » in *Revue juridique de l'Ouest*, 1999, pp. 81-90.

81 BRIMO (A), *op.cit.*, P.301.

82 KELSEN (H), *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 1962, p. 7. C'est ce que Hans KELSEN appelle le "Sein" c'est-à-dire l'être ou le droit tel qu'il est.

au positivisme sociologique<sup>83</sup> qui décrit le droit tel qu'il devrait être<sup>84</sup>. Nous choisissons également le positivisme normativiste parce que pour Hans Kelsen, il n'y a pas de vide juridique<sup>85</sup>. Si la norme est obscure<sup>86</sup> ou imprécise sur une question juridique il faut créer le droit pour l'appliquer. Le normativisme se caractérise donc par la clarté<sup>87</sup> des dispositions normatives. Les dispositions normatives ne sauraient donc être floues<sup>88</sup> ou imprécises mais intelligibles.

A côté du courant de pensée choisi et présenté, il est maintenant question pour nous de dégager les différentes techniques qui seront employées. Il s'agit entre autres principalement de la dogmatique<sup>89</sup>, de la méthode comparative ou méthode du droit étranger<sup>90</sup> et très accessoirement de la casuistique<sup>91</sup>. La dogmatique c'est l'interprétation authentique et réaliste des textes juridiques<sup>92</sup>.

---

83 DEFOURNY (M), « Le rôle de la sociologie dans le positivisme » in *Revue philosophique de Louvain*, Vol 36, 1902, pp. 478-501.

84 COPPENS (P), « Introduction à l'article de Hans Kelsen » in *Droit et société*, Vol 22, 1992, p. 536. C'est ce que Hans Kelsen appelle le "Sollen" ou le droit tel qu'il devrait être.

85 HO DINH (A-M), « Le vide juridique et le besoin de loi. Pour un recours à l'hypothèse du non-droit » in *L'année sociologique*, Vol 57, 2007, PP. 419-453.

86 PERELMAN (CH), « Le problème des lacunes en droit, Essai de synthèse » in *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp.537-552.

87 ROBBE (S), « La clarté des lois dans la sécurité juridique » in *Revue du notariat*, Vol 110, N°2, septembre 2008, PP.337-358.

88 MACKAAY (E), « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision » in *Langage*, 1979, PP.33-50.

89 Voir TERRE (F), *Introduction générale au droit*, Dalloz, réédition, 2003, Paris, PP.4-35. L'auteur nous fait comprendre que la dogmatique est l'école de l'exégèse qui se caractérise par l'interprétation authentique des textes juridique et aussi par leur interprétation réaliste ou doctrinale. Pour l'interprétation authentique, voir aussi COHENDET (M-A), *Méthodes de travail en droit public*, Paris, Montchrétien, 3<sup>e</sup> édition, 1998, P.29.

90 LAUVAUX (P), MASSOT (J), *L'application du droit étranger*, Vol 36, Société de législation comparée, Coll. Colloques, 1<sup>ère</sup> édition, mai 2018, 168 P. La méthode du droit étranger est beaucoup plus utilisée pour affirmer l'identité des ordres juridiques nationaux par rapport à d'autres.

91 SERIAUX (A), *Le commentaire de textes juridiques : arrêts et jugements*, Ellipses, Paris, 1997, P.3. Lire aussi RIPERT (G), *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 1955, p. 25. Voir aussi KELSEN (H), *Théorie pure du droit* (trad. Charles Eisenmann), Dalloz, Paris, 1962, p. 460.

92 Les textes juridiques peuvent être une constitution, une loi, un règlement. Dans le cas d'espèce, le décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics fera l'objet sur lequel s'appuiera notre analyse puisque c'est ce texte réglementaire qui a fait naître les marchés de conception-réalisation.

La méthode du droit étranger c'est cette méthode qui consiste à confronter les différents ordres juridiques<sup>93</sup> nationaux pour faire jaillir la vérité scientifique. Cela veut dire que la recherche ne doit pas être fermée mais ouverte à tout ordre juridique<sup>94</sup>. Les textes juridiques français, les textes juridiques de certains pays d'Afrique noire francophone seront donc évoqués dans notre thème pour les confronter aux textes juridiques camerounais. Ceci pour voir s'il y a un niveau d'attachement<sup>95</sup> ou un niveau d'éloignement entre ces différents ordres juridiques nationaux<sup>96</sup>. La casuistique juridique<sup>97</sup> qui sera très peu employée ici est une méthode qui consiste pour le doctrinaire à commenter fidèlement les décisions de justice.

Démontrer que la taille du régime juridique camerounais est insuffisante pour encadrer les marchés de conception-réalisation revient à montrer d'une part qu'il y a une restriction de l'encadrement à la seule définition de ces marchés (I) et à montrer d'autre part qu'il y a une limitation d'encadrement par l'absence de consécration des conditions de recours à ces marchés et d'une pluralité des procédures y relatives (II).

## **I- La restriction de l'encadrement à la seule définition des marchés de conception-réalisation**

Si la taille du régime juridique français est assez fournie ou grande pour encadrer les marchés de conception-réalisation, celle proposée par le droit camerounais est réduite voire minime

---

93 COLLECTIF, sous la direction de Baptiste BONNET, *Traité des rapports entre les ordres juridiques*, LGDJ, Coll. Hors collection, 1<sup>ère</sup> édition, novembre 2016, 1824 P.

94 CHEVALLIER (J), *L'Etat post-moderne*, T.35, LGDJ, 3<sup>e</sup> édition, 261 P. Selon l'auteur, l'ordre juridique symbolise l'ordre social.

95 ONDOA (M), *Le droit de la responsabilité publique dans les Etats en développement : contribution à l'étude de l'originalité des droits africains*, Tome 1, Thèse de doctorat d'Etat en droit public, université de Yaoundé II-SOA, p. 34.

96 COLLECTIF, sous la direction de Baptiste BONNET, *op.cit.*, 1824 P.

97 BONFILS (P), BRUSCHI (M), SERIAUX (A), *Le commentaire des textes juridiques. Arrêts et jugements*, Editeur : ELLIPSES, Coll. Méthodologies et exercices juridiques, 4 e éditions, 8 janvier 2019, 154 p.

quant à leur encadrement. Cela remet donc en cause la qualité<sup>98</sup> du régime juridique ou de la norme<sup>99</sup> mis en place par le droit camerounais pour encadrer ce type de marché public de travaux<sup>100</sup>.

Autrement dit le droit camerounais est assez timide. Cette timidité s'explique par le fait que le régime juridique camerounais ne se limite qu'à définir les marchés de conception-réalisation pour les réglementer. C'est la raison pour laquelle l'on parle d'une restriction de l'encadrement à la définition des marchés de conception-réalisation puisque les règles ne sont que limitées à leur notion. Or réglementer un marché public et particulièrement un marché de conception-réalisation c'est fixer sa préparation<sup>101</sup>, sa notion, ses conditions de recours, sa passation<sup>102</sup> ou les procédures<sup>103</sup> y relatives, son exécution<sup>104</sup>, son extinction ou alors des éventuels litiges pouvant naître entre titulaires du marché et acheteurs publics.

Visiblement, lorsqu'on observe les lignes de la réglementation camerounaise, l'on remarque que la définition des marchés de conception-réalisation proposée se rapproche de celle énoncée par le droit français. C'est donc d'une part un marché d'étude préalable des travaux publics (A) et d'autre part il s'agit d'un marché d'exécution des travaux publics (B).

- 
- 98 BONIS (E), MALABAT (V), *La qualité de la norme. L'élaboration de la norme*, Mare et Martin, Coll. Droit et Science politique, 26 mai 2016, voir "Résumé", 426 P. Pour appuyer notre argumentation étayée plus haut, l'auteur parle même d'une perte de qualité de la norme.
- 99 COLLECTIF sous la direction de Marthe Fatin-rouge Stefanini, Laurence Gay et Joseph Pini, *Autour de la qualité des normes*, Bruylant, 1<sup>er</sup> juillet 2010, 328 P.
- 100 MONNIER (F), *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, T. 11, LGDJ, Coll. Thèse, Sous-collection "Bibliothèque de science administrative", janvier 1984, 435 P. L'article L.1111-2 du code de la commande publique française de 2019 présente les marchés de conception-réalisation comme un marché public de travaux particulier.
- 101 BERNARD-BOUSSIERE (J), *Expression du besoin et cahier des charges fonctionnel-Elaboration et rédaction*, Eyrolles, 3<sup>e</sup> édition, 3 janvier 2013, 186 P.
- 102 EVINA (J, V), *La passation des marchés publics en urgence au Cameroun*, Thèse de doctorat/Ph.D en droit public, Université de Douala, 15 janvier 2021, PP.46-47.
- 103 LINDITCH (F), *Le droit des marchés publics*, Dalloz, février 2015, 6<sup>e</sup> édition, voir "Résumé", 150 p. L'auteur en question présente le droit des marchés publics comme un « droit des procédures ».
- 104 DURVIAUX (A, L), *La passation et l'exécution des marchés publics : secteurs classiques et spéciaux*, Larcier, 6 septembre 2013, 192 P.

## **A- Les marchés de conception-réalisation comme un marché d'études préalables des travaux publics**

Aux termes de l'article 64 du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics, un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au maître d'ouvrage de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructures, à un seul opérateur économique, mission portant à la fois sur la réalisation des études et l'exécution des travaux. Au vue de cette définition proposée par cette disposition, l'on constate donc que les marchés de conception-réalisation sont d'abord des marchés publics de travaux<sup>105</sup> qui ont un objet mixte à savoir la conception de ces travaux et leur exécution. Il s'agira d'abord de présenter le contenu des études préalables des travaux publics(1), de faire ressortir ensuite le rôle des études préalables (2).

### **1- Le Contenu des études préalables des travaux publics**

L'étude préalable d'un marché de travaux c'est la pensée du projet en fait. C'est la phase au cours de laquelle toutes les opérations de réflexion se font pour un bon accomplissement des travaux. Cette étape est beaucoup plus assurée par le maître d'œuvre ou l'architecte. Mais lorsqu'on a affaire aux marchés de conception-réalisation, cette étape associe l'entrepreneur ou fait ressortir la fusion entrepreneur-architecte dans la pensée du projet. A ce niveau, le maître d'œuvre n'est plus le seul penseur du projet comme ça se fait dans les marchés classiques. Il se fait soit assister par l'entrepreneur soit il se fait remplacer par l'entrepreneur. A ce niveau, les marchés de conception-réalisation deviennent une exception puisque le maître d'œuvre ne fait plus la loi dans cette étape. Il se fait concurrencé par l'entrepreneur dans la pensée de la réalisation de l'ouvrage.

---

105 BESSMANN (P, G), *Le mémento des marchés publics de travaux : intervenants, passation et exécution*, Eyrolles, 30 juin 2005, 162 P.

Avant de présenter le contenu des études préalables, il sera d'abord question de présenter un marché de conception-réalisation comme un marché de travaux public. En tant que marché public<sup>106</sup>, un marché de conception-réalisation<sup>107</sup> est d'abord un marché de travaux publics<sup>108</sup> qui porte sur des études préalables<sup>109</sup> avant de porter sur l'exécution des marchés. En effet, conformément à l'une<sup>110</sup> des dispositions du décret de 2018 portant code des marchés publics, un marché de travaux est un « *marché conclu avec des entrepreneurs en vue de la réalisation des opérations de construction, reconstruction, démolition, réparation, rénovation de tout bâtiment ou ouvrage, y compris la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'installation d'équipement ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires aux travaux si la valeur de ces services ne dépasse pas celle des travaux eux-mêmes* ». Sous d'autres prismes, ces marchés de travaux peuvent même s'étendre jusqu'à la concession de service public<sup>111</sup> qui est une composante

---

106 KAHN (J), « La notion juridique des marchés publics » in *marchés publics*, octobre 1968, PP.37-51. Voir aussi l'article 5 (W) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics. Cette disposition définit un marché public comme « un contrat écrit passé conformément aux dispositions du présent code, par lequel un entrepreneur, un fournisseur ou un prestataire de service s'engage envers l'Etat, une collectivité territoriale décentralisée ou un établissement public, soit à réaliser des travaux soit à fournir des biens ou des services moyennant un prix. Voir aussi le jugement N°62/94-95 du 29 juillet 1995 de la chambre administrative de la cour suprême du Cameroun dans l'affaire The Big Brothers trading company C/ Etat du Cameroun (MINDIC). Dans cette affaire, le contrat administratif et particulièrement les marchés publics se caractérisent par les clauses exorbitantes de droit commun. Un marché public se caractérise aussi par l'équilibre financier du contrat. Pour appuyer cette idée, voir aussi le jugement N°139/04-05 du 27 juillet 2005 de la chambre administrative de la cour suprême concernant l'affaire Société SOTRACOME C / Etat du Cameroun. Le marché public se caractérise aussi par son critère financier et donc par la rémunération. Pur cela, voir ZOGO NKADA (S-P) dans son article intitulé « Le critère financier de la commande publique » un *RASP*, N°10, 2013, PP. 203-226.

107 Voir article 64 du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

108 ENOU (L), *Traité théorique et pratique de droit administratif*, tome 1 : "Les travaux publics", thèse, édition Pédone, 1896, Paris, 167 p.

109 Voir article 55 du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

110 Voir article 5 (bb) du décret N°2018/366 du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

111 AUBY (J-F), *Les contrats de gestion du service public*, LGDJ, Coll. Systèmes, 1<sup>ère</sup> édition, 2 novembre 2016, 184 P. Voir aussi NICINSKI (S), *Droit public des affaires*, LGDJ, Coll. Précis Domat, Sous-collection. Public, 7<sup>e</sup> édition, 20 août 2019, P. 608.

de la délégation de service public<sup>112</sup>. Puisque techniquement, on peut parler d'une concession des travaux publics<sup>113</sup>. Les marchés de travaux publics peuvent également s'étendre jusqu'aux contrats de partenariat public-privé<sup>114</sup> puisqu'une personne publique peut confier à un opérateur économique une mission globale qui porte à la fois sur la construction, la transformation, l'entretien, l'exploitation et la gestion d'un bâtiment public ou des ouvrages d'infrastructures. Cette série de définitions des marchés de travaux peut donc nous conduire à faire ressortir le contenu des études préalables. En effet, lorsqu'on observe cette longue définition juridique des marchés de travaux<sup>115</sup> citée plus haut, on constate donc que les études préalables de ces marchés doivent porter sur l'étude des opérations de construction, de reconstruction, de réparation, de démolition et de rénovation de tout bâtiment public ou ouvrage. Les études préalables portent aussi sur la conception de la préparation des chantiers, celle des travaux de terrassement, celle de l'installation des équipements ou de matériels, celle de la décoration et de la finition des travaux.

Elles peuvent aussi porter sur les études d'entretien, de transformation ou de gestion d'un bâtiment public ou d'un ouvrage d'infrastructures.

Les études préalables sont obligatoires<sup>116</sup> dans les marchés de conception-réalisation et même dans les marchés publics en

---

112 MAUVAIS (F), « La délégation de service public, un mode de gestion des services d'eau potable et d'assainissement original et efficace » in *Revue des sciences de l'eau*, Vol 21, 2008, PP. 143-153.

113 DREYFUS (A), *Etude juridique de la concession de travaux publics*, thèse, édition Pédone, 1896, Paris, 167 p.

114 BREVILLE (A), *Les contrats de partenariat public-privé : guide pratique*, Editions du secteur public, Coll. Comprendre la gestion publique, 22 octobre 2008, 158 P. Voir aussi BIAKAN (J), « La délégation des services publics en droit camerounais », p.222.

115 VILLARD (M), BACHELOT (Y), ROMERO (J-M), *Droit et pratique des marchés publics de travaux : Passation, exécution, financement (Collection Actualité juridique)*, Editions du Moniteur, 1<sup>er</sup> janvier 1981, 426 p.

116 Voir article 55 (2) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.



général<sup>117</sup> car avant le lancement d'un appel à la concurrence ou d'une consultation, le maître d'ouvrage est obligé de réaliser une étude pour déterminer la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Et comme nous savons tous que le maître d'ouvrage n'a pas généralement la compétence de l'étude<sup>118</sup> des marchés publics, le code des marchés publics<sup>119</sup> lui permet de se référer à une expertise externe c'est-à-dire soit au maître d'œuvre ou alors à un groupement d'opérateurs économiques. Dans les marchés publics de travaux, l'étude préalable des marchés constitue même un droit<sup>120</sup> pour l'architecte.

## 2- Le rôle des études préalables

Conformément à l'une<sup>121</sup> des dispositions du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics, les études préalables ont pour rôle de définir les spécifications et la consistance des prestations objet du marché. Elles ont également pour rôle de produire un avant-projet définissant toutes les caractéristiques de l'ouvrage à réaliser. Les études préalables sont en d'autres termes une phase de définition d'un projet de réalisation d'un marché public. D'ailleurs, le maître d'œuvre qui intervient beaucoup plus dans cette phase, est le chef du projet d'un marché public puisque c'est lui qui participe à la conception du marché public.

---

117 Voir article 54 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics. L'étude des marchés ne concerne pas seulement les marchés de travaux. Elle concerne aussi les marchés de fournitures et les marchés de prestations intellectuelles. En ce qui concerne les marchés de fournitures, l'étude porte sur la performance des biens ou des équipements à acquérir, les normes applicables et les contraintes de livraison en vue de l'élaboration des calendriers de livraison. Pour l'étude des marchés de fournitures, voir article 55 (6) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics. Pour les marchés de prestations intellectuelles, l'étude du marché porte sur le contexte, l'étendue des prestations envisagées, les objectifs et résultats attendus, les compétences spécifiques et la qualification des experts à mobiliser, le chronogramme et le coût prévisionnel des prestations. Pour l'étude des marchés de prestations intellectuelles, voir article 55 (5) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

118 VACHAL (J-M), *L'étude de prix dans les marchés de travaux publics. La méthode, un exemple*, Presses de l'école nationale des ponts et chaussées, 31 mars 2011, 170 p.

119 Voir article 54 (2) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

120 HUET (M), *Droit de l'architecture*, Economica, 3<sup>e</sup> édition, 25 janvier 2002, 963 P.

121 Voir article 55 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

Les études préalables doivent tenir compte des destructions des biens<sup>122</sup>, la nue-propriété, des déplacements des réseaux (eau, électricité, téléphone, etc), de la libération du site retenu, de l'indemnisation des personnes évincées<sup>123</sup> et des conditions d'accès lorsqu'il s'agit des marchés de travaux. Les études préalables doivent aussi tenir compte de l'approche handicap<sup>124</sup> pour les projets d'infrastructures. Elles doivent également tenir compte de la promotion de l'emploi<sup>125</sup> à travers la valorisation des ressources locales telles que la main-d'œuvre, le matériel et les matériaux locaux par l'approche technique de haute intensité de main d'œuvre (HIMO) notamment, conformément à la réglementation en vigueur. Les études préalables doivent aussi tenir compte du respect des normes sécuritaires<sup>126</sup> en particulier celles relatives aux édifices relevant du public. Elles doivent également tenir compte du respect des normes environnementales<sup>127</sup>. Elles doivent aussi prendre en compte la dimension<sup>128</sup> ou l'allotissement<sup>129</sup>

- 122 Voir article 55 (2a) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.
- 123 LATRECHE (A), *Marchés publics : les droits des opérateurs économiques évincés*, Territorial Editions, 1<sup>er</sup> mai 2016, 120 p. FRANK (A), *Le droit de la responsabilité administrative à l'épreuve des fonds d'indemnisation*, Editions L'Harmattan, 1<sup>er</sup> septembre 2008, 464 p.
- 124 Voir article 55 (2b) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.
- 125 Voir article 55 (2c) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.
- 126 Voir article 55 (2-d) du décret N°2018/366 u 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.
- 127 COLLECTIF, *Faire respecter les normes environnementales : Tendances et bonnes pratiques (Agriculture et alimentation-Environnement)*, OECD, 19 mai 2009, 240 p. FONBAUSTIER (L), *Manuel de droit de l'environnement*, Presses universitaires de France, Coll. Droit fondamental, Sous-collection. Manuels, 2<sup>e</sup> édition, voir "Partie 1 : paradigmes et sources du droit de l'environnement-Leçon 4 : l'étagement des normes nationales de protection de l'environnement"; 3 juin 2020, 338 p. BETAÏLLE (J), « Répression et effectivité de la norme environnementale » in *Revue juridique de l'environnement*, 2014, pp. 47-59. Voir également l'article 55 (2e) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.
- 128 Voir article 55 (2-f) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.
- 129 Aux termes de l'article 10 du code français des marchés publics de 2006, l'allotissement est un principe selon lequel le pouvoir adjudicateur est libre de diviser un marché public en plusieurs lots pour répondre à des besoins distincts. Voir aussi l'arrêt du Tribunal administratif du 28 juin 2007 dans l'affaire *Société MIELE*. D'après la juriste RIVIERE Marjolaine, l'allotissement est un principe qui favorise l'égal accès à commande publique. Plus techniquement, on parle souvent de fractionnement des marchés publics. Conformément à l'article 58 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics, on parle d'allotissement lorsque la division des prestations en lots est susceptible de présenter des avantages techniques, financiers ou organisationnels pour la réalisation des marchés de travaux, de fournitures ou de services.

du projet de manière à ressortir les prestations devant être exécutées par les petites et moyennes entreprises nationales et les organisations communautaires à la base d'une part et d'autre part celles susceptibles d'être sous-traitées aux entreprises nationales. Pour ce qui concerne les marchés d'entretien<sup>130</sup>, de réhabilitation des routes, d'ouvrage d'art, de réfection d'édifices ou d'équipements, les études préalables<sup>131</sup> portent sur le relevé des dégradations et indiquent le niveau du service recherché. En ce qui concerne les travaux neufs<sup>132</sup> et les acquisitions de nouveaux équipements, les études préalables sont réalisées jusqu'au niveau de l'avant-projet détaillé pour les routes ainsi que leurs acquisitions et au niveau du projet d'exécution des ouvrages pour les bâtiments et autres infrastructures.

Aux termes de cette analyse sur l'étude préalable des marchés publics de travaux, un constat est clair : celui de faire savoir à l'opinion publique et scientifique que les études préalables sont fondamentales et obligatoires pour la réalisation d'un marché de conception-réalisation. Cependant, elles ne suffisent pas car à côté d'elles s'ajoute aussi l'exécution des travaux publics (B).

### **B- Les marchés de conception-réalisation comme des marchés d'exécution des travaux publics**

L'exécution des marchés de travaux c'est la phase opératoire ou pratique des marchés de conception-réalisation. Techniquement, l'on parle d'opération des travaux publics<sup>133</sup>. Elle constitue la mise en œuvre<sup>134</sup> de tous les éléments préparés avant et pendant la préparation d'un marché public de travaux en particulier et d'un marché public

---

130 Voir article 55 (3) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

131 CARILLO (P), *Conception d'un projet routier : Guide technique*, Eyrolles, 1<sup>ère</sup> édition, 5 février 2015, 102 p.

132 Voir article 55 (4) du décret N°2018 /366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

133 EYGASIER (J), PAREYDT (C), *Exécution des marchés publics de travaux*, Lamy, Coll. Axe droit, voir "résumé" de l'ouvrage, 5 janvier 2011, 408 p.

134 SERR (F), MARTINEZ (B), *Exécution des marchés publics*, édition le Moniteur, voir "résumé de l'ouvrage", 23 octobre 2013, 376 p.

en général. C'est aussi la phase pratique<sup>135</sup> de la passation des marchés publics en général et des marchés de conception-réalisation en particulier. L'exécution des marchés de travaux se fait après la signature du marché<sup>136</sup>.

Plusieurs conditions s'imposent pour exécuter un marché public de travaux. Pour qu'un marché de travaux se fasse exécuter, il faut au préalable la notification du contrat<sup>137</sup>. Par conséquent, tout marché de conception-réalisation qui se fait exécuter avant la notification du contrat est jugée irrecevable<sup>138</sup>. Par la suite, le maître d'ouvrage doit délivrer l'ordre de service<sup>139</sup> de démarrage des travaux ou des prestations au titulaire du marché dans un délai maximum de 15 jours<sup>140</sup>. Le maître d'ouvrage a aussi l'obligation de transmettre la copie d'ordre de service à l'organe de régulation des marchés publics et au ministère des marchés publics dans un délai maximum de 7 jours. Enfin, il faut l'obtention d'un document unique contenant les pièces suivantes<sup>141</sup> : la soumission ou l'acte d'engagement, le cahier de clauses administratives particulières, le bordereau des unitaires, le sous-détail des prix et le cahier de clauses administratives générales.

Il existe 3 dimensions dans l'exécution des marchés de travaux publics<sup>142</sup> : l'exécution administrative (1), l'exécution technique et l'exécution financière (2).

---

135 JOSSAUD (A), *Guide pratique de la passation des marchés publics*, Editions Formation Entreprise, 1<sup>er</sup> janvier 2004, 490 p.

136 EVINA (J, V), *La passation des marchés publics en urgence au Cameroun*, Thèse déjà citée, P. 48.

137 Voir article 123 (3) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

138 Voir article 123 (4) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

139 GAUDEMET (Y), *Droit administratif des biens*, LGDJ, Lextenso éditions, voir "quatrième partie : les travaux publics - chapitre 2 : l'exécution du contrat de travail public - section 3- Les ordres de service", 4 février 2014, 704 p. L'ordre de service comme son nom l'indique est un ensemble d'instructions relatives aux modalités d'exécution du marché que le maître d'ouvrage ou les agents techniques de l'administration adressent à l'entrepreneur titulaire qu'il doit obligatoirement respecter.

140 Voir article 123 (5) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

141 Voir article 124 (g) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

142 FEDERATION NATIONALE DES TRAVAUX PUBLICS, *Abrégé des marchés publics de travaux 2019*, édition Le Moniteur, Coll. Hors collection, 2<sup>e</sup> édition, 18 septembre 2019, 126 p.

## 1- L'exécution administrative des marchés de travaux

Plusieurs éléments caractérisent l'exécution administrative des marchés de travaux publics. Parmi eux, on peut citer le contenu ou les pièces du marché, le cahier de charges<sup>143</sup>, l'avenant<sup>144</sup> en cas des difficultés d'exécution du marché<sup>145</sup>, la sous-traitance<sup>146</sup> et la cotraitance<sup>147</sup>. Le contenu des marchés de travaux doit posséder les éléments suivants : objet et numéro du marché, l'indication des moyens de financement de la dépense et de la rubrique budgétaire d'imputation, l'indication des parties contractantes, l'indication du maître d'ouvrage ou du maître d'ouvrage délégué, les obligations fiscales et douanières<sup>148</sup>, le délai et le lieu d'exécution, la date de notification du marché, la juridiction compétente et le droit applicable. Le marché de travaux peut aussi contenir des clauses d'exécution environnementales pour un développement durable<sup>149</sup>. Les acteurs de la rédaction de ces documents définitifs constitutifs du marché sont le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué<sup>150</sup>.

Le cahier de charges caractérise aussi l'exécution administrative des marchés publics de travaux. Le cahier de charges comporte des documents généraux, des documents particuliers et de tous autres cahiers techniques qui définissent les travaux. Il comporte un cahier de clauses administratives générales fixant les dispositions relatives

---

143 Voir article 129 du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

144 PELLET (S), *L'avenant au contrat*, édition IRJS, Collection : Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne, 2010, 628 p.

145 BRENET (F), « Les difficultés d'exécution des marchés publics de communication » in *LEGICOM*, N°2004, 2004, PP. 103-114.

146 MODERNE (F), *La sous-traitance des marchés publics*, édition Dalloz, 1995, 296 p.

147 LATRECHE (A), *op.cit.*, 102 p. L'auteur fait une belle distinction entre la cotraitance et la sous-traitance. La première offre aux entreprises ou aux petites et moyennes entreprises un accès direct à la commande publique. La seconde en offre un accès indirect.

148 QUEROL (F), « L'intermédiation fiscale et douanière » in *Presse de l'université de Toulouse 1 Capitole*, P.65-86.

149 DE BAYSER (X), VELASCO (C), *Le petit livre du développement durable : 10 mots pour changer la planète*, L'Archipel, 6 mai 2009, 118 p.

150 Voir article 125 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

à l'exécution et au contrôle des marchés publics de travaux<sup>151</sup>. Le cahier de charges comporte aussi un cahier de clauses administratives particulières<sup>152</sup> qui a pour objectif de fixer les dispositions administratives et financières propres au marché de travaux.

L'avenant, la sous-traitance et la cotraitance sont aussi une matérialisation de l'exécution administrative d'un marché de travaux.

En effet, l'avenant<sup>153</sup> constitue l'expression des possibilités de modification du marché initial lorsque l'économie et l'objet du marché sont remis en cause. En ce qui concerne la sous-traitance<sup>154</sup>, il s'agit d'un contrat par lequel le titulaire d'un marché cède à des tiers l'exécution d'une partie de ce marché. En fait c'est un contrat dans un contrat déjà signé c'est-à-dire un sous-contrat<sup>155</sup>. Dans le cadre des marchés de travaux ou de conception-réalisation, c'est l'entrepreneur qui cède à un tiers l'exécution d'une partie de la réalisation des prestations. L'entrepreneur peut sous-traiter l'exécution de certaines parties du marché de travaux mais à condition d'y avoir été autorisé par le pouvoir adjudicateur<sup>156</sup>. Quant à la cotraitance, c'est une matérialisation des groupements d'entreprises pour exécuter les marchés de travaux. On la retrouve particulièrement dans les marchés de conception-réalisation lors de la fusion entre entrepreneurs et maîtres d'œuvres.

## **2- L'exécution technico-financière des marchés de travaux**

L'exécution technique des marchés publics de travaux se caractérise d'une part par la présence des droits et obligations de l'entrepreneur

---

151 Voir article 129 (a) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

152 Voir article 129 (b) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

153 PEYRICAL (J-M), *Les avenants aux contrats publics*, Le Moniteur, Coll. Guides juridiques, 3<sup>e</sup> édition, 24 mars 2005, 192 p.

154 SABLIER (B), CARO (J-E), ABBA TUCCI (S), *La sous-traitance dans la construction*, édition Le Moniteur, 7<sup>e</sup> édition, juin 2012, voir "définition de la sous-traitance", 438 p.

155 AHLIDJA (M), « Le sous-contrat en droit public » in *RFDA*, 2018, N°5, P. 915-928.

156 Voir article 131 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

ou du groupement d'opérateurs économiques. D'autre part par l'existence des droits et obligations du maître d'ouvrage.

Les titulaires de la conception-réalisation des travaux ont droit à la rémunération<sup>157</sup> suite à la réalisation de leurs prestations. Le prix<sup>158</sup> rémunère le cocontractant de l'administration<sup>159</sup>. Il peut être forfaitaire ou unitaire. Il est forfaitaire<sup>160</sup> lorsqu'il rémunère l'entreprise pour un ensemble de ses prestations, un ouvrage ou une partie de l'ouvrage tel que défini dans le marché. Il est unitaire<sup>161</sup> lorsqu'il s'applique à une prestation élémentaire, à une nature ou à un élément de l'ouvrage dont les quantités ne sont pas indiquées au marché qu'à titre prévisionnel. L'entrepreneur a aussi droit à être indemnisé en cas de sujétions imprévues<sup>162</sup>. Les sujétions imprévues sont des difficultés matérielles rencontrées pendant l'exécution d'un marché de travaux présentant des germes à caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont les causes sont extérieures aux parties<sup>163</sup>.

Les entrepreneurs et groupements d'opérateurs économiques ont aussi des obligations dans la conception-réalisation du marché de travaux. Ils doivent respecter les délais d'exécution du marché. Ils doivent obéir aux ordres de service et veiller à la bonne exécution technique des travaux publics.

---

157 PONTIER (J-M), « Catégories en miroir : subventions, délégations de service public, marchés publics », *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013, p. 263. Voir aussi COLLECTIF, *Contrats publics, octobre 2019 N°202. Dossier : modalités de paiement des marchés publics*, Le Moniteur, Coll. Contrats publics - l'actualité de la commande et des contrats publics, 31 octobre 2019, 74 p.

158 VACHAL (J-M), *L'étude de prix dans les marchés de travaux publics. La méthode, un exemple*, Presses de l'école des ponts et chaussées, 31 mars 2011, 170 p.

159 Voir article 144 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

160 Voir article 144 (2a) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code des marchés publics.

161 Voir article 144 (2b) du décret précité.

162 DESMURS-MOSCET, « Théorie des sujétions imprévues et le CCA » in *Revue le Moniteur*, N°48, 5 décembre 1977, PP. 97-98.

163 KIRAT (T), « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat » in *Revue internationale de droit économique*, 2005/3, PP. 291-318.

En cas de non-respect aux ordres de service, les soumissionnaires s'exposent aux mesures coercitives prévues au marché. Ils ont aussi une obligation d'exécution personnelle<sup>164</sup> du contrat.

Les droits et obligations ne sont pas seulement une affaire du co-contractant de l'administration mais concernent aussi les maîtres d'ouvrage. Le maître d'ouvrage dispose plusieurs prérogatives pendant l'exécution des marchés de travaux. Il a un droit de propriété<sup>165</sup> sur ses biens. Le pouvoir de direction des travaux est exercé par le maître d'ouvrage. Ce pouvoir lui permet de s'ingérer dans les modalités du marché en imposant aux soumissionnaires certains choix relatifs aux matériaux et aux procédés de construction. Le maître d'ouvrage dispose aussi d'un pouvoir de contrôle sur le marché. Ce pouvoir se traduit par une surveillance générale du marché pendant son exécution et à l'occasion de leur réception. Les pouvoirs de contrôle et de direction sont prévus dans les documents contractuels. Ils peuvent être délégués soit au maître d'œuvre soit au maître d'ouvrage délégué. Ces pouvoirs se traduisent par la pratique des ordres de service. Le maître d'ouvrage dispose également d'un pouvoir de modification unilatérale dans le marché. Les documents contractuels fixent les limites du pouvoir de modification unilatérale pour ce qui est du prix du bouleversement de l'économie<sup>166</sup> générale du contrat et de l'objet du contrat initial. Le pouvoir de sanction<sup>167</sup> s'exerce aussi par le maître d'ouvrage.

---

164 MONTMERLE, *Passation et exécution des marchés de travaux publics*, 1967, p.69 et S.

165 ROUX (C), *Droit administratif des biens*, Dalloz, Coll. Mémentos, sous-collection. Droit public, 1<sup>ère</sup> édition, février 2019, voir "Résumé de l'ouvrage", 226 p.

166 HOUSSARD (E), « L'économie du contrat » in *Revue juridique de l'Ouest*, 2002, pp. 7-65.

167 EVINA (J, V), *La passation des marchés publics en urgence au Cameroun*, thèse, université de Douala, janvier 2021 p. 54.



L'administration peut infliger des sanctions aux entrepreneurs en cas d'un manque à leurs obligations contractuelles. Ces sanctions<sup>168</sup> peuvent être pécuniaires, coercitives ou caractérisées par une résiliation du marché. En effet, les sanctions pécuniaires s'expliquent par les pénalités de retard<sup>169</sup>. Les pénalités de retard sont des sanctions que le maître d'ouvrage inflige à l'entrepreneur lorsque ce dernier a dépassé le délai contractuel fixé par le marché. Ils se produisent après mise en demeure<sup>170</sup> préalable du titulaire du marché. Les mesures coercitives<sup>171</sup> s'imposent aussi comme sanction du soumissionnaire en cas de défaut d'exécution du marché. Le maître d'ouvrage peut aussi utiliser comme sanction la résiliation<sup>172</sup> en cas de défaillance du soumissionnaire.

Le maître d'ouvrage dispose aussi des obligations dans les marchés de travaux. Il doit financer l'opération en prélevant soit dans le budget de l'Etat soit en faisant recours aux fonds d'aide extérieure. C'est lui qui doit définir le programme d'exécution du marché. Le maître d'ouvrage doit créer des conditions<sup>173</sup> nécessaires à la bonne exécution du contrat. Il doit fournir toutes informations<sup>174</sup> d'ordre juridique, administratif ou technique nécessaire à la bonne réalisation des travaux. Il ne doit pas commettre une faute dans l'exercice du pouvoir de direction et de contrôle<sup>175</sup>. Ce qui veut dire que la négligence dans les opérations de contrôle est interdite. Il ne devrait donc pas avoir complicité entre le maître d'ouvrage et l'entreprise pendant le contrôle de l'exécution des travaux.

---

168 RICCARDI (D), *Les sanctions contractuelles en droit administratif*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, avril 2019, 502 p.

169 Voir article 168 (1) du décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

170 Voir article 180 (1) du même décret précité.

171 Voir article 77 de l'ancien code des marchés publics de 2004.

172 Voir article 182 (e) du même décret.

173 CHABANOL, *Le régime juridique des marchés publics, Droits et obligations des signatures des marchés de travaux*, édition le Moniteur, Coll. Analyse juridique, 2007, 595 p.

174 FABRE-MAGNAN (M), *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, LGDJ, Coll. Anthologie du droit, décembre 2014, 596 p.

175 Voir article 107 de l'ancien code camerounais des marchés publics de 2004.

L'exécution des marchés de travaux est aussi financière. Ce type d'exécution est composé de plusieurs éléments. Il s'agit des bases de l'exécution financière, des modalités de financement et le règlement des marchés de travaux. Les bases de l'exécution financière se caractérisent par les obligations d'ordre comptable, le prix du marché et les garanties financières. En ce qui concerne les obligations d'ordre comptable, elles s'imposent aussi bien aux personnes publiques qu'aux co-contractants de l'administration. Le co-contractant de l'administration est obligé d'ouvrir et de mettre à jour un document comptable spécifique au marché. Il doit aussi faire ressortir les différentes sources de financement, les états des sommes effectuées et réglées. Il doit également ouvrir et mettre à jour un état des déclarations fiscales et douanières relatives au marché<sup>176</sup>. Le co-contractant de l'administration doit retracer la comptabilité de ses opérations se rapportant au marché. Ces opérations concernent les dépenses afférentes aux approvisionnements, à l'acquisition des matériaux<sup>177</sup>, les frais relatifs à la main d'œuvre employée et toutes autres dépenses ou charges individualisées y compris le bordereau des quantités exécutées.

Le maître d'ouvrage, le maître d'ouvrage délégué ou alors l'agence de régulation des marchés publics ont aussi des obligations d'ordre comptable. Ils doivent accéder au document comptable du co-contractant de l'administration pour le vérifier jusqu'à un délai maximum de 3 ans<sup>178</sup> à compter de la date de réception définitive des prestations ou de celle de la dernière livraison relative au marché concerné. Les opérations d'exécution du budget appartiennent aux ordonnateurs et aux comptables publics. Les fonctions des

---

176 Voir article 126 (1-b) du décret de 2018 portant code des marchés publics.

177 Voir article 127 (a) du même décret précité.

178 Voir article 126 (2) du même décret.

ordonnateurs sont séparées<sup>179</sup> de celles des comptables pour ce qui est de l'exécution des recettes et de l'exécution des dépenses.

Le prix du marché et les garanties financières<sup>180</sup> font aussi partie de l'exécution financière des travaux. Le prix concerne le règlement de la rémunération. Les garanties financières concernent le cautionnement définitif et la retenue de garantie. Le cautionnement définitif c'est un cautionnement qui garantit l'exécution intégrale des prestations<sup>181</sup>. La retenue de garantie est un cautionnement qui garantit la bonne exécution du marché et le recouvrement des sommes dont il serait reconnu débiteur<sup>182</sup>. La retenue de garantie exigée des titulaires des marchés de travaux, est destinée à couvrir les réserves à la réception des prestations.

L'exécution financière du marché de travaux se caractérise aussi par les modalités de financement<sup>183</sup> et de règlement. Il existe donc 2 types de financement : un financement administratif et un financement bancaire. Le financement administratif s'opère par des avances, des acomptes, du décompte final, des intérêts moratoires<sup>184</sup>. Les avances<sup>185</sup> ont pour but de faciliter l'exécution des marchés et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises qui disposent d'une trésorerie suffisante et celles qui n'en ont pas comme les petites et moyennes entreprises. Les acomptes<sup>186</sup> sont versés pour des prestations effectuées en cours d'exécution du marché c'est-à-dire qu'ils rémunèrent après service déjà fait<sup>187</sup>. Les acomptes

---

179 BIAKAN (J), « La réforme du cadre juridique des finances publiques au Cameroun : la loi portant régime financier de l'Etat » in *L'administration camerounaise à l'heure des réformes*, l'harmattan, 2010, PP.9-28.

180 COSSALTER (P), *La gestion administrative et financière des marchés publics-Du management à la modification du marché*, Territorial éditions, 22 janvier 2018, 96 p.

181 Voir article 137 (a) du décret de 2018 portant code des marchés publics.

182 Voir article 137 (b) du même décret précité.

183 BRECHON-MOULENES (C), *Le financement des marchés publics*, Dalloz, 1<sup>er</sup> janvier 1987, 218 p.

184 RIPERT (G), *Recherche sur les intérêts moratoires*, Tome 21, Défrénois, Coll. Doctorat et notariat, octobre 2006, 696 p.

185 Voir article 161 du décret de 2018 portant code des marchés publics.

186 Voir article 162 du même décret précité.

187 Voir article 91 de l'ancien code français des marchés publics de 2006.

concernent aussi le paiement des sous-traitants<sup>188</sup>. Le décompte final c'est le montant total des sommes concernant l'exécution des prestations. On parle d'intérêts moratoires lorsque le maître d'ouvrage, le maître d'ouvrage ou le comptable assignataire ont favorisé un défaut de paiement dans les délais fixés par le cahier de clauses administratives. Ce sont donc des intérêts qui donnent droit au titulaire du marché de bénéficiaire des intérêts calculés depuis le jour de la délivrance de l'avis dit de règlement du comptable assignataire<sup>189</sup>.

Le financement bancaire justifie aussi l'opération de l'exécution financière des marchés publics en général et des marchés de travaux en particulier.

Il s'explique par deux éléments : le nantissement et la cession de créance. On entend par nantissement « *un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de sa dette* »<sup>190</sup>. Le nantissement<sup>191</sup> s'opère sous forme d'un acte ou d'un contrat synallagmatique<sup>192</sup> appelé créancier nanti. Ce dernier est généralement les banques qui vont procéder à la sécurité d'une dette pesant sur le titulaire du marché. Quant à la cession de créance<sup>193</sup>, il s'agit d'une convention par laquelle une personne appelée cédant peut transmettre sa créance sur son débiteur appelé cédé à une autre personne appelée cessionnaire. Lorsque la cession est gratuite, on parle de donation<sup>194</sup>. Mais lorsqu'elle est payante, on parle de vente. En marchés publics, le titulaire cédant c'est l'entreprise adjudicatrice, le cessionnaire c'est l'établissement de crédit c'est-à-dire la banque, et le cédé c'est le pouvoir adjudicateur ou maître d'ouvrage.

---

188 Voir articles 163 (1) et (2) du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

189 Voir article 166 du décret précité.

190 Voir article 2071 du code civil.

191 JULIENNE (M), *Le nantissement de créance*, Economica, Coll. Recherches juridiques, novembre 2012, 524 p.

192 Voir article 150 (2) du décret de 2018 portant code des marchés publics.

193 HANQUIER (C), *Les cessions de créances à titre de garantie : la cession Dailly et la fiducie sûreté*, éditions universitaires européennes, 10 mai 2016, 56 p.

194 DONZEL-TABOUCOU (C), *La donation des valeurs mobilières*, T. 64, IRJS Editions, Coll. Bibliothèque de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, novembre 2015, 870 p.

Au demeurant, et à la lecture des lignes de la réglementation camerounaise, les marchés de conception-réalisation ont un objet mixte à savoir l'étude préalable des marchés de travaux et l'exécution desdits marchés. Il est aussi important de dire que ces deux opérations se font en une seule étape afin de déroger à la lenteur provoquée par la séparation habituelle entre l'étude et la réalisation du projet.

Cependant, l'encadrement des marchés de conception-réalisation ne saurait se limiter à leur définition. C'est un tout c'est-à-dire les conditions de recours à ces marchés, la pluralité des procédures y relatives... On constate donc une limitation d'encadrement par l'absence de consécration des conditions de recours à ces marchés et de la pluralité des procédures y relatives (II).

## **II- La limitation d'encadrement par l'absence de consécration des conditions de recours à ces marchés et de la pluralité des procédures y relatives**

Dans le but<sup>195</sup> d'apporter la sécurité juridique<sup>196</sup>, le droit à travers le pouvoir constituant, le législateur ou le pouvoir réglementaire est dans l'obligation de créer un cadre idéal capable de résoudre toutes les situations juridiques possibles. Mais lorsqu'une loi, un texte réglementaire ou une constitution sont incomplets, obscures ou imprécis pour organiser une situation juridique, le droit se plonge donc dans une situation de crise<sup>197</sup> ou d'insécurité juridique<sup>198</sup> qui fragiliserait l'Etat de droit<sup>199</sup> ou qui entraînerait une limitation dans

---

195 RADBRUCH (G), Le but du droit, in *Annuaire international de philosophie du droit et de la sociologie juridique*, Paris, 1938, P.53-54.

196 COLLECTIF sous la direction de Bernard BEIGNIER, *La sécurité juridique*, Defrenois, 10 mars 2009, 630 p.

197 ALBERTINI (P), *La crise de la loi : déclin ou mutation ?*, LexisNexis, 1<sup>ère</sup> édition, 5 février 2015, 366 p.

198 VAN DE KERCHOVE (M), La doctrine du sens clair des textes et de la jurisprudence de la cour de cassation de la Belgique, in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Nemesis, Bruxelles, 1988, P.21. Pour l'auteur, l'insécurité juridique est liée à l'incertitude, à une zone de pénombre par rapport à une situation de droit précise.

199 MOYRAND (A), « Réflexions sur l'introduction de l'Etat de droit en Afrique » in *Revue internationale de droit comparé*, 1991, 43-4, P.855. Ici, l'auteur nous montre que lorsque l'Etat de droit est menacé, l'Etat devient prédateur. Voir aussi DARBON (D), « L'Etat prédateur » in *Politique africaine*, 1990, n°39, pp. 37-45. BERTHIER (L), NEGRON (E), PAULIAT (H), *Justice et Etat de droit*, LGDJ, 12 mars 2020, 204 p.

l'encadrement de ladite situation. Dans ce cas soit le juge crée une norme jurisprudentielle<sup>200</sup> pour combler le vide<sup>201</sup>, le silence<sup>202</sup> ou les insuffisances des textes juridiques soit alors le doctrinaire apporte ses éclairages pour améliorer l'état de la réglementation. C'est exactement cette situation troublante qui se présente lorsqu'on parle de l'encadrement juridique des marchés de conception-réalisation au Cameroun. Un encadrement fragile qui s'est d'abord expliqué par la délimitation à la seule définition des marchés de conception-réalisation. Une fragilisation de l'encadrement qui s'est ensuite expliquée par l'absence de consécration des conditions de recours à ces marchés (A). Un encadrement fragile qui s'explique enfin par l'inexistence des procédures applicables aux marchés de conception-réalisation (B).

### **A-L'inexistence de la mise en place des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation**

Nulle part il n'est inscrit dans le code camerounais actuel des marchés publics des conditions pour recourir aux marchés de conception-réalisation. A ce niveau, c'est pratiquement le clair-obscur<sup>203</sup>. Cet état de chose est également visible dans certains pays d'Afrique noire francophone. Parmi ces pays victimes de cette obscurité, on peut citer : le Congo-Brazzaville<sup>204</sup>, la Guinée conakry<sup>205</sup>, le Bénin<sup>206</sup>.

---

200 SEVE (R), *La création du droit par le juge-Tome 50 : archives de la philosophie du droit*, Dalloz, 10 janvier 2007, 480 p.

201 HO DINH (A-M), « Le vide juridique et le besoin de loi. Pour un recours à l'hypothèse du non-droit » in *L'année sociologique*, Vol.57, 2007, PP. 419-453.

202 BORDES (E), *Le silence et le droit : Recherches sur une métaphore*, Presses Université Laval, 1<sup>er</sup> janvier 2018, voir "Résumé", 230 p. L'auteur fait une belle distinction entre le silence du droit et le silence dans le droit.

203 CHAMPEL-DESPLATS (V), « Les clairs-obscur de la clarté juridique » in WAGNER Anne et CACCIAGUIDI-FAHY Sophie (dir), *Legal language and search for clarity*, Bern, Peter Lang, 2006, p. 36.

204 Le décret de 2009 portant code des marchés publics en république du Congo manifeste son silence dans la consécration des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation.

205 Le décret de 2012 portant code des marchés publics et de délégation de service public de la république de Guinée manifeste aussi son silence pour consacrer les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation.

206 La loi de 2017 portant code des marchés publics au Bénin manifeste aussi son indifférence pour consacrer les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation.

Cependant, seule la France<sup>207</sup> a procédé à une consécration<sup>208</sup> véritable des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation que le Cameroun devrait urgemment adapter. En effet, l'article 37 (2) de l'ancien code français des marchés publics de 2006 a posé les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation pour déroger au principe de l'interdiction d'associer l'entreprise à la conception de l'ouvrage. Ceci en procédant à la formulation suivante : « *Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de l'article 18 de cette loi, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si des motifs d'ordre technique rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Sont concernées des opérations dont la finalité majeure est une production dont le processus conditionne la conception, la réalisation et la mise en œuvre ainsi que des opérations dont les caractéristiques, telles que des dimensions exceptionnelles ou des difficultés techniques particulières, exigent de faire appel aux moyens et à la technicité propres des opérateurs économiques* ». Au vue de cette longue formulation, l'on constate que pour recourir aux marchés de conception-réalisation, il faut des motifs techniques liés à la destination ou à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.

Autrement dit, il faut que l'ouvrage soit complexe à réaliser, il faut qu'il ait une dimension exceptionnelle et des difficultés techniques particulières. Il faut enfin que le recours aux marchés de conception-réalisation soit conditionné par un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique.

---

207 Les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation sont fixées et encadrées par l'article 37 du code français des marchés publics de 2006.

208 Voir la circulaire n°95-58 du 9 août 1995 relative à la conception-réalisation en France.

A ce niveau, les marchés de conception-réalisation sont assimilés aux contrats de performance énergétique<sup>209</sup>.

A la lecture de toutes les conditions qui ont été énumérées par le droit français, visiblement le droit camerounais ne s'y retrouve pas et manifeste son indifférence qui entrainerait un ralenti de la réglementation relative aux marchés de conception-réalisation. Et lorsque le droit est au ralenti, il devient « ridicule »<sup>210</sup>. En droit camerounais, ce ralentissement s'explique par 2 grands points à savoir : l'absence des motifs techniques liés à la technicité de l'ouvrage (1), et l'inexistence de l'engagement contractuel sur un niveau de l'amélioration de l'efficacité énergétique (2).

### **1- L'inexistence des motifs liés à la technicité de l'ouvrage**

En droit français<sup>211</sup>, pour qu'un marché de conception-réalisation soit possible, il faut respecter les motifs techniques liés à la destination de l'ouvrage. Ces motifs sont au nombre de deux à savoir : la complexité de l'ouvrage<sup>212</sup> et la globalité de l'ouvrage. Par contre, le droit camerounais ne montre aucune volonté de consacrer ces deux motifs en manifestant son silence<sup>213</sup>. Ce silence se manifeste par l'absence de consécration de la complexité de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation. Il s'explique aussi par le manque de consécration du caractère global de l'ouvrage comme motif technique.

---

209 NICINSKI (S), « Les contrats de performance énergétique » in *Annuaire des collectivités locales*, 2013, p.148. Selon l'auteur, les contrats de performance énergétique remplissent 3 fonctions à savoir : la garantie de la performance énergétique après réhabilitation d'un ouvrage, l'utilisation de l'économie d'énergie pour financer la rénovation énergétique, externaliser les investissements.

210 NJOYA YONE (C), « L'autorité des marchés publics au Cameroun » in *RADSP*, Vol IV, n° XI, Janvier-juin 2018, p. 148. Voltaire en son temps affirmait que « quand les besoins ont changé, les lois qui sont demeurées, sont devenues ridicules ».

211 Voir article R2171-1 du code français de la commande publique de 2019.

212 SYMCHOWICZ (N), PROOT (P), *Traité des contrats publics complexes*, 4<sup>e</sup> édition, Le Moniteur, Coll. Référence juridique, 29 novembre 2017, 700 p.

213 NGAH NOAH (M, U), « Quelques réflexions sur le silence et le droit : essai de systématisation » in *Les cahiers de droit*, voir "L'incomplétude ou la discontinuité du droit comme facteur justificatif des silences du droit", Vol 56, N°3-4, septembre-décembre 2015, pp. 575-613.



En droit français, pour recourir aux marchés de conception-réalisation, l'ouvrage doit être complexe<sup>214</sup>. Autrement dit, les marchés de conception-réalisation sont des marchés publics complexes<sup>215</sup>. En effet, un marché public est complexe, lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins. Il est aussi complexe, lorsque le maître d'ouvrage n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet<sup>216</sup>. La complexité du marché est donc soit d'ordre technique soit d'ordre financier pour les contrats de partenariat<sup>217</sup>. En ce qui concerne les marchés de conception-réalisation, la complexité de l'ouvrage est essentiellement technique. Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans l'encadrement juridique des marchés de conception-réalisation et opte pour le silence.

Un silence qui crée un vide juridique. Vide parce nulle part il est inscrit dans le code actuel des marchés publics la complexité technique de l'ouvrage comme condition de recours aux marchés de conception-réalisation. Ce vide accentue la liberté pour le pouvoir adjudicateur de recourir à ces marchés. Et plus l'administration n'est pas suffisamment encadrée sur une situation donnée, plus elle tombe dans le piège de l'arbitraire et des abus. Rappelons que le recours aux marchés de conception-réalisation ne peut être accepté qu'à titre dérogatoire. En droit camerounais, la complexité de l'ouvrage est beaucoup plus consacrée pour expliquer les conditions de recours aux contrats de partenariat<sup>218</sup>. Il y a donc une marginalisation de la prise en compte de la complexité de l'ouvrage dans les marchés de conception-réalisation. Or, les contrats de partenariat ne sont pas les seuls contrats publics complexes. S'ajoutent aussi les marchés de conception-réalisation.

---

214 Voir l'arrêt du conseil d'Etat français du 11 mars 2013.

215 Voir article 36 du code français des marchés publics de 2006.

216 EVINA (J,V), *op.cit.*, p. 455.

217 RICHER, *op.cit.*, p. 672.

218 Voir article 6 (1) et (2) de la loi n°2006/012 du 29 décembre 2006 portant régime général des contrats de partenariat.

En fin de compte, il n'y a aucune traçabilité de la complexité de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Tout ceci montre que le pouvoir réglementaire a choisi le silence. Un silence négatif puisqu'il continue son bout de chemin avec le manque de consécration du caractère global de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation.

En droit français<sup>219</sup>, pour recourir aux marchés de conception-réalisation, l'ouvrage doit avoir un caractère global c'est-à-dire que le marché doit avoir plusieurs objets pour être réalisé et sa réalisation doit être faite sans fractionnement. Autrement dit, les marchés de conception-réalisation sont des marchés globaux<sup>220</sup> au même titre que les contrats de partenariat, les marchés globaux de performance et les marchés globaux sectoriels<sup>221</sup>. Ils sont des marchés globaux parce que l'ouvrage porte à la fois sur sa conception, sa réalisation et sa mise en œuvre<sup>222</sup>. Les groupements d'opérateurs économiques ou l'entrepreneur doivent avoir plusieurs missions pour mener à terme les travaux publics. Les marchés de conception-réalisation sont aussi des marchés globaux parce qu'ils sont passés en un seul lot et dérogent ainsi au principe d'allotissement. Si l'ouvrage en question ne présente pas un caractère global, la dérogation sera refusée par le juge administratif<sup>223</sup>.

Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans la consécration du caractère global de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation.

---

219 Voir article L2171-1 du code français de la commande publique de 2019.

220 BEZANCON (X), CUCCHIARINI (C), DYCKMANS (S), *Mémento des contrats globaux*, édition Le Moniteur, voir "présentation de l'éditeur", 19 juin 2019, 132 p.

221 Voir article L.2171-1 du code français de la commande publique de 2019.

222 Voir article R.2171-1 du code français de la commande publique de 2019.

223 Voir Arrêt du 3 décembre 2012 du conseil d'Etat français n°360333, **Syndicat mixte de Besançon SYBERT c/société CEGELEC NORD-EST et société TRADIM**.

Cet état de chose fait en sorte que l'administration camerounaise et les opérateurs économiques ignorent même la nature des marchés de conception-réalisation qui sont des marchés globaux. Par conséquent, il peut avoir risque de confusion entre les marchés de conception-réalisation et les autres types de marchés publics puisqu'il n'est inscrit nulle part dans le code camerounais des marchés publics que ces marchés doivent être faits en lot unique.

Pire encore aucune disposition n'identifie les différents marchés qui peuvent déroger au principe d'allotissement. On assiste donc à une situation d'insécurité juridique, d'obscurité ou d'opacité<sup>224</sup>. Ce manque de consécration du caractère global de l'ouvrage accentue la liberté des maîtres d'ouvrage à recourir aux marchés de conception-réalisation car on risque de tomber dans l'adage « *tout ce qui n'est pas interdit, est permis* »<sup>225</sup>. Un adage qui est péjoratif car il laisse le choix aux maîtres d'ouvrages en particulier et aux citoyens en général de définir les règles.

En fin de compte, il n'y a aucune visibilité du caractère global de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Tout ceci montre que le pouvoir réglementaire a choisi l'opacité. Une opacité négative puisqu'elle continue son bout de chemin avec l'inexistence des motifs liés à la mise en œuvre technique de l'ouvrage.

En droit français, pour qu'un marché de conception-réalisation soit possible, il faut respecter les motifs liés à la mise en œuvre technique de l'ouvrage<sup>226</sup>. Ces motifs sont au nombre de deux à savoir : les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage et les difficultés techniques

---

224 GUILLET (J-L), « Secret, opacité et transparence » in *Les cahiers de la justice*, N°3, 2014/3, p. 341. L'auteur définit l'opacité est liée au secret c'est-à-dire ce « qui n'est pas divulgué, que l'on tient caché ». C'est une situation de zone d'ombre en fait.

225 Voir article 5 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

226 Voir Décret n°93-1270 du 29 novembre 1993 portant application du I de l'article 18 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 modifiée relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

particulières de l'ouvrage. Par contre, le droit camerounais montre son indifférence dans la consécration de ces deux motifs.

Une indifférence qui se matérialise par son silence<sup>227</sup>. Ce silence se manifeste par l'absence de consécration des dimensions exceptionnelles de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation. Il s'explique aussi par le manque de consécration des difficultés techniques particulières de l'ouvrage comme motif technique.

En droit français<sup>228</sup>, pour recourir aux marchés de conception-réalisation, les dimensions de l'ouvrage à réaliser doivent être exceptionnelles. Elles sont exceptionnelles lorsqu'elles dépassent les dimensions normales de l'ouvrage. En effet, Les dimensions de la longueur et de la largeur de l'ouvrage doivent être plus volumineuses que les dimensions habituellement connues pour recourir aux marchés de conception-réalisation. D'après le juge administratif français, les ouvrages ayant des dimensions exceptionnelles sont les suivants : les ouvrages en souterrains exceptionnels, les ouvrages d'art routiers<sup>229</sup>, les ouvrages d'art ferroviaires, les ouvrages d'art fluviaux. Autrement dit, ce sont des grands travaux publics ou des travaux de grande construction<sup>230</sup>. Lesdits travaux qui nécessitent l'association de l'entrepreneur à la maîtrise d'œuvre. Cependant, si l'ouvrage a une superficie importante dont les dimensions ne sont pas exceptionnelles, le recours au marché de conception-réalisation sera refusé par le juge administratif.

Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans la consécration des dimensions exceptionnelles de l'ouvrage comme motif technique de recours aux marchés de conception-réalisation. On assiste donc à un ralenti de la

---

227 NGAH NOAH (M, U), *op.cit.*, voir "l'incomplétude ou la discontinuité du droit comme facteur justificatif des silences du droit", pp.575-613.

228 Voir TA. Strasbourg, 14 novembre 2000, **Daniel Delrez c/ville de Metz**, N°99-39999.

229 PARKSTONE, *Les ouvrages d'Art : les ponts*, Parkstone, 24 juin 2010, 192 p.

230 DUFAU (J), *Droit des travaux publics*, PUF, 1<sup>er</sup> novembre 1998, 701 p.

réglementation camerounaise qui entraînerait une ignorance de la part des acteurs de la commande publique sur le fait que les dimensions exceptionnelles de l'ouvrage font partie des motifs techniques de recours aux marchés de conception réalisation. Il y a donc une inadaptation des règles de la commande publique aux marchés de conception-réalisation au Cameroun puisqu'elles sont presque inexistantes. A ce niveau, la commande publique peut manquer d'efficacité<sup>231</sup> et peut rendre la conception-réalisation fragile.

En droit français<sup>232</sup>, pour recourir aux marchés de conception-réalisation, l'ouvrage doit rencontrer des difficultés techniques particulières. Autrement dit, l'ouvrage doit présenter des contraintes techniques particulières ou exceptionnelles. On peut par exemple citer des bâtiments à processus industriels<sup>233</sup>. Ce sont de vastes constructions dont les équipements techniques coûtent extrêmement chers et qui exigent simultanément leur conception et leur réalisation. Parmi ces bâtiments industriels, on peut citer ceux qui portent sur le traitement des déchets, la blanchisserie, la stérilisation, le traitement de l'eau et de l'énergie...

Il est important de faire une différence fondamentale entre les difficultés techniques particulières précitées et celles issues des sujétions techniques imprévues<sup>234</sup>.

Les premières résultent d'un dimensionnement vaste dépassant le dimensionnement normal d'un ouvrage. Elles résultent aussi de la cherté des équipements de l'ouvrage, de son industrialisation ou de sa complexité qui conditionneraient une collaboration entre le maître d'œuvre et l'entrepreneur. Par contre, les secondes découlent

---

231 SAUSSIER (S), TIROLE (J), « Renforcer l'efficacité de la commande publique » in *Notes du conseil d'analyse économique*, N°22, 2015, pp. 1-12.

232 Voir arrêt de la cour administrative d'appel du 29 mai 2008 dans l'affaire **Sociétés FAYAT compagnie financière et VILQUIN SA c/ maire de la ville de Lyon**.

233 BROTO (E), *Bâtiments industriels : innovation et architecture*, Links, 1<sup>ère</sup> édition, 26 juin 2008, 298 p.

234 CE, 30 juillet 2003, **Commune de Lens**, N°223445, Lebon T.P.862.

d'un aléa technique<sup>235</sup> ou matériel constaté pendant l'exécution d'un marché public de travaux.

Le droit camerounais par contre accuse toujours un retard par rapport au droit français dans la consécration des difficultés techniques particulières de l'ouvrage comme motif de recours aux marchés de conception-réalisation. On assiste donc à une situation d'opacité<sup>236</sup> puisqu'il n'est inscrit nulle part dans le code camerounais des marchés publics ce genre de condition. C'est donc un clair-obscur qui continue son bout de chemin en créant davantage des situations d'insécurité juridique et même de confusion entre la pratique des marchés de conception-réalisation et celle des marchés habituellement connus.

En fin de compte, il n'y a aucune traçabilité des motifs liés à la mise en œuvre technique de l'ouvrage pour recourir aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Tout ceci montre que le pouvoir réglementaire camerounais a choisi le silence. Un silence négatif puisqu'il continue son bout de chemin avec le manque de consécration de l'engagement contractuel sur le niveau de l'amélioration de l'efficacité énergétique. Un engagement qui constituerait également un motif de recours aux marchés de conception-réalisation.

---

235 LLORENS (F), *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981, p.244 et s.

236 GUILLET (J-L), *op.cit.*, p.341.

## 2- L'inexistence de l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique

En droit français, pour recourir à un marché de conception-réalisation, il faut la présence d'un engagement sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique. A ce niveau, les marchés de conception-réalisation deviennent des contrats de performance énergétique<sup>237</sup>.

Dans le langage des marchés publics, l'on parle précisément des marchés globaux de performance<sup>238</sup>. En effet, ce sont des marchés qui permettent à l'acheteur public d'associer l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation des prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance<sup>239</sup>.

Le droit camerounais par contre accuse toujours un retard par rapport au droit camerounais dans la consécration de l'engagement contractuel sur un niveau de l'amélioration de l'efficacité énergétique comme motif de recours aux marchés de conception-réalisation. En effet, il n'est inscrit nulle part dans le code actuel<sup>240</sup> des marchés publics un engagement contractuel sur l'amélioration de l'efficacité énergétique comme condition de recours aux marchés de conception-réalisation. Le pouvoir réglementaire camerounais manifeste son inertie<sup>241</sup> pour mettre en place ce genre de condition. On assiste donc à un silence

---

237 ORTEGA (O), MAURUS (P), *Les contrats de performance énergétique*, LexisNexis, 1<sup>ère</sup> édition, voir "présentation de l'éditeur", 16 mars 2017, 156 p. Les auteurs de cet ouvrage définissent le contrat de performance énergétique comme « un contrat conclu entre un maître d'ouvrage et un opérateur d'efficacité énergétique visant à garantir, par une situation de référence contractuelle, une diminution des consommations énergétiques du bâtiment, vérifiée et mesurée dans la durée ». Voir aussi ROUDAUT (P), BADUEL (Y), BOUGRAIN (F), *Etablir et mettre en œuvre un contrat de performance : Les contrats de performance énergétique*, mode d'emploi, voir "présentation de l'éditeur", CSTB, 1<sup>ère</sup> édition, 27 mars 2014, 182 p. Les auteurs de cet ouvrage nous montrent que le but de ce contrat est la réduction de la consommation énergétique puisque les bâtiments construits consomment excessivement de l'énergie. Voir aussi, NICINSKI (S), *op.cit.*, P.147.

238 Voir article L.217-3 du code français de la commande publique de 2019.

239 NICINSKI (S), *op.cit.*, p. 152.

240 Le décret N°2018/366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

241 Le dictionnaire Linternaute définit l'inertie comme l'état de ce qui est inerte, qui ne bouge pas. Autrement dit, on assiste plutôt à un statu quo au détriment du dynamisme.

qui crée un vide juridique<sup>242</sup>. Ce vide juridique accentue la liberté des acteurs de la commande publique à recourir aux marchés de conception-réalisation puisque visiblement aucune trace de ses conditions de recours n'est mentionnée dans le code actuel des marchés publics.

En fin de compte, le droit camerounais montre son insuffisance dans l'encadrement des marchés de conception-réalisation. Cette insuffisance s'explique par l'absence de consécration des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation. Parmi ces conditions qui ne se retrouvent pas dans le code des marchés publics, on a les motifs liés à la destination et à la mise en œuvre technique de l'ouvrage<sup>243</sup> et l'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique<sup>244</sup>. Cependant, cette limitation dans l'encadrement ne s'arrête pas là. Elle s'étend aussi jusqu'aux procédures applicables aux marchés de conception-réalisation (B).

### **B- L'inexistence d'une pluralité des procédures applicables aux marchés de conception-réalisation**

Nulle part il n'est inscrit dans le code camerounais actuel des marchés publics une pluralité des procédures applicables aux marchés de conception-réalisation. A ce niveau, c'est pratiquement l'opacité avérée<sup>245</sup>. Ce phénomène est aussi présent dans certains pays d'Afrique noire francophone<sup>246</sup>. Au Cameroun, une seule procédure a été consacrée pour les marchés de conception-réalisation. Il s'agit de l'appel d'offres avec concours<sup>247</sup>. Cependant, seule la France a procédé à une consécration véritable des procédures relatives aux marchés de conception-réalisation<sup>248</sup>. Effet, le droit français a fixé

---

242 HO DINH (A-M), *op.cit.*, pp.419-453.

243 Voir article L2171-2 du code français de la commande publique.

244 CABINET GB2A, *Contrats de performance énergétique : outils juridiques et solutions de financement*, voir "présentation de l'éditeur", *Le moniteur*, 23 octobre 2013, 198 p.

245 GUILLET (J-L), *op.cit.*, p.341.

246 Le Benin, la république du Congo, la Guinée Conakry n'ont pas consacré les procédures applicables aux marchés de conception-réalisation.

247 Voir article 80 du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

248 Voir l'ancien code français des marchés publics de 2006.



4 procédures applicables aux marchés de conception-réalisation : l'appel d'offres restreint<sup>249</sup>, la procédure infructueuse, le dialogue compétitif et la procédure adaptée<sup>250</sup>.

A la lecture de toutes les procédures qui ont été énumérées par le droit français, le droit camerounais ne s'y retrouve pas et manifeste son indifférence qui entraînerait un ralenti de la réglementation relative aux marchés de conception-réalisation. Ce ralentissement s'explique par 2 grands points à savoir : l'inexistence de l'adaptation des procédures de consultation aux marchés de conception-réalisation (1) et la consécration d'une procédure d'appel d'offres avec concours adaptée à la conception-réalisation (2).

### **1- L'inexistence d'une adaptation des procédures de consultation aux marchés de conception-réalisation**

En droit français, deux procédures habituelles sont adaptées aux marchés de conception-réalisation. Ils s'agit de l'appel d'offres restreint et la procédure infructueuse. Par contre, le droit camerounais ne montre aucune volonté de consacrer ces deux procédures adaptées aux marchés de conception-réalisation en manifestant son silence. Ce silence s'explique par le manque de consécration d'un appel d'offres restreint adapté aux marchés de conception-réalisation. Il s'explique aussi par l'inexistence d'une procédure infructueuse adaptée à ces marchés.

En droit français<sup>251</sup>, les marchés de conception-réalisation peuvent se passer selon la procédure d'appel d'offres restreint sous réserve de certaines dispositions dérogatoires à savoir l'intervention d'un jury et l'audition des candidats<sup>252</sup>. Pour mieux comprendre l'application de la procédure d'appel d'offres restreint dans les marchés de conception-réalisation, 3 éléments fondamentaux

---

249 COSSALTER (P), *L'appel d'offres restreint*, Territorial Editions, 23 mai 2016, 116 p.

250 COSSALTER (P), *Les marchés à procédure adaptée*, Territorial Editions, 1<sup>er</sup> février 2010, 94 p.

251 Voir article 69-I du code français des marchés publics de 2006.

252 EVINA (J, V), *op.cit.*, p.452.

seront étudiés et examinés. Il s'agit de la composition du jury de sélection, de la sélection des candidatures et de l'examen des offres et audition des candidats. Le jury de la procédure de conception-réalisation est composé selon les conditions fixées dans le code français des marchés publics de 2006<sup>253</sup>. Un tiers au moins de ses membres sont des maîtres d'œuvre désignés par le maître d'ouvrage. Ces maîtres d'œuvre doivent remplir deux conditions cumulatives pour être désignés. Ils doivent être indépendants des candidats. Ils doivent être compétents au regard de l'ouvrage à concevoir et de la nature des prestations à fournir pour sa conception. La circulaire N°95-58 du 9 août 1995 relative à la conception-réalisation signale également à ce sujet que « *cette règle conduit à exclure des maîtres d'œuvre qui seraient des préposés du maître d'ouvrage* ». Par décision du 25 janvier 2006<sup>254</sup>, le conseil d'Etat français a considéré qu'en principe, afin notamment d'éviter le risque d'une rupture d'égalité entre les candidats, un jury appelé à donner un avis sur le choix du titulaire d'un marché, tel que le marché de conception-réalisation, ne peut voir sa composition modifiée au cours de la procédure aboutissant à ce choix. La personne publique peut toutefois, dans les cas où cette procédure se décompose en phases différentes, choix de candidatures d'une part et choix des offres d'autre part, ce qui est l'hypothèse en procédure de conception-réalisation, procéder en ces deux phases au remplacement du ou des membres du jury ayant démissionné ou fait savoir qu'ils étaient dans l'impossibilité de siéger.

En ce qui concerne la sélection des candidatures, le jury examine les candidatures et formule un avis motivé sur la liste des candidats à retenir. Au vu de cet avis, le pouvoir adjudicateur dresse la liste des candidats admis à présenter une offre. Les pièces de la consultation doivent être remises gratuitement aux candidats sélectionnés<sup>255</sup>.

---

253 Voir l'article 24 du code français des marchés publics.

254 Voir Communauté urbaine de Nantes, Req N°257978.

255 Ceci par dérogation à l'article 41 du code français des marchés publics de 2006.

Le dossier de consultation comporte en dehors des pièces habituelles, le programme de l'opération qui doit être détaillé et précis.

En ce qui concerne l'examen des offres et l'audition des candidats, les candidats doivent remettre une offre comprenant : un avant-projet sommaire pour un ouvrage de bâtiment ou un avant-projet pour un ouvrage d'infrastructures, la définition des performances techniques de l'ouvrage. Le jury examine les offres remises et doit auditionner les candidats avant de formuler un avis motivé. Il n'y a pas une disposition spécifique qui précise les modalités d'audition des candidats. Celles-ci doivent être indiquées dans le règlement de la consultation et respecter les principes<sup>256</sup> de transparence<sup>257</sup> et d'égalité des candidats<sup>258</sup>. Aucune phase de dialogue n'est prévue entre le jury et les candidats. Seul le pouvoir adjudicateur pourra ensuite éventuellement demander aux candidats de clarifier, préciser ou compléter leur offre sans pouvoir en modifier ses caractéristiques principales. Le marché est ensuite attribué par le maître d'ouvrage pour les marchés de l'Etat, des établissements publics sociaux ou socio-médicaux, des établissements publics de santé ou par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales et les autres établissements publics locaux<sup>259</sup>.

Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans la consécration d'une procédure d'appel d'offres restreint adaptée aux marchés de conception-réalisation. Autrement dit, bien qu'il y ait une consécration de la procédure d'appel d'offres restreint<sup>260</sup> au Cameroun, celle adaptée aux marchés de conception-réalisation n'existe pas. A ce niveau, cette situation d'opacité provoque

---

256 CORNU (G), « Principe » in *Vocabulaire juridique*, 13<sup>e</sup> édition, PUF, 8 janvier 2020, 1136 p. Il définit le mot principe comme « une règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant par une autorité supérieure ».

257 PEYRICAL (J-M), « La transparence dans les marchés publics » in *Constructif*, N°51, 2018, P.16.

258 FRANK (C), « Le principe d'égalité » in *Annuaire internationale de justice constitutionnelle*, 1987, pp. 191-197.

259 Analyse proposée par la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie en France.

260 Voir les articles 76, 77 et 78 du décret N°2018-366 du 20 juin 2018 portant code camerounais des marchés publics.

une violation du principe de la transparence des procédures<sup>261</sup>. Le principe de la liberté de concurrence<sup>262</sup> est également violé puisque l'absence d'un appel d'offres restreint adaptée aux marchés de conception-réalisation crée un flou ou un embarras pour les candidats qui souhaiteraient postuler afin de gagner ces marchés. Le flou continue de persister car l'on peut supposer que c'est l'appel d'offres à deux étapes<sup>263</sup> qui pourrait s'appliquer aux marchés de conception-réalisation au Cameroun en raison des motifs<sup>264</sup> de recours à cette procédure. Cependant, il n'est pas clairement dit que c'est cette procédure qui s'applique aux marchés de conception-réalisation.

En fin de compte, il n'existe pas une procédure d'appel d'offres restreint adaptée aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Tout ceci montre que le pouvoir réglementaire camerounais a choisi le silence pour définir de manière claire une procédure adaptée aux marchés de conception-réalisation. Un silence négatif puisqu'il continue son bout de chemin avec l'inexistence d'une procédure infructueuse adaptée aux marchés de conception-réalisation.

En droit français<sup>265</sup>, la procédure infructueuse peut s'appliquer dans les marchés de conception-réalisation. Techniquement, on l'appelle aussi la procédure concurrentielle avec négociation<sup>266</sup>. Elle est infructueuse parce que lors du lancement de la procédure d'appel d'offres restreint, l'on a constaté qu'il y avait des offres irrégulières ou inacceptables, qu'aucune offre n'avait été remise ou

---

261 NELL (P), « Transparence dans les marchés publics » in *Revue internationale de droit économique*, 2004/3, T. XVIII, Vol 3, pp. 355-379.

262 HUBERT (P), CASTAN (A), « Droit constitutionnel et liberté de concurrence » in *Les nouveaux cahiers du conseil constitutionnel*, 2015, N°49, pp. 15-27. La liberté de concurrence constitue à cet effet un droit constitutionnel.

263 Voir les articles 83 et 84 du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

264 Aux termes de l'article 83 du code camerounais des marchés publics, l'acheteur public fait recours à l'appel d'offres en deux étapes lorsqu'il souhaite baser son choix sur les critères de performance, de contrainte d'exploitation et du coût économique en lieu et place de simples spécifications techniques détaillées et qu'il n'est pas en mesure de définir les moyens permettant de satisfaire ses besoins ou d'évaluer les solutions techniques et financières disponibles.

265 Cette procédure a été prévue à l'article 35-I-10 du code français des marchés publics de 2006.

266 Voir article 64-III du code français des marchés publics de 2006.

lorsqu'il y avait des offres inappropriées. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est obligé de passer un marché négocié avec mise en concurrence pour sauver la procédure d'appel d'offres de départ relatif à la conception-réalisation. C'est donc une exception au principe d'interdiction à la négociation dans les marchés publics surtout pendant le lancement des procédures d'appels d'offres.

Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans la consécration d'une procédure infructueuse adaptée aux marchés de conception-réalisation. Autrement dit, bien qu'il y ait une consécration de la procédure infructueuse<sup>267</sup> au Cameroun, celle adaptée aux marchés de conception-réalisation n'existe pas. A ce niveau, cette situation d'opacité met le pouvoir adjudicateur dans un embarras car en même temps la procédure infructueuse est consacrée, en même temps il n'est mentionné dans aucune disposition que ladite procédure peut s'adapter aux marchés de conception-réalisation.

En fin de compte, il n'existe pas au Cameroun une pluralité des procédures relatives aux marchés de conception-réalisation. Cela s'explique par l'inexistence des procédures habituelles de consultation adaptées à la conception-réalisation que sont : l'appel d'offres restreint et la procédure infructueuse.

Cependant, ce manque de pluralité des procédures ne s'arrête pas. Elle continue jusqu'aux procédures inhabituelles de consultation.

En droit français, deux procédures inhabituelles sont adaptées aux marchés de conception-réalisation. Il s'agit du dialogue compétitif et de la procédure adaptée. Par contre, le droit camerounais ne montre aucune volonté de consacrer ces deux procédures adaptées aux marchés de conception-réalisation en manifestant son silence. Un silence qui s'explique par le manque de consécration d'un dialogue compétitif adapté aux marchés de conception-réalisation.

---

267 Voir article 103 (1) à (10) du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

Il s'explique aussi par l'inexistence la procédure adaptée.

En droit français, le dialogue compétitif<sup>268</sup> peut s'appliquer dans les marchés de conception-réalisation. C'est une procédure<sup>269</sup> qui permet au maître d'ouvrage de dialoguer avec les candidats admis à y participer afin de définir ou de développer plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles les participants au dialogue seront invités à remettre une offre. En réhabilitation, les marchés de conception-réalisation peuvent être passés selon la procédure du dialogue compétitif si les conditions<sup>270</sup> de recours à cette procédure sont remplies. En effet, pour que le dialogue compétitif<sup>271</sup> soit possible dans les marchés de conception-réalisation, il faut que le maître d'ouvrage ne soit pas objectivement en mesure de définir seul et à l'avance les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins. Il faut aussi que l'acheteur public<sup>272</sup> ne soit pas objectivement en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet. La procédure de dialogue compétitif est alors organisée conformément aux dispositions<sup>273</sup> du code français des marchés publics de 2006. En effet, un avis d'appel public à la concurrence est publié dans les conditions prévues à l'article 40 du même code. Dans cet avis, les besoins et les exigences sont définis par le maître d'ouvrage. Les modalités du dialogue sont définies dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de consultation. Le maître d'ouvrage peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à participer au dialogue. Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre maximum peut être fixé à 3.

---

268 AUBIN (L), AMBLARD (E), « Dialogue compétitif », *J.-Cl. CMP*, fasc. 64-10.

269 MENEMENIS (A), RICHER (L), « Dialogue et négociation dans la procédure de dialogue compétitif », *CP-ACCCP*, juin 2005, n°45, p.33.

270 Voir article 36 du code français des marchés publics de 2006.

271 CHARREL (N), « Dialogue compétitif et conception-réalisation », *CP-ACCCP*, mars 2004, n°31, p. 83.

272 LAUZANNE (T), LEROY (C), *Guide pratique de l'achat public*, Edition du Puits Fleuri, novembre 2020, 200 p.

273 Voir article 67 du code français des marchés publics de 2006.

Quand le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le maître d'ouvrage peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés. Au cours du dialogue, chaque candidat sélectionné est entendu dans les conditions d'égalité<sup>274</sup>. Le pouvoir adjudicateur ne peut pas donner à certains candidats des informations susceptibles de les avantager par rapport à d'autres. Il ne peut relever aux autres candidats des solutions proposées ou des informations confidentielles communiquées par un candidat dans le cadre de la discussion, sans l'accord de celui-ci.

Le maître d'ouvrage fixe aussi la date et le lieu du déroulement du dialogue. Il est également important de rappeler qu'avant la sélection des candidats, le délai de réception des candidatures au dialogue compétitif est de 37 jours, l'ouverture des plis n'est pas publique c'est-à-dire n'est pas ouverte aux candidats et les candidats sélectionnés sont invités par écrit à participer au dialogue.

Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans la consécration d'une procédure de dialogue compétitif adaptée aux marchés de conception-réalisation. Autrement dit, cette procédure n'existe pas au Cameroun car elle n'est pas nommément désignée. Elle est plutôt confondue à la procédure d'appel d'offres à 2 étapes surtout au niveau de ses motifs de recours<sup>275</sup> et parfois même au niveau déroulement de la procédure<sup>276</sup>. Comme celle qui a été présentée précédemment par le droit français. En plus de tout ça, aucune disposition ne mentionne clairement que cette procédure d'appel d'offres à deux étapes s'applique aux marchés de conception-réalisation. On peut juste supposer que cette procédure peut s'appliquer aux marchés de conception-réalisation au regard des indices qu'elle présente. Mais la supposition ne veut pas dire que la procédure d'appel

---

274 FRANK (C), « Principe d'égalité », *op.cit.*, pp. 191-197.

275 Voir article 83 (1) du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

276 Voir article 84 (a) à (b) du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

d'offres à deux étapes s'applique automatiquement aux marchés de conception-réalisation. Ce manque de précision pousse les acteurs de la commande publique à fournir plusieurs interprétations par rapport à cette procédure en rapport avec la conception-réalisation. Ce qui n'est pas bon. Plus loin encore, la procédure d'appel d'offres à deux étapes, qui est confondue au dialogue compétitif, ne peut être utilisée qu'après autorisation spéciale du ministre des marchés publics<sup>277</sup>.

Au demeurant, il n'existe pas une procédure du dialogue compétitif adapté aux marchés de conception-réalisation car elle n'est pas nommément désignée par le code camerounais des marchés publics et est même parfois confondue à la procédure d'appel d'offres à deux étapes. Cependant, cette insuffisance ne s'arrête pas là. Elle s'explique aussi par l'inexistence de la procédure adaptée.

En droit français<sup>278</sup>, la procédure adaptée peut également s'appliquer dans les marchés de conception-réalisation. En effet, on utilise la procédure adaptée lorsque les montants sont inférieurs aux montants prévus dans les procédures formalisées. Dans la procédure adaptée<sup>279</sup>, le pouvoir adjudicateur fixe librement les modalités en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, en fonction du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi qu'en fonction des circonstances de l'achat. Le droit camerounais par contre accuse un retard par rapport au droit français dans la consécration de la procédure adaptée applicable aux marchés de conception-réalisation. Autrement dit, la procédure adaptée n'existe pas au Cameroun. A ce niveau, cette situation d'opacité plonge les acteurs de la commande publique dans une ignorance de l'existence de certaines procédures qui pourraient s'appliquer aux marchés de conception-réalisation.

---

277 Voir article 83 (2) du décret précité.

278 Voir article 69-III du code français des marchés publics de 2006.

279 Voir article 146 du code français des marchés publics de 2006.



En fin de compte, il n'existe pas une pluralité des procédures applicables aux marchés de conception-réalisation au Cameroun car il n'y a ni un appel d'offres restreint adapté à ces marchés, ni une procédure infructueuse, ni la procédure adaptée ou encore la précision d'un dialogue compétitif. Il existe plutôt une seule procédure qui s'applique aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Il s'agit de la procédure d'appel d'offres avec concours (2).

## **2- L'existence d'une procédure d'appel d'offres avec concours adaptée aux marchés de conception-réalisation**

Il y a une seule procédure qui existe et qui s'applique automatiquement aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Il s'agit de l'appel d'offres avec concours<sup>280</sup>. En effet, cette procédure porte soit sur la conception d'un projet<sup>281</sup>, soit à la fois sur la conception d'un projet et la réalisation de l'étude y afférente<sup>282</sup>. Elle peut aussi porter à la fois sur la conception et la réalisation de l'étude et le suivi ou le contrôle de sa réalisation<sup>283</sup>. Enfin, cette procédure porte à la fois sur la conception et la réalisation du projet lorsqu'il s'agit d'un marché de conception-réalisation prévu à l'article 64 du code camerounais des marchés publics de 2018<sup>284</sup>. A ce niveau, il est clairement dit que c'est la procédure d'appel d'offres avec concours qui s'appliquent aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Les prestations qui peuvent faire l'objet de concours concernent les projets architecturaux<sup>285</sup>, les œuvres artistiques, les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et des prestations qui font l'objet de marché de conception-réalisation. L'appel d'offres avec concours s'applique selon la procédure

---

280 Voir article 79 du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

281 Voir article 80 (1a) du code camerounais des marchés publics.

282 Voir article 80 (1b) du code précité.

283 Voir article 80 (1c) du même code camerounais des marchés publics.

284 Voir article 80 (1-d) du même code camerounais.

285 TRIC (O), *Conception et projet en architecture*, Editions L'Harmattan, 1<sup>er</sup> avril 1999, 320 p.

d'appel d'offres ouvert<sup>286</sup>. Par déduction, l'appel d'offres ouvert peut aussi s'appliquer aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Les compétences techniques et artistiques sont évaluées par un jury pendant le déroulement de cette procédure<sup>287</sup>

## CONCLUSION

En définitive, il a été question pour nous de savoir si le régime juridique proposé par le droit camerounais est assez suffisant pour encadrer les marchés de conception-réalisation. Autrement dit, notre étude sur les marchés de conception-réalisation en droit des marchés publics au Cameroun nous a poussés à débattre sur la qualité<sup>288</sup> de leur régime juridique. Cette préoccupation est née du fait que le régime juridique proposé par le droit camerounais pour encadrer les marchés de conception-réalisation est assez limitatif, pauvre et très peu fourni. En d'autres termes, ce régime ne se limite qu'à définir les marchés de conception-réalisation et à leur attribuer une seule procédure. Or, encadrer les marchés de conception-réalisation c'est un tout c'est-à-dire procéder à leur définition, leur fixer des conditions de recours et leur appliquer une pluralité de procédures.

Cette remise en cause de la réglementation camerounaise nous a poussés à répondre par la négative à la principale question posée de notre thématique. Car l'on a soutenu l'idée selon laquelle le régime juridique applicable aux marchés de conception-réalisation au Cameroun est insuffisant. Cette insuffisance s'est expliquée sous deux angles : une insuffisance par la délimitation d'encadrement à la seule définition des marchés de conception-réalisation et une insuffisance par l'absence de consécration des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation et d'une pluralité des procédures y relatives.

---

286 COSSALTER (P), *L'appel d'offres ouvert*, Territorial Editions, 1<sup>er</sup> avril 2012, 96 p. Voir aussi l'article 80 (6) du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

287 Voir article 80 (4) du décret de 2018 portant code camerounais des marchés publics.

288 ABANE ENGOLO (P, E), *op.cit.*, pp. 88-110.

L'encadrement des marchés de conception-réalisation au Cameroun est délimité à leur unique définition car le régime juridique camerounais définit ces marchés comme des marchés d'études préalables et des marchés d'exécution des travaux publics. Autrement dit, ce sont des marchés qui dérogent au principe de la séparation entre la phase de conception et la phase de réalisation de l'ouvrage. Ces marchés font intervenir le maître d'œuvre et l'entrepreneur dans une même équipe et forcent leur collaboration. Cette équipe est techniquement appelée un groupement d'opérateurs économiques conjoint<sup>289</sup>.

L'encadrement juridique des marchés de conception-réalisation au Cameroun est limité par l'absence des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation et par l'absence d'une pluralité des procédures y relatives. En effet, au vu du droit français, pour recourir aux marchés de conception-réalisation, il faut respecter les motifs techniques liés à la destination de l'ouvrage et à sa mise en œuvre technique. Ce sont donc des marchés complexes, globaux, des contrats aux dimensions exceptionnelles et aux difficultés techniques particulières. Pour recourir aussi aux marchés de conception-réalisation, il faut un engagement contractuel sur l'amélioration d'un niveau d'efficacité énergétique. Ces marchés sont aussi des contrats de performance énergétique. Par contre, en droit camerounais, ces conditions de recours aux marchés de conception-réalisation n'existent pas et créent une situation embarrassante pour les acteurs de la commande publique.

En ce qui concerne les procédures relatives aux marchés de conception-réalisation, le droit français en a fixé 4 à savoir : l'adaptation d'un appel d'offres restreint, d'une procédure infructueuse, du dialogue compétitif et l'application de la procédure adaptée. Par contre le droit camerounais a consacré une seule procédure adaptée aux marchés de conception-réalisation en excluant

---

289 LATRECHE (A), *op.cit.*, 102 p.

celles proposées par le droit français. Il s'agit de la procédure d'appel d'offres avec concours. Le droit camerounais fait aussi une confusion entre la procédure du dialogue compétitif à celle de l'appel d'offres en deux étapes. On suppose que l'appel d'offres en deux étapes pourrait s'appliquer aux marchés de conception-réalisation au vu des motifs de recours à cette procédure. Mais rien ne précise clairement que cette procédure est automatiquement applicable à la conception-réalisation des travaux publics.

Face à tous ces manquements que pose la réglementation des marchés de conception-réalisation au Cameroun, des solutions doivent être urgemment prises pour une préservation des principes de la commande publique. Il faut élargir la taille du régime juridique applicable aux marchés de conception-réalisation au Cameroun.

Cet agrandissement de la réglementation passe par la consécration des conditions de recours aux marchés de conception-réalisation et la mise en place d'une pluralité des procédures qui pourraient s'adapter à ce type de marché. Pour les conditions de recours aux marchés de conception-réalisation, il faut consacrer au sein du code actuel des marchés publics les motifs techniques liés à la destination et à la mise en œuvre technique de l'ouvrage. Autrement dit, il faut consacrer le caractère complexe, global des marchés de conception-réalisation. Il faut aussi consacrer les dimensions exceptionnelles et les difficultés techniques particulières de l'ouvrage comme motif technique des marchés de conception-réalisation. Il faut aussi consacrer au sein du même code un engagement contractuel sur l'amélioration du niveau d'efficacité énergétique comme autre motif de recours à ces marchés.

Pour les procédures relatives aux marchés de conception-réalisation, en plus de la procédure d'appel d'offres avec concours qui s'applique à ces marchés au Cameroun, il faut consacrer au sein du code actuel des marchés publics 4 procédures qui leur seront adaptées. Il s'agit

de la consécration d'un appel d'offres restreint adapté à ces marchés, d'une procédure infructueuse adaptée, d'un dialogue compétitif adapté et enfin de la procédure adaptée appliquée en France. C'est toutes ces suggestions qui contribueront à l'élargissement de la taille du régime juridique applicable aux marchés de conception-réalisation au Cameroun. Elles contribueront également à créer un cadre suffisant voire idéal pour organiser les marchés de conception-réalisation. Un cadre qui transformera le régime juridique camerounais applicable aux marchés de conception-réalisation en un régime de qualité. Tout ceci passera par la mise en place d'un règlement qui viendra compléter les dispositions du code actuel des marchés publics camerounais.

L'INCURSION DU JUGE CONSTITUTIONNEL DANS  
LE DOMAINE DU JUGE ORDINAIRE

**Simplexe Comlan DATO**

*Avocat au Barreau du Bénin,  
Doctorant.*

«*La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ?*»<sup>1</sup>, se demandait le professeur Dandi GNAMOU-PETAUTON, il y a quelques années. Son interrogation rejoint celle de son collègue français le professeur Philippe Blacher : «*Le Conseil constitutionnel en fait-il de trop ?*»<sup>2</sup>. Ce sujet de préoccupation semble vider la réflexion sur les faiblesses de l'office du juge constitutionnel au Bénin, pourtant, cela reste d'actualité dans un contexte où la Cour constitutionnelle ne cesse de réaliser de nouvelles « conquêtes » juridictionnelles, élargissant manifestement ses compétences, alors que celles-ci semblent bien définies juridiquement.

Le cycle constitutionnel du Bénin, de 1959 à 1989 (soit de la veille de l'Indépendance à celle du Renouveau démocratique), a été caractérisé par de nombreux Constitutions et textes constitutionnels.

---

1 **GNAMOU-PETAUTON (D.)**, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et administratives (RBSJA)*, n° spécial, Année 2013, pp. 5-41.

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

En effet, on peut noter au total cinq Constitutions<sup>3</sup> et quatre textes constitutionnels<sup>4</sup>, au cours de ces trois décennies. Pour la doctrine, cette « *instabilité certaine* »<sup>5</sup> est « *due à la recherche constante d'institutions adaptées aux besoins et au niveau de développement économique, social et culturel des Africains* »<sup>6</sup>. La Constitution du 11 décembre 1990<sup>7</sup> sonnera le glas de cette instabilité en fixant des règles claires de dévolution du pouvoir au sein de l'État, avec des ingrédients propres au contexte politique du Renouveau démocratique.

En 1990, le Haut Conseil de la République, embryon décisif et très puissant de La Cour constitutionnelle actuelle, est l'une des « Institutions » issues de cette réforme constitutionnelle. Elle a été consacrée pour assurer la garantie de la Constitution, en tant que juridiction spécialisée dans le règlement des contentieux liés à la Constitution<sup>8</sup>. De ce fait, ses compétences sont déterminées conformément à la Constitution et aux textes organiques régissant son organisation<sup>9</sup>. Pour ainsi dire, la Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'État en matière constitutionnelle, juge de la constitutionnalité de la loi, garante des droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques, et l'organe

---

3 Il s'agit des Constitutions suivantes : Constitution du 28 février 1959, Constitution du 26 novembre 1960, Constitution du 11 février 1964, Constitution du 28 avril 1968 et la Loi Constitutionnelle n° 84-003 du 06 mars portant amendement de la Loi Fondamentale du 7 septembre 1977.

4 Les textes constitutionnels regroupent : la Charte du 1<sup>er</sup> septembre 1960 organisant le régime militaire du Général SOGLO, l'Ordonnance n° 69-53 du 26 décembre 1969, l'Ordonnance n° 70-34 du 7 mai 1970 portant Charte du Conseil présidentiel et l'Ordonnance n° 74-68 du 18 novembre 1974 portant structure du pouvoir sous le Gouvernement Militaire Révolutionnaire (GMR).

5 **AKEREKORO (H.)**, *Histoire politique et constitutionnelle du Bénin*, Cotonou, ODOPAT Editions, 3<sup>ème</sup> édition mise à jour, 2017, p. 33.

6 **AHANHANZO-GLELE (M.)**, « La Constitution ou la Loi fondamentale », in **GONIDEC (P.-F.)**, **AHANHANZO-GLELE (M.) (dir.)**, *Encyclopédie Juridique de l'Afrique. Tome 1 – L'Etat et le Droit*, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Editions Africaines, 1982, p. 52.

7 Il s'agit de la Loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin modifiée par la Loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

8 **SALAMI (I. D.)**, **GANDONOU (D. O. M.)**, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, Cotonou, Edition CeDAT, 2014, p. 344.

9 Il s'agit notamment de la Loi n° 91-009 portant Loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 et du Règlement Intérieur de la Cour constitutionnelle tel que modifié par l'Assemblée Générale des conseillers en date du 11 juin 2018.

régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics<sup>10</sup>. À cet effet, elle statue obligatoirement sur la constitutionnalité des textes à divers échelons : les lois organiques avant leur promulgation, les règlements intérieurs de l'Assemblée Nationale, de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication et du Conseil Economique et Social avant leur mise en application, les lois et actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général. Elle statue également sur la violation des droits de la personne humaine, les conflits d'attributions entre les institutions de l'État<sup>11</sup>. Elle veille à la régularité de l'élection du duo Président de la République et Vice-Président de la République, se prononce aussi sur les contentieux éventuels de l'élection de ces derniers et sur ceux des élections législatives<sup>12</sup>. On peut donc dégager limitativement comme grands domaines de compétences du juge constitutionnel béninois, la constitutionnalité des lois et des actes, la régulation du fonctionnement des institutions et les compétences électorales visant l'élection présidentielle et les élections législatives. En ce qui concerne le premier domaine indiqué, le Constituant béninois a disposé clairement : « *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont nuls et non avenue. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* »<sup>13</sup>.

À l'analyse donc, on peut constater que le domaine de compétence du juge constitutionnel béninois est nettement différent des compétences attribuées aux autres ordres juridictionnels. La Constitution fait de

---

10 Article 114 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

11 Article 117-nouveau de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

12 *Ibidem*.

13 Article 3-nouveau de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.



lui le « Maître » du contentieux constitutionnel, ce qui le soustrait du pouvoir judiciaire ordinaire. D'ailleurs, le statut même de la Cour constitutionnelle témoigne de cette soustraction. D'abord, le Bénin a fait l'option du modèle kelsénien de justice constitutionnelle à l'opposé du modèle américain<sup>14</sup>. Ce qui met la Cour constitutionnelle dans une spécialisation matérielle et organique. Ensuite, tirant conséquence de cette option, la Constitution béninoise a logé formellement la Cour constitutionnelle en dehors de l'appareil judiciaire ordinaire. Ainsi, constate-t-on dans la Constitution que le statut de la Cour constitutionnelle est prévu au titre V pendant que le pouvoir judiciaire a été traité dans le titre VI. Ce qui n'est pas le cas dans tous les États d'Afrique francophone<sup>15</sup>. Enfin, la Constitution délimite très clairement la compétence du pouvoir judiciaire ordinaire en lui confiant les matières administrative et judiciaire<sup>16</sup>. Le pouvoir judiciaire est sous le contrôle de la Cour suprême qui est la plus haute juridiction en matière administrative et judiciaire et dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours<sup>17</sup>. On peut donc retenir de ces différents textes que le juge constitutionnel est bien circonscrit dans ses compétences et n'est pas censé interférer dans le domaine du juge ordinaire.

Jusqu'alors, le juge constitutionnel s'est illustré comme un véritable instrument de sauvegarde de la démocratie et un réel protecteur de l'Etat de droit au Bénin. Ce qui lui a valu des mérites par la doctrine.

---

14 Lire à ce propos, GNAMOU-PETAUTON (D.), *loc. cit.*, pp. 9-10.

15 Au Sénégal, par exemple, le Conseil constitutionnel est considéré comme faisant partie du pouvoir judiciaire. L'article 88 de la Constitution de la République du Sénégal du 22 janvier 2001 révisée par la loi n° 2021-41 du 20 décembre 2021 dispose : « *Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Il est exercé par le Conseil constitutionnel, la Cour suprême, la Cour des comptes et les cours et tribunaux* ». Cela ne signifie pas pour autant que le juge constitutionnel se confond au juge ordinaire.

16 Article 131-nouveau de de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.

17 *Ibidem*.

On a pu dire du juge constitutionnel béninois qu'il « *a assuré l'oxygénation de tout le système politique* »<sup>18</sup> ou encore que sa pratique est généreuse en ce sens « *qu'en vingt ans de pratique des droits fondamentaux, ... sa jurisprudence a, de façon remarquable, étendu et enrichi le bassin des libertés* »<sup>19</sup>. Il est aussi démontré que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est dynamique<sup>20</sup> et que « *les décisions du juge constitutionnel béninois révèlent une certaine prise en main de sa mission dans le processus de démocratisation* »<sup>21</sup>. Mieux, il est admis que les décisions de ce juge ont contribué, dans une large mesure, à renforcer l'État de droit et surtout à assagir un personnel politique frondeur<sup>22</sup>. Toutes choses qui conduisent à affirmer que le juge constitutionnel béninois constitue « *un contrepois légitime indispensable à l'équilibre et à la modération des pouvoirs* »<sup>23</sup>.

Mais, avec le temps, cette effervescence fonctionnelle du juge constitutionnel béninois, bien que fortement saluée, semble avoir propulsé celui-ci dans des sentiers hors de sa compétence. Il est de notoriété publique que les institutions, quoique démocratiques, ne sont pas toujours appréciées à la même jauge que ce soit par la doctrine ou par la société. Cependant, l'office du juge constitutionnel béninois appelle particulièrement une attention critique. Certaines décisions de la Cour constitutionnelle peuvent être perçues comme un excès

---

18 **AÏVO (F. J.)**, « Le juge et les droits fondamentaux : Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Démocratie en questions - Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2017, p. 453.

19 *Idem*, p. 461.

20 **CONAC (G.)**, « Succès et crises du constitutionnalisme africain », in *Les constitutions africaines publiées en langue française*, Tome 2, Paris, Bruylant, 1998, pp. 15-17, cité par **AÏVO (F. J.)**, « Le juge et les droits fondamentaux : Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin », *loc. cit.*, p. 461.

21 **SOGLOHOUN (P.)**, « Le juge constitutionnel béninois et la régulation du processus électoral », in *Démocratie en questions - Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2017, p. 384.

22 **AÏVO (F. J.)**, « La Cour constitutionnelle du Bénin », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 99, 2014, p. 716.

23 **HOLO (Th.)**, « Emergence de la justice constitutionnelle », in *Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 113 cité par **SOGLOHOUN (P.)**, *loc. cit.*, p. 384.

de pouvoir juridictionnel tant en matière de constitutionnalité des lois<sup>24</sup> que face à la classe politique<sup>25</sup>. Si, néanmoins, cet excès peut se comprendre en ce qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois ou des actes et la régulation du fonctionnement des institutions, il est surprenant de constater l'interférence du juge constitutionnel dans les fonctions du juge ordinaire, étant donné que les deux juridictions ont des attributs différents et que chacune d'elles jouit d'une indépendance constitutionnellement garantie. En effet, après s'être longuement abstenu du contrôle des décisions du juge ordinaire, le juge constitutionnel a fini progressivement par s'y reconnaître une compétence qui surprend tout bon observateur. Ainsi, la Cour constitutionnelle a pu opérer, sans coup férir, le contrôle de constitutionnalité des décisions du juge ordinaire, débouchant, dans nombre de cas, à la constatation de la violation de la Constitution par celles-ci<sup>26</sup>.

L'une des plus importantes des décisions ayant attiré la verve acerbe des doctrinaires fut la décision de la Cour constitutionnelle DCC 09-087 du 13 août 2009, par laquelle la Haute juridiction a proclamé que l'arrêt n°13/CT-CJ-CT du 24 novembre 2006 de la chambre judiciaire de la Cour suprême est contraire à la Constitution<sup>27</sup>.

---

24 Pour Abdoulaye Gounou, « *la participation de la Cour constitutionnelle à la rédaction de la loi constitue, ..., une intrusion de la haute juridiction dans l'exercice même de l'attribut fondamental de l'Assemblée nationale qu'est la loi* ». GOUNOU (A.), « L'intelligibilité de la loi devant le juge constitutionnel béninois », in *Démocratie en questions - Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2017, p. 345.

25 « *Tantôt adulée, tantôt clouée au pilori, la Cour constitutionnelle du Bénin dérange la classe politique dont les décisions sont déclarées contraires à la Constitution. La forme la plus violente d'expression de l'exaspération a été celle de Mme Rosine SOGLO, épouse de l'ancien président de la République et député à l'Assemblée nationale, le lundi 13 septembre 2010 à l'occasion des déclarations d'inconstitutionnalité prononcées par la Haute juridiction contre l'essentiel des innovations prévues par les lois électorales adoptées en août 2010 : Cette Cour constitutionnelle, nous allons la balayer* ». SALAMI (I. D.), GANDONOU (D. O. M.), *op. cit.*, p. 345.

26 Cf. par exemple, **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 04-051 du 18 mai 2004, *Recueil des décisions et avis*, 2004, pp. 221-223 ; **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006, *Recueil des décisions et avis*, 2006, pp. 221-223 ; **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 13-082 du 09 août 2013, *Recueil des décisions et avis*, 2013, volume 1, pp. 571-576 ; **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 16-022 du 28 janvier 2016, *Recueil des décisions et avis*, 2016, volume 1, pp.185-194.

27 Décision DCC 09-087 du 13 août 2009, *Recueil des décisions et avis*, 2009, pp. 432-446.

Critiquant cette décision, qui casse avec la jurisprudence constante de la Cour, le professeur Joseph DJOGBENOU fait remarquer qu'à partir de cette audace, il y a l'avènement d'une juridiction des juridictions<sup>28</sup>. À contrario, le professeur Hilaire AKEREKORO souligne qu'il ne faut pas poser un antagonisme entre la Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire, car les deux « Institutions », contribuent à la protection de la démocratie et de l'Etat de droit. Cette observation s'appuie sur la primauté de la jurisprudence constitutionnelle dans le domaine de la protection des droits humains fondamentaux ; en effet, lorsque la matière fait référence aux droits de l'Homme, il y a soumission du pouvoir judiciaire à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>29</sup>. Cette analyse peut convaincre jusqu'au moment où l'on considère que les décisions de la Cour suprême sont insusceptibles de recours<sup>30</sup>, tout comme celles de la Cour constitutionnelle<sup>31</sup>. Et que par conséquent, faire primer l'une de ces deux juridictions sur l'autre reviendrait à remettre en cause le caractère « insusceptible de recours » de la juridiction ainsi mise en subordination.

En confrontant les différentes positions et les jurisprudences constantes, il est à soulever le problème de l'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire. Incursion, qui s'entend comme une invasion, une irruption, une occupation dans le domaine du juge ordinaire, voire comme une agression de celui-ci par le juge constitutionnel. On pourrait même parler de violation des compétences du premier par le second.

---

28 **DJOGBOU (J.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », in *Revue Afrilex.u-bordeaux*, 2014, 27 p.

29 **AKEREKORO (H.)**, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », in *Revue Afrilex.u-bordeaux*, 22 p.

30 Article 131-nouveau de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

31 Article 124 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

On en vient donc à se demander si le juge constitutionnel ne se dédie pas, étant donné que lui-même défend, dans sa jurisprudence, l'immixtion d'un organe institué par la Constitution dans les prérogatives d'un autre organe, ou s'il n'y a pas un risque élevé de dérive<sup>32</sup>, ou encore s'il n'y a pas un élargissement incontrôlé de la compétence du juge constitutionnel au détriment du juge ordinaire, voire un gouvernement du juge constitutionnel où ce dernier est érigé en « *cour suprême du système juridictionnel* »<sup>33</sup>. Les préoccupations peuvent se multiplier au fur et à mesure qu'on appréhende les conséquences d'une telle incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire. Elles peuvent s'étendre même à l'appréciation de l'autorité de la chose jugée du juge ordinaire et la détermination de la relation juridictionnelle entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire. La question principale qui va guider la présente réflexion est donc de savoir ***quels sont les fondements et les effets de l'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire ?***

Le juge constitutionnel étant bien identifié et ses compétences précisées *supra*, il conviendra, dans les lignes qui suivent, de situer le juge ordinaire et son environnement institutionnel.

Selon la théorie bien connue et attribuée à Montesquieu, l'Etat de droit doit opérer une séparation entre le Pouvoir Exécutif, le Pouvoir Législatif et le Pouvoir judiciaire. Si le premier s'entend du gouvernement et le second du parlement, le troisième,

---

32 TONI (E.), « Les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », in *Revue Afrilex.u-bordeaux*, pp. 22-24.

33 Évoquant le cas du Conseil constitutionnel français, Dominique ROUSSEAU, Pierre-Yves GAHDOUN et Julien BONNET pensent que « *le point d'interrogation s'impose ... le Conseil a accompli une mutation « génétique » qui lui ouvre la possibilité de devenir la Cour suprême d'un paysage juridictionnel profondément modifié par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité* ». Ils estiment également que « *le Conseil constitutionnel va devenir, est devenu « plus important que le Conseil d'État et la Cour de cassation* » ». ROUSSEAU (D.), GAHDOUN (P.-Y.), BONNET (J.), *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, 11<sup>ème</sup> édition, 2016, pp. 89, 95.

quant à lui, fait référence aux institutions et/ou organes dont la fonction est d'appliquer la règle de droit, ou plus exactement de « juger »<sup>34</sup>. Le pouvoir judiciaire peut donc se comprendre comme l'ensemble des organes qui exercent la fonction judiciaire<sup>35</sup>. Dans un sens large donc, le juge constitutionnel peut être classé au sein du pouvoir judiciaire<sup>36</sup>. Mais, le modèle de justice constitutionnelle au Bénin étant un modèle concentré et non un modèle diffus<sup>37</sup>, la juridiction constitutionnelle est rendue spécifique et donc mise hors de l'appareil judiciaire classique. À partir de là, on distingue le juge constitutionnel, qui « désigne la juridiction indépendante du pouvoir judiciaire ordinaire et constitutionnellement investie pour connaître des affaires relevant de la matière constitutionnelle »<sup>38</sup>, du juge ordinaire qui officie dans l'appareil judiciaire classique<sup>39</sup>. Pour ainsi dire, le « juge ordinaire » désigne l'ensemble des organes chargés de dire le droit dans les matières autres que constitutionnelles, à savoir, les matières administrative, civile, commerciale, ... Au Bénin, les juridictions ordinaires sont placées sous l'autorité

---

34 Aux termes de l'article 125 alinéa 1<sup>er</sup> la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019, « le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ».

35 **GUINCHARD (S.) et alii.**, Lexique des termes juridiques, Paris, Dalloz, 2009, p. 410.

36 Il faut néanmoins souligner que cette position est discutée. Pour certains, en effet, la nature même du contentieux constitutionnel ne répond pas au classicisme des contentieux au judiciaire. D'autres soulignent que les méthodes, les techniques et les normes de référence usitées par le juge constitutionnel se distinguent de celles appliquées par le juge judiciaire. Enfin, il faut évoquer que l'orientation organique de certains juges constitutionnels sont antinomiques avec la fonction de juger stricto sensu ; c'est le cas des Conseils constitutionnels qui ont un pouvoir juridictionnel réduit.

37 Lire à propos des modèles de justice constitutionnelle : **FAVOREU (L.) et alii.**, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2019, pp. 253-272.

38 **AKEREKORO (H.)**, *loc. cit.*, p. 3.

39 Il convient de préciser qu'à l'aune de la révision constitutionnelle de 2019, il a été créé une Cour des comptes, qui est également une Cour spécialisée. La Cour des comptes est la plus haute juridiction en matière de contrôle des comptes publics et l'institution supérieure de contrôle des finances publiques. Cf. article 134-4 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

de la Cour suprême<sup>40</sup> et regroupent les Cours et tribunaux créés conformément à la Constitution<sup>41</sup>.

Dans un contexte où la jurisprudence constitutionnelle béninoise connaît beaucoup de mutations et est sujette à beaucoup de commentaires<sup>42</sup>, la présente étude vient relancer le débat sur la compétence du juge constitutionnel. Si des réflexions ont été constamment menées sur les rapports entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire<sup>43</sup>, la question n'est toutefois pas vidée. En effet, la plupart des études relèvent des insuffisances et des critiques face à l'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire.

La présente réflexion veut d'abord faire ressortir les fondements de cette incursion avant d'en étudier les effets. Il ne s'agira pas d'un historique, mais le sujet conduira à faire l'état des lieux et à apprécier l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle sur le contrôle des décisions de justice. Ce cheminement permettra de relever la politique jurisprudentielle ainsi que la dynamique de l'analyse du juge constitutionnel afin de faire un examen sur l'avenir de cette compétence improvisée.

Il en découle qu'au plan théorique, il s'agit de mettre en lumière les différents mouvements jurisprudentiels qui peuvent expliquer

---

40 Article 131-nouveau de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

41 Article 125 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

42 Lire par exemple : **KPODAR (A.)**, « L'Évangile de la Cour constitutionnelle selon St. Joseph : les premières décisions », Bénin médias, 2018.

43 Entre autres : **DJOGBENOU (J.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », in *Revue Afrilex.u-bordeaux*, 2014, 27 p. ; **AKEREKORO (H.)**, « La Cour constitutionnelle et le pouvoir judiciaire au Bénin : une approche fonctionnelle », in *Revue Afrilex.u-bordeaux*, 22 p. ; **SALAMI (I. D.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des actes administratifs au Bénin », in *Démocratie en questions - Mélanges en l'honneur du Professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2017, pp. 429-444. ; **TCHAPNGA (C. K.)**, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », in *Revue française de droit constitutionnel*, n° 75, 2008/3, pp. 551-583. ; **AVLESSI (J. D.)**, *La protection juridictionnelle du citoyen à l'égard de l'administration au Bénin*, Thèse de droit public, Orléans, 1987.

l'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire. Au plan pratique, le dialogue entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire peut connaître une amélioration ; toutes choses qui serviront au renforcement de la garantie juridictionnelle de l'Etat de droit et de la démocratie. Au plan social, les droits des justiciables peuvent être mieux protégés par un dialogue intelligible et opportun entre les juges.

Le domaine du juge ordinaire comprend beaucoup de matières. Si pour l'ensemble des décisions du juge ordinaire, le juge constitutionnel a fini par consacrer un contrôle constitutionnel, le cas des actes administratifs, relevant en principe du juge administratif, présente une particularité saisissante. Pour répondre donc à la problématique posée, il conviendra d'étudier d'un côté, le contrôle constitutionnel des décisions du juge ordinaire (I), et d'un autre côté, le contrôle de légalité des actes administratifs (II).

### **I. Le contrôle constitutionnel des décisions du juge ordinaire**

La Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019 dispose que le pouvoir judiciaire « *est exercé par la Cour suprême, les cours et tribunaux créés conformément à la présente Constitution* »<sup>44</sup>. L'exercice du pouvoir judiciaire consiste, pour les juridictions régulières que sont la Cour suprême, les cours et les tribunaux, à juger, c'est-à-dire à dire le droit ou à concilier, dans les différentes matières qui relèvent de leurs compétences respectives. L'alinéa 2 de l'article 125 indique la structure pyramidale des juridictions. Au sommet se trouve la Cour suprême, ensuite viennent les cours et à la base il y a les tribunaux.

La lecture combinée et croisée des dispositions de l'alinéa 2 de l'article 125 avec celles de l'article 131 nouveau de la Constitution évoquées ci-dessus implique que les décisions des juridictions ordinaires ne sont soumises qu'à la Cour suprême. Ainsi, la Cour

---

44 Article 125 alinéa 2 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019.



constitutionnelle, juge de la constitutionnalité et non de la légalité, s'est déclarée incompétente par principe pour connaître des décisions rendues par les juridictions ordinaires (A). Toutefois, par revirement de jurisprudence, elle s'est autoproclamée compétente et a contrôlé les arrêts et jugements censés porter atteinte aux droits de l'homme (B).

### **A- Une incompétence de principe**

Depuis l'introduction du concept des droits de l'Homme dans la plupart des Constitutions, il semble difficile désormais de rendre une décision de justice qui ne froisse pas un tant soit peu les droits et libertés fondamentaux. La Cour constitutionnelle, gardienne de la Constitution et chargée de la protection des droits fondamentaux ne sera compétente pour contrôler la conformité à la Constitution des décisions de justice que si elle est habilitée à le faire. *A priori*, au regard de la Loi fondamentale, la Cour est incompétente (1) pour effectuer un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice. Par ailleurs, cette incompétence de la Cour constitutionnelle a été temporairement attestée dans sa jurisprudence (2).

#### **1- Une incompétence affirmée dans la Loi fondamentale**

Contrairement aux Cours suprêmes, les juridictions constitutionnelles sont généralement saisies du contrôle spécifique de la constitutionnalité des décisions de justice par une attribution de compétence expresse de la Constitution<sup>45</sup>. Conformément à l'article 3 al. 3 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 qui énonce que « *toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont non avenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* », la Cour constitutionnelle dispose du pouvoir de contrôler la constitutionnalité

---

45 STEFANINI (M. F.-R.) et SEVERINO (C.), *Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une nouvelle étape après la QPC?*, Confluence des droits [en ligne]. Aix-en-Provence : Droits International, Comparé et européen, 2017, p. 135.

des normes et dans des cas réguliers, la constitutionnalité des actes portant atteinte aux droits fondamentaux. Dans la même veine, l'article 117 al. 1er tiret 1. 3 de ladite Constitution dispose que la Cour « statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et, en général, sur la violation des droits de la personne humaine ».

Formellement, le regard de la Cour constitutionnelle sur les cas de violation des droits de l'Homme n'est possible que lorsqu'il est transporté devant la juridiction, les lois et les actes réglementaires. Dans l'une de ses décisions, la juridiction constitutionnelle a rappelé elle-même que les décisions de justice sont exclues des actes sous contrôle de constitutionnalité<sup>46</sup>. Déjà, aux débuts de ses fonctions et conformément à l'article 131 de la Constitution, la Cour constitutionnelle, a reconnu n'être pas compétente pour connaître du contrôle de constitutionnalité des décisions rendues par les juridictions de droit commun (de l'ordre judiciaire ou administratif) y compris la Cour suprême<sup>47</sup>.

L'incompétence constitutionnelle de la Cour d'opérer un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice n'empêche pas celles-ci d'être soumises aux voies de recours appropriées. En tout cas, pour ce qui concerne les juridictions judiciaires, tout contrôle s'exerce dans le cadre des voies de recours, ordinaires et extraordinaires (cassation par exemple)<sup>48</sup>. A travers ces recours, les Cours d'appel de l'ordre judiciaire sont les juges compétents et, en dernière instance, il revient à la Cour

---

46 « Il résulte de cette disposition que la Cour constitutionnelle est juge de la constitutionnalité des lois, textes réglementaires et actes administratifs ; que les décisions de justice ne figurent pas dans cette énumération ; [...] en conséquence, la Cour est incompétente », Décision DCC 00-031 du 05 avril 2000

47 **KADJO (D.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice par les juridictions constitutionnelles africaines », Rapport du Colloque international sur thème central : *La problématique du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice*, décembre 2014, p. 7

48 **VERDUSSEN (M.)**, « Le contrôle des décisions de justice par la Cour constitutionnelle belge », p. 206

Suprême et/ou la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) de trancher les éventuelles divergences d'interprétation et d'assurer la bonne application de la loi et de la règle de droit.

## 2- Une reconnaissance jurisprudentielle de l'incompétence

La Cour constitutionnelle a, au départ, rejeté sa propre compétence pour effectuer le contrôle de constitutionnalité des décisions du juge ordinaire.

En effet, le Haut Conseil de la République, siégeant en qualité de Cour constitutionnelle<sup>49</sup>, a été saisi d'une requête d'un ancien ministre, jugé et condamné en Cour d'assises. Ce dernier demandait au Haut Conseil de la République qu'il lui soit appliqué l'article 136 de la Constitution qui dispose que « *La Haute Cour de Justice est compétente pour juger le président de la République et les membres du Gouvernement à raison de faits qualifiés de haute trahison, d'infractions commises dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions, ainsi que pour juger leurs complices en cas de complot contre la sûreté de l'État.*

*Les juridictions de droit commun restent compétentes pour les infractions perpétrées en dehors de l'exercice de leurs fonctions et dont ils sont pénalement responsables.* ». Le requérant estimait qu'en sa qualité d'ancien ministre, il ne pouvait pas être jugé par une Cour d'assises, mais plutôt par la Haute Cour de Justice prévue par l'article 136 susvisé de la Constitution. Le Haut Conseil de la République, juge constitutionnel provisoire a constaté d'abord que la Cour d'assises de Cotonou a déjà rendu un arrêt condamnant le requérant à huit années de travaux forcés ; que cet arrêt est susceptible d'autres voies de recours judiciaires et « *ne constitue pas un acte réglementaire au sens de l'article 117 de la Constitution, permettant la saisine au fond de la Cour constitutionnelle* ».

---

49 Article 159, alinéa 3, de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

Ensuite, le Haut Conseil de la République, juge constitutionnel provisoire, a dit et jugé qu'elle « *n'est pas compétente pour réformer les décisions de justice* »<sup>50</sup>.

Le juge constitutionnel provisoire a ainsi implicitement indiqué au requérant que la contestation de cet arrêt rendu par la Cour d'assises doit se faire à la Cour suprême, et non à la Cour constitutionnelle.

Par ailleurs, le Haut Conseil de la République, juge constitutionnel provisoire, a été saisi par Maître Agnès CAMPBELL, membre de la Commission Béninoise des droits de l'Homme pour contrôle de constitutionnalité de l'arrêt n° 93-06/CJ-P rendu le 22 avril 1993 par la Cour suprême relatif à la levée de son immunité. L'assemblée plénière de la Cour suprême, en application de l'article 14 de la loi n° 89-004 du 12 mai 1989 portant création de la Commission Béninoise des droits de l'Homme a décidé, par l'arrêt querellé, de lever l'immunité dont bénéficie la requérante. Il convient de rappeler que cet article dispose qu'« *aucun membre de la commission ne peut être arrêté, interné, ni poursuivi pour crime ou délit pendant qu'il la qualité de membre de la commission et douze mois après la perte de celle-ci qu'avec l'autorisation préalable de la Cour suprême siégeant en assemblée plénière* ».

Le juge constitutionnel provisoire a constaté que la requête de Maître Agnès CAMPBELL est dirigée contre l'arrêt de la Cour suprême pour violation de la Constitution qui garantit les droits de la personne humaine et la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples en son article 7. Il a en outre constaté que la violation des droits de l'Homme dont se plaint la requérante aurait été réalisée par l'arrêt querellé. Après avoir constaté sa compétence exclusive pour statuer sur les violations des droits de la personne humaine que lui confère les articles 117 alinéa 4, 120 et 121 alinéa 2, de la Constitution

---

50 **Cour constitutionnelle**, Décision n° 13 DC du 28 octobre 1992, *Recueil des décisions et avis 1991, 1992 et 1993*, pp. 65-67.

et évoqué l'article 131 alinéas 3 et 4 de la même Constitution<sup>51</sup>, le juge constitutionnel provisoire s'est déclaré incompétent<sup>52</sup> pour connaître de ce cas concret.

La Cour constitutionnelle a été, à nouveau, saisie par la Commission Béninoise des droits de l'Homme contre l'arrêt n° 93-06/CJ-P du 22 avril 1993 de la Cour suprême. La requérante expose que leur plainte n'est pas dirigée contre l'arrêt de la Cour suprême, mais que l'arrêt querellé a été rendu sans que Maître Agnès CAMPBELL n'ait été informée ni entendue ; que la procédure de levée d'immunité est une procédure judiciaire et comme telle, obéit au principe de la règle du contradictoire et du respect des droits de la défense qui n'est rien d'autre que le respect des droits de la personne humaine ; qu'ainsi, le droit à la défense de Maître Agnès CAMPBELL a été violé.

La haute juridiction constitutionnelle a d'abord rappelé que la requête de la Commission Béninoise des droits de l'Homme est dirigée aussi bien contre la procédure que contre l'arrêt lui-même qui ne peut être détaché de la procédure. La Cour constitutionnelle a considéré que la question de levée de l'immunité de Maître Agnès CAMPBELL relève du domaine de compétence du pouvoir judiciaire de la Cour suprême ; que la haute juridiction constitutionnelle ne saurait sans violer l'article 131 de la Constitution, statuer sur la conformité à la Constitution dudit arrêt. Ainsi, elle a confirmé son incompétence.

---

51 Article 117 alinéa 4 de la Constitution dispose : « La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur (...) \*la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation des droits de la personne humaine ». Article 120 dispose : « La Cour constitutionnelle doit statuer dans le délai de quinze jours après qu'elle a été saisie d'un texte de loi ou d'une plainte en violation des droits de la personne humaine et des libertés publiques. Toutefois, à la demande du Gouvernement, s'il y a urgence, ce délai est ramené à huit jours. Dans ce cas, la saisine de la Cour Constitutionnelle suspend le délai de promulgation de la loi ». Article 121 al. 2 dispose : « Elle se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques. Elle statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours ». Article 131 al. 3 et 4 disposent : « Les décisions de la Cour Suprême ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent au Pouvoir Exécutif, au Pouvoir Législatif, ainsi qu'à toutes les juridictions ».

52 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 11-94 du 11 mai 1994, *Recueil des décisions et avis*, 1994, pp. 37-39.

Cependant, la Cour constitutionnelle a ajouté que si elle était compétente, elle aurait jugé que les droits de la défense sont affirmés et protégés par la Constitution, ces droits impliquant, entre autres, que toute personne fasse entendre sa cause ; que le respect de cette obligation par toute autorité administrative et juridictionnelle s'impose pour toute mesure qui, même si elle ne constitue pas une sanction, est prise en considération de la personne qui en fait l'objet ; qu'en l'espèce, Maître Agnès CAMPBELL n'a été entendue à aucun moment de la procédure de levée de son immunité, qu'ainsi, ses droits de la défense ont été violés<sup>53</sup>. Seuls les articles 3 alinéa 3 et 131 alinéa 3 et 4 expliquent ce comportement de la haute juridiction constitutionnelle.

En 1997, le raisonnement de la Haute juridiction constitutionnelle n'a pas changé puisqu'elle se déclare toujours incompétente à contrôler les décisions de justice au motif que « *le contrôle de la régularité des décisions de justice relève de la compétence en dernier ressort de la Cour suprême ; que l'arrêt déféré est une décision juridictionnelle de la Cour d'Appel ; que dans le cas d'espèce, la Cour constitutionnelle ne saurait en connaître* »<sup>54</sup>. En 1998, la Cour constitutionnelle a encore réaffirmé son incompétence à connaître d'un arrêt rendu par la Cour suprême<sup>55</sup>. Le 27 février 2003, la Cour a, cette fois-ci, rappelé les normes susceptibles de recours individuels devant elle telles qu'elles apparaissent à l'article 3, alinéa 3, de la Constitution du 11 décembre 1990, à savoir, « *les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* ». Pour justifier son incompétence dans l'affaire en cause, elle précise que « *le jugement incriminé* »<sup>56</sup> en particulier et « *les décisions de justice [en général] ne figurent pas dans cette*

---

53 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 95-001 du 6 janvier 1995, *Recueil des décisions et avis*, 1995, pp. 7-10.

54 **Cour Constitutionnelle**, Décision DCC 97-025 du 14 mai 1997, *Recueil des décisions et avis*, 1997, pp. 107-109

55 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 98-021 du 11 mars 1998, *Recueil des décisions et avis*, 1995, pp. 101-104.

56 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 03-023 du 27 février 2003, pp. 105-107.

*énumération* »<sup>57</sup>. Stéphane BOLLE affirme que « *commandée par une interprétation littérale de la loi fondamentale, la solution de principe de la Cour constitutionnelle nuisait au justiciable et à l'autorité de la justice constitutionnelle* »<sup>58</sup>.

Un petit espoir apparaît toutefois dans la décision DCC 03-166 du 11 novembre 2003. Donnant l'impression de confirmer sa position sur la question, la Cour constitutionnelle ouvre en réalité une brèche dans sa propre jurisprudence. Elle affirme que « *la Cour a fixé sa jurisprudence en ce qui concerne les décisions de justice. (...) à travers plusieurs de ses décisions, elle a jugé que les décisions de justice n'étaient pas des actes au sens de l'article 3, alinéa 3, de la Constitution, pour autant qu'elles ne violent pas les droits de l'homme* »<sup>59</sup>. Autrement dit, le caractère non justiciable des décisions de justice devant le juge constitutionnel ne tient plus lorsque ces décisions sont censées violer les droits de l'Homme. Ainsi, les arrêts et jugements ont été contrôlés et sanctionnés par la Cour constitutionnelle du fait de sa compétence autoproclamée.

## **B -Une compétence autoproclamée**

Si préalablement, le juge constitutionnel considérait que l'exception d'inconstitutionnalité doit porter sur une loi et non sur une décision de justice<sup>60</sup>, son avis sur le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice va connaître une révolution à travers sa jurisprudence évolutive où il se ravise sur la question en déclarant sa compétence en la matière. Bien que la Constitution installe et rende souveraine chacune des juridictions suprêmes dans son domaine de compétence<sup>61</sup>,

---

57 Cf. **Cour constitutionnelle**, entre autres Décisions DCC 03-055 du 18 mars 2003, DCC 03-79 du 14 mai 2003, DCC 03-089 du 28 mai 2003, DCC 03-123 du 20 août 2003.

58 **BOLLE (S.)**, « Constitution, dis-moi qui est la plus suprême des cours suprêmes », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/6-categorie-10195442.html>, consulté le 22 mai 2020.

59 **Cour constitutionnelle**, DCC 03-166 du 11 novembre 2003, *Recueil des décisions et avis*, 2003, pp. 673-676.

60 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 04-091 du 08 octobre 2004, *Recueil* 2004, p. 415

61 Alinéa 1 de l'article 131 de la constitution béninoise du 11 décembre 1990 : « La Cour suprême est la plus haute juridiction de l'État en matière administrative, judiciaire et des comptes de l'État. »

la juridiction constitutionnelle est de plus en plus sollicitée en matière de contrôle de constitutionnalité des décisions rendues par les juridictions de droit commun qui ont pour instance supérieure la Cour suprême. Les décisions de la Cour suprême étant insusceptibles de recours, on en déduit que la Cour constitutionnelle n'est pas habilitée à connaître des décisions juridictionnelles, encore moins des arrêts rendus par la haute juridiction judiciaire<sup>62</sup>. Finalement, ce n'est qu'en 2006 que l'audacieuse<sup>63</sup> Cour constitutionnelle va, comme le dit le Professeur DJOGBENOU, s'offrir le trophée du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice (1)<sup>64</sup>. Cette irruption forcée du juge constitutionnel dans le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice n'est pas sans conséquences (2).

### 1- La proclamation progressive de la compétence

En 2004, la Cour constitutionnelle a eu l'occasion de mettre en œuvre sa suprématie de « *la plus Suprême des Cours Suprêmes en matière de droits de l'Homme* ». En effet, la haute juridiction a été saisie pour violation de la loi et des règles de procédure dans l'affaire RG 66/97 objet de l'arrêt n° 167/98 de la Cour d'appel de Cotonou. Il s'agissait de la prorogation au 8 janvier 1999 de tous les délibérés qui devraient être vidés le 04 décembre 1998. Le 8 janvier 1999, le requérant s'est rendu à l'audience, mais son affaire n'a pas été évoquée.

Le 11 janvier 1999, il s'est rendu au greffe de la Cour d'appel pour s'enquérir de son dossier.

Il a été informé ce jour que le délibéré a été vidé le 11 décembre 1998 en son absence par une composition qui n'a pas connu du dossier.

---

62 DEGBOE (D.), « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin », *op cit*, p. 128

63 LOADA (A.), « L'audace du juge constitutionnel en question », contribution au colloque de Cotonou des 8, 9 et 10 août 2012 sur « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? », *en hommage au Professeur Maurice AHANHANZO GLELE*.

64 DJOGBENOU (J.), « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », *op cit*, p. 3



Le requérant soutient qu'aussi indispensable que puisse paraître la modification de la composition de la Cour, la nouvelle composition devait les écouter avant de prononcer son arrêt. Il affirme que la non maîtrise de la date de délibération peut jouer négativement sur les délais de pourvoi en cassation.

La Cour constitutionnelle, après instruction du dossier, a relevé que « *les investigations ont révélé que malgré la prorogation de tous les délibérés au 08 janvier 1999, le délibéré Lazare KAKPO contre Thomas KOUGBAKIN a été ramené au 11 décembre 1998 à l'insu du requérant, l'empêchant ainsi d'exercer les voies de recours dans les délais ; qu'un tel changement de date sans en aviser les parties constitue une fraude au droit de la défense garanti par la Constitution et la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ; que, dès lors, il échet de dire et juger que la formation de la Cour d'Appel de Cotonou siégeant en matière civile traditionnelle qui a rendu l'arrêt n° 167/98 du 11 décembre 1998 a violé la Constitution* »<sup>65</sup>.

Cette décision qui est un pas dans la nouvelle direction ne suffisait pas néanmoins à afficher nettement la nouvelle position de la haute juridiction constitutionnelle à l'égard des décisions de justice pour la double raison qu'elle ne porte pas sur le fond de l'arrêt rendu par le juge ordinaire (une Cour d'appel) et que cette décision ne provient pas de la Cour suprême qui, comme la Cour constitutionnelle, si l'on s'en tient à une interprétation littérale de la Constitution, rend des décisions non susceptibles du moindre recours.

Saisie par ailleurs, contre l'arrêt n° 013/CJ-CT rendu par la Cour suprême pour violation de l'article 124 de la Constitution, la Cour constitutionnelle, dans sa décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006, avait dit et jugé que « *le coutumier ne peut servir de base légale*

---

65 Cour constitutionnelle, Décision DCC 04-051 du 18 mai 2004, *Recueil des décisions et avis*, 2004, pp. 221-223.

à une décision judiciaire ; (...) aucune juridiction ne saurait asseoir sa décision sur une loi, un texte réglementaire, ou un acte administratif censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques ; (...) il s'ensuit que les décisions ... du tribunal de première Instance de Ouidah et de la cour d'appel de Cotonou qui ont invoqué une disposition du coutumier qui fait état du statut d'esclave d'une des parties au procès violent la Constitution » et a décidé que « les décisions n° 185/2000 du 10 avril 2000 et 75/2001 du 04 décembre 2001 sont contraires à la Constitution »<sup>66</sup>. Cette décision avait été notifiée à la chambre judiciaire de la Cour suprême par lettre du 03 août 2006 alors que l'affaire était en délibéré pour le 04 août 2006. Advenue cette date, le délibéré a été rabattu, la décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006 versée au dossier, et après les conclusions de l'avocat général, l'affaire a été remise en délibéré pour le 24 novembre 2006, date à laquelle a été rendu l'arrêt n° 13/CJ-CT dont s'agit. Malgré les termes explicites de l'article 2 du dispositif de la décision DCC 06-076 susvisée, l'arrêt rendu par la Cour suprême affirme : « que les demandeurs développent que les règles énoncées par le coutumier ne sont pas des articles de code ; que le point 203 du coutumier n'était plus d'application à la date de l'arrêt attaqué ; que le juge aurait pu recourir à l'application des règles du coutumier demeurées compatibles avec l'ordre public béninois notamment le point 205 ;

*Mais attendu que le motif tiré du point 203 du coutumier, qui du reste, est un motif surabondant, ne constitue pas le motif déterminant sur lequel la Cour d'appel a fondé sa décision, s'agissant du droit de propriété ; que le moyen tend à soumettre à nouveau à la haute juridiction l'examen au fond du litige ; que la haute juridiction n'est pas un troisième degré de juridiction et ne juge pas les faits dont les juges du fond ont l'entière souveraineté ; que le moyen ne peut être accueilli ».*

---

66 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006, *Recueil des décisions et avis*, 2006, pp. 221-223.

La Cour constitutionnelle réaffirme que « *les décisions de justice ne sont pas des actes susceptibles de recours devant la Cour constitutionnelle pour autant qu'elles ne violent pas les droits fondamentaux des citoyens et les libertés publiques* ». Elle poursuit plus clairement qu'« *en matière des droits de l'homme, les décisions de la Cour constitutionnelle priment celles de toutes les autres juridictions* ». En l'espèce, elle avait constaté que, contrairement à ce que prétend la Cour suprême dans son arrêt, le « *moyen soumis à la chambre judiciaire [de la Cour suprême] ne tend pas à faire apprécier des faits mais pose un problème de droit s'analysant comme une atteinte à la dignité humaine garantie par la Constitution ; qu'en s'abstenant de tirer toutes les conséquences de la Décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006 ayant déclaré contraire à la Constitution l'arrêt n° 75/2001 du 04 décembre 2001, la chambre judiciaire [de la Cour suprême] a, dans l'arrêt n° 13 CJ-CT querellé, méconnu l'autorité de la chose jugée attachée à la Décision DCC 06-076 précitée de la Cour constitutionnelle* ». Par conséquent, la haute juridiction constitutionnelle a décidé que « *l'arrêt n° 13/ CJ-CT du 24 novembre 2006 de la chambre judiciaire de la Cour suprême rendu dans l'affaire opposant les consorts ATOYO Alphonse aux consorts Sophie AÏDASSO est contraire à la Constitution* »<sup>67</sup>.

Pour le professeur Joseph DJOGBENOU, « *l'admission du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice par la juridiction constitutionnelle apparaît, aussi bien dans la méthode que dans la finalité, comme un passage forcé.* »<sup>68</sup>. Ce qui justifie le constat du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice par les juridictions constitutionnelles à travers sa jurisprudence. On constate également avec Stéphane BOLLE que « *désormais, tout Béninois en litige devant une juridiction a, non seulement*

---

67 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 09-087 du 13 août 2009, *Recueil des décisions et avis*, 2009, pp. 432-446.

68 **DJOGBENOU (J.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », in *Revue Afrilex.u-bordeaux*, 2014, p. 10

*la faculté de se plaindre devant la Cour constitutionnelle de tout acte juridictionnel qui méconnaîtrait les droits de l'homme, mais peut encore escompter la sanction par elle de tout abus caractérisé du pouvoir judiciaire. Un progrès de taille »<sup>69</sup>.*

La Cour constitutionnelle a été saisie en outre contre l'arrêt n° 95/98 du 16 juin 1998 de la Cour d'appel de Cotonou pour violation des articles 26 et 34 de la Constitution du 11 décembre 1990, 3 alinéa 1er et 7 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples. La demande des requérants tendant en réalité à faire censurer par la Cour constitutionnelle l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Cotonou, la haute juridiction constitutionnelle rappelle qu'il découle des dispositions de l'article 3 alinéa 3 de la Constitution du 11 décembre 1990 que « *les décisions de justice, lorsqu'elles violent les droits de la personne humaine, n'échappent pas au contrôle de constitutionnalité* ». Après avoir également rappelé l'article 158 de la même Constitution, elle considère que « *tout texte de loi, tout règlement, tout principe général de droit, toute règle coutumière appliqués par les juridictions, les institutions, les citoyens ou évoqués par les justiciables postérieurement à la Constitution du 11 décembre 1990, sont inopérants dès lors qu'ils sont contraires à la Constitution du 11 décembre 1990* »<sup>70</sup>. La Cour constitutionnelle considère également que dans ses Décisions DCC 96-063 du 26 septembre 1996, DCC 06-076 du 24 juillet 2006 et DCC 09-087 du 13 août 2009, elle a dit et jugé que « *le Coutumier du Dahomey fixé par la circulaire A.P. 128 du 19 mars 1931 ne peut servir de base légale à une décision judiciaire et aucune juridiction ne saurait asseoir sa décision sur un principe ou règle censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine* ».

---

69 **BOLLE (S.)**, « Constitution, dis-moi qui est la plus suprême des cours suprêmes », sur <http://www.la-constitution-en-afrique.org/6-categorie-10195442.html>, consulté le 27 mai 2020.

70 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 13-082 du 09 août 2013, *Recueil des décisions et avis*, 2013, volume 1, pp. 571-576.

Constatant que l'arrêt querellé « *Annule le jugement entrepris pour : - absence d'indication de la coutume appliquée ; - absence de représentation et inapplication des coutumes des parties (...)* », la haute juridiction a considéré « *qu'en fondant ainsi sa décision sur les règles coutumières, la Cour d'appel a méconnu la Constitution en ses articles 26, 34 et de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en article 3 qui prescrit sans équivoque l'égalité de tous devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion et affirme que l'homme et la femme sont égaux en droit* » et a décidé que « *l'arrêt n° 95/98 du 16 juin 1998 de la Cour d'appel de Cotonou est contraire à la Constitution* »<sup>71</sup>.

Par contre, saisie contre l'arrêt n° 15/CA/ECML rendu le 28 juin 2015 contre la chambre administrative de la Cour suprême pour violation du droit à la défense, la Cour constitutionnelle ayant constaté, après instruction du recours que « *le requérant même, qui ne nie pas avoir été convoqué, n'a pas daigné se présenter à l'audience comme indiqué ; qu'il en résulte qu'il a été mis en mesure de faire valoir ses moyens de défense ; qu'il ne saurait donc se prévaloir, sinon à tort, de son abstention pour soutenir la violation de son droit à la défense ; que, dès lors, il y a lieu pour la Cour de dire et juger que l'arrêt n° 50/CS/CA rendu par la Cour suprême le 28 juin 2015 ne viole pas la Constitution* »<sup>72</sup>.

## **2- Les conséquences mitigées de la compétence**

Le contrôle de constitutionnalité des décisions du juge ordinaire n'est pas sans laisser de lourdes conséquences d'un point de vue procédural et économique. Du point de vue procédural, le Professeur Joseph DJOGBENOU considère que « *l'admission du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice induit la création implicite d'un nouveau degré de juridiction qui laisse à douter de*

---

71 *ibid.*

72 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 16-022 du 28 janvier 2016, *Recueil des décisions et avis*, 2016, volume 1, pp.185-194.

*la pertinence des voies de recours classiques »<sup>73</sup>. Ceci dit, lorsque le juge constitutionnel se déclare compétent pour connaître de la constitutionnalité des décisions de justice, il met en péril les moyens ordinaires de recours permettant d'interjeter appel en mettant en place implicitement une voie de recours. C'est pour éviter de faire obstacle à ces voies de recours judiciaire que le juge constitutionnel provisoire dans sa décision N° 13 DC du 28 octobre 1992 a déclaré son incompétence pour réformer les décisions de justice aux fins de ne pas faire obstacle aux voies de recours. Pour le juge constitutionnel de l'époque, toute décision de justice devrait être contestée grâce aux voies de recours<sup>74</sup> ordinaires ou extraordinaires. Le Professeur AIVO quant à lui va jusqu'à évoquer la possibilité d'existence d'une pluralité d'ordres juridictionnels, au-delà des ordres habituellement connus, en disant que « *l'ordre juridictionnel devient à géométrie variable, car fonction de la nature et de l'objet du procès. Lorsque le procès a pour objet la sauvegarde des droits fondamentaux, l'ordre juridictionnel s'unifie et la cour constitutionnelle s'érige au sommet de la hiérarchie des juges compétents en la matière. A contrario, lorsque le procès échappe aux droits humains et se loge, par exemple, en matière commerciale, en droit des investissements ou appelle l'interprétation d'un contrat d'exploitation minière, l'ordre juridictionnel se dédouble et la cour suprême reprend sa suprématie avec l'autorité absolue attachée à ses arrêts.* »<sup>75</sup>*

L'existence même de deux ordres juridictionnels pour la même matière conduit nécessairement à des variations d'application d'un même principe constitutionnel, parce que le droit législatif qui fonde la décision du juge ordinaire est différent, parce que son

---

73 **DJOGBENOU (J.)**, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », *op cit*, p. 20

74 **BADET (G.)**, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle*, *op cit*, pp. 109-110

75 **AÏVO (F. J.)**, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux : Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *in afrilex.u-bordeaux4*, 2016, p. 28

objet, sa matière et sa compétence le sont<sup>76</sup>. En effet, le principe de hiérarchie développé par Serge GUINCHARD<sup>77</sup> découle du principe du double degré de juridiction<sup>78</sup> qui admet des voies de recours vers une juridiction supérieure contre une décision rendue par une juridiction de degré inférieur.

Au final, le problème se posera au niveau de la stabilité de la chose décidée<sup>79</sup> en raison de la force juridique des décisions du juge constitutionnel créant des normes applicables par les juges ordinaires sans leurs consentements. Ce faisant, la décision du juge constitutionnel risquerait dans son application de se heurter à un refus ou à un report de la Cour suprême dans le respect de ladite décision.

Cette attitude posera donc le problème de la sécurité juridique au regard des effets des arrêts sur question préjudicielle<sup>80</sup>. Un constat d'inconstitutionnalité suite à une question préjudicielle n'a pas l'effet *erga omnes* d'un arrêt d'annulation d'un acte administratif<sup>81</sup>.

---

76 **DRAGO (G.)**, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, Presses Universitaires Française, Thémis droit, 3<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 650

77 **GUINCHARD (S.)**, **MONTAGNIER (G.)**, **VARINARD (A.)**, **DEBARD (Th.)**, *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2011, n°133 et s.

78 **SOLUS (H)** et **PERROT (R)**, *Droit judiciaire privé, introduction aux notions fondamentales, organisation judiciaire*. Cité par ROETS, P174 ; l'art 14-5 du pacte international relatif aux droits civil et politiques (PIDCP) de 1966

79 La règle dite de la « chose décidée » est un principe du droit administratif qui se réfère à la théorie du retrait et de l'abrogation des actes administratifs. Elle s'applique aux décisions prises par les Caisses de sécurité sociale. Selon cette règle toute décision d'une caisse modifiant une décision antérieure créant des droits individuels au profit d'un assuré ne lui est applicable qu'à la date où elle est prise et ce, sans effet rétroactif. (Chambre sociale 10 février 2004, pourvoi n°01-45328,

80 **DELPÉRE (F.)**, **RASSON-ROLAND (A.)**, **VERDUSSEN (M.)**, « Belgique », *In: Annuaire international de justice constitutionnelle*, 15- 1999, 2000, Constitution et sécurité juridique – Droit constitutionnel, droit communautaire et droit européen, p. 124 ; **SUETENS (L.P.)** et **LEYSSEN (R.)**, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », in *La sécurité juridique, Actes du colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, le 14 mai 1993, Liège, éd. du Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 35-68* ;

81 La jurisprudence récente a admis, tant pour les décisions réglementaires que pour les décisions individuelles, qu'à titre exceptionnel, il peut être dérogé à ce principe de la rétroactivité des annulations pour excès de pouvoir eu égard aux inconvénients excessifs des effets de la rétroactivité sur les situations juridiques.

Cependant, la source de l'insécurité judiciaire proviendrait dans les remises en cause de la prévisibilité normative ou jurisprudentielle liée à l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi.

Le juge constitutionnel doit donc assurer la stabilité des situations juridiques individuelles dans le temps et veiller à la clarté et la prévisibilité des normes<sup>82</sup>. C'est pour cela que René CHAPUS va considérer « *qu'en absence d'un mécanisme juridique assurant la prééminence matérielle des décisions de constitutionnalité sur les arrêts de la Cour suprême, la primauté constitutionnelle se ramène ici à un « respect dû mais non sanctionné* »<sup>83</sup>.

Le second niveau où se manifeste la conséquence de la compétence du juge constitutionnel sur les violations des droits fondamentaux par les décisions judiciaires se situe au niveau du point de vue économique. L'aspect économique s'analyse sur la question de l'allongement des procès conduisant les parties dans une procédure où la décision du juge et son exécution se fera dans un délai déraisonnable.

Bien qu'il soit de principe que « *l'Etat de droit a l'obligation positive d'organiser la justice de telle sorte que les jugements soient rendus et exécutés dans des délais raisonnables* »<sup>84</sup>.

## **II-Le contrôle de légalité des actes administratifs**

Il est de coutume que l'administration, dans l'adoption d'un acte administratif, doit faire respecter la légalité en tenant compte du principe

---

82 **TOGBE (P. E.)**, « La justice constitutionnelle béninoise à l'épreuve des revirements de jurisprudence », in AIVO (F. J.) (dir.), *La Constitution du Benin du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ?*, Paris, L'harmattan, 2014, p. 681

83 **CHAPUS (R.)**, « Actualité bibliographique », *Revue Française de Droit Administratif*, 1988, p. 713.

84 **FRIGERO (N.)**, « Délai raisonnable », in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 304



du respect des droits acquis<sup>85</sup>. Ainsi, en raison du but poursuivi<sup>86</sup> les actes juridiques de l'administration sont en principe soumis à un régime exorbitant du droit commun. La soumission de l'administration au droit répond à la volonté de protéger les individus contre l'arbitraire auquel ils seraient exposés si l'administration n'était liée par aucune règle préalable<sup>87</sup>. En effet, même si l'on admet qu'un Etat de droit repose sur la conviction que « *les règles sont indispensables pour limiter le pouvoir et protéger les individus contre l'arbitraire* »<sup>88</sup>, c'est au juge administratif qu'il est confié le rôle de contrôle de légalité des règles adoptées par l'administration et d'en prononcer des sanctions contre les violations des droits des administrés<sup>89</sup>. Cette fonction, *a priori*, impossible à exercer par le juge constitutionnel (A) se trouve quelques fois exercée par elle (B).

### A- Un contrôle *a priori* impossible

Il est de principe qu'un juge ne peut pas refuser de statuer sur un litige relevant de sa compétence<sup>90</sup>. Dans le cadre de sa compétence, le juge administratif est régulièrement saisi dans les contentieux pour excès de pouvoir où il doit déclarer un acte administratif contraire à la norme supérieure. Ayant pour but d'éviter la naissance d'un grief lié à l'illégalité d'un acte administratif, l'on observe la persistance du *contrôle a priori* qui peut être selon le Professeur Ismaïla Madior FALL, « *source de lenteurs pour la mise en œuvre des décisions des*

---

85 Lié à l'exigence de sécurité juridique et à la protection des intérêts des administrés, le terme « droits acquis » est rencontré en droit positif actuel en matière de principe de non-rétroactivité, de retrait et d'abrogation des actes administratifs, ainsi qu'en matière d'interprétation des lois au sens de non-rétroactivité ; **SALAMI (I. D.)**, *Droit Administratif*, Cotonou, CeDAT, 2<sup>ème</sup> édition, 2021, p. 64

86 Le but poursuivi dans le cadre de cette recherche est l'intérêt général.

87 **WALINE (J.)**, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 27<sup>ème</sup> Edition, 2018, p. 311

88 **LECLERCQ (C.)**, *Libertés publiques*, Litec, Paris, 4<sup>ème</sup> Ed. p. 310.

89 **MAKOUGOM (A.)**, *Ordre public et libertés publiques en droit public camerounais. Contribution à l'étude de la construction de l'Etat de droit au Cameroun depuis 1990*, Thèse Université de Yaoundé II, 2015, 746p, cité par

90 **LEMOYNE DE FORGES (J. M.)**, « Le contrôle juridictionnel des actes unilatéraux infraconstitutionnels », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 54, 1/2017., pp. 35.-53, p. 42

organes »<sup>91</sup> administratifs. Face à cela, la préférence est accordée au contrôle *a posteriori* qui intervient après l'entrée en vigueur de l'acte administratif. Par ce moyen, le respect de la légalité par l'acte administratif est présumé<sup>92</sup> jusqu'à ce qu'il en soit décidé autrement / tant qu'il n'en est pas décidé autrement par le juge<sup>93</sup>. Entrée donc en vigueur sans contrôle de légalité, le juge s'évertuera lorsqu'il est saisi à un contrôle de légalité. Ce type de contrôle relève de la compétence exclusive du juge administratif (1), ce qui exclut le juge constitutionnel à connaître de la légalité des actes administratifs (2).

### 1- L'exclusivité de compétence du juge administratif en matière de légalité

Toute juridiction administrative peut statuer sur la légalité d'un acte administratif unilatéral contre lequel l'exception d'illégalité est invoquée, même si elle n'est pas compétente pour connaître d'un recours direct en annulation contre cet acte<sup>94</sup>. Le juge administratif connaît de multiples recours et partant, de contentieux divers<sup>95</sup> ; il peut statuer sur la légalité d'un acte administratif unilatéral contre lequel l'exception d'illégalité est invoquée<sup>96</sup>. Lorsque la liberté individuelle est mise en cause par des mesures administratives<sup>97</sup>, le juge administratif a la compétence de s'affirmer comme un protecteur des droits fondamentaux en assurant la soumission de

---

91 **FALL (I. M.)**, « Le contrôle de la légalité des actes des collectivités locales au Sénégal », in : *afrilex.u-bordeaux4*, n°5, p. 86

92 **BETANCUR (M. C.)**, « Le contrôle de la légalité des actes administratifs en Colombie ou L'application Outre-Atlantique du modèle français », In: *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 N°3, Juillet-septembre 1999, pp. 633-648, p. 635

93 Voir la jurisprudence constante dans ce sens, CE., 85. rec, 20 juin du juge 1960. e

94 **SALAMI (I. D.)**, *Droit Administratif*, *op cit*, p. 65

95 **LELLIG (W.)**, *L'office du juge administratif de la légalité*, Thèse de Doctorat en Droit, Université de Montpellier, 2015, p. 24

96 **SALAMI (I. D.)**, *Droit Administratif*, *op cit*, p. 65

97 **ARMAND (G.)**, « Juge administratif et autorité judiciaire : quelles fonctions dans la sauvegarde de la liberté individuelle après la loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives », *Revue C.R.D.F.*, n°1, 2002, p. 12

l'administration au principe de légalité<sup>98</sup>. Dans le contexte d'un Etat de droit, le Professeur Ibrahim David SALAMI considère que « *le principe de légalité décline la règle fondamentale selon laquelle l'administration doit agir conformément à la loi lato sensu, au droit en général.* »<sup>99</sup> L'article 131 nouveau de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée dispose que « *la Cour suprême est la haute juridiction de l'Etat en matière administrative et judiciaire* ». Au regard de cette disposition, la Chambre administrative de la Cour suprême est celle qui connaît de l'ensemble des contentieux de l'Etat et des collectivités territoriales. A cet effet, elle contrôle la validité des actes administratifs par la procédure du recours pour excès de pouvoir. Le recours pour excès de pouvoir constitue « *un recours contentieux par lequel toute personne intéressée peut demander au juge administratif d'annuler, en raison de son irrégularité, une décision d'une autorité administrative* »<sup>100</sup>. Pour le Professeur Gaston JEZE, le recours pour excès de pouvoir est « *la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus économique, la plus pratique qui existe au monde pour défendre les libertés* »<sup>101</sup>. Dans l'*Affaire Dame LAMOTTE*, le Conseil d'Etat inaugure la voie à une haute protection du droit au recours juridictionnel<sup>102</sup> en estimant que le recours pour excès de pouvoir « est un recours qui est ouvert même sans texte contre tout acte administratif, et qui a pour effet d'assurer, conformément aux principes généraux du droit,

---

98 SAUVE (J.-M.), « Le juge administratif et les droits fondamentaux », *Introduction à l'occasion de la première édition des entretiens du contentieux*, Conseil d'Etat, <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-juge-administratif-et-les-droits-fondamentaux-premiers-entretiens-du-contentieux>

99 SALAMI (I. D.), *Droit Administratif*, *op cit.*, p. 60 ; TABET (M.), « Le juge administratif et la légalité », *La Revue administrative*, 52e Année, No.5, Numéro spécial 5: *Les juridictions administratives dans le monde France - Liban* (1999), pp.67-88, p. 67

100 DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.), CHRETIEN (P.), *Droit administratif*, 8e éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 572.

101 JEZE (G.), cité par FLAMME (A.- M.), *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 613. ; JEZE (G.), « Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, pp. 162-189, spéc. p. 180.

102 ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif ? », *Revue générale du droit*, Chronique de droit des libertés, 2019, p. 12

le respect de la légalité »<sup>103</sup>. Ce recours, qui ne peut être fondé que sur des moyens de légalité, ne peut aboutir qu'à une annulation ; le juge qui en est saisi ne peut par exemple réformer l'acte, condamner l'administration à une prestation ou lui adresser une injonction<sup>104</sup>.

A travers ce type de recours, force est de constater que le juge administratif s'est affirmé au côté du juge judiciaire et bien évidemment du juge constitutionnel en fervent défenseur des droits de l'Homme. En matière de protection des droits fondamentaux, le juge administratif a, selon le doyen RIVERO, *situé l'essentiel de son action au niveau des normes*<sup>105</sup>. En effet, en tant que juge spécifique de l'Administration et dans l'exercice de son office de juge du contrôle de légalité des actes et des actions de l'Administration, le juge administratif applique les sources du droit administratif. Dans leur diversité, ces sources intègrent les libertés des individus qu'il appartient au juge administratif de faire respecter par l'Administration<sup>106</sup>.

C'est pour cela qu'en France par exemple, le juge administratif intervient traditionnellement pour protéger les libertés individuelles en période normale et les atteintes plus importantes en période de guerre ou de crise<sup>107</sup>. Du droit à la vie au droit au travail en passant par le respect de la vie familiale ou la liberté d'entreprendre, nombreuses ont été les décisions récentes qui ont dû définir les lignes d'un équilibre entre les droits garantis par les normes les plus élevées et les intérêts publics légitimement poursuivis par l'Administration<sup>108</sup>. Dans une

---

103 CE., Ass., 17 février 1950, *Ministre de l'Agriculture c. Dame Lamotte*, Rec. 110, *Revue de Droit Public* publ. 1951, p. 478

104 AUBY (J.-M.), FROMONT (M.), « Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit de Etats membres de la CEE », *Commission des Communautés Européennes, Rapport final*, 1971, pp. 7-8

105 RIVERO (J.), « Dualité de juridictions et protection des libertés », *Revue Française de Droit Administratif*, 1990 p.736.

106 ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La protection des libertés, fondement de la compétence du juge administratif ? », *Revue générale du droit*, Chronique de droit des libertés, 2019, p. 7

107 MASSOT (J.), « Le juge administratif protecteur de la liberté individuelle », *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, god. 54, 1/2017.*, pp. 1-11, p. 3

108 Voir « Le juge administratif et les droits fondamentaux », Présentation du Colloque

des situations relatives à la vie familiale, le juge administratif était intervenu dans un cas qui concernait certains agents publics dont le mariage était soumis à une autorisation.

## 2 - L'exclusion de compétence du juge constitutionnel en matière de légalité

A côté des litiges constitutionnels proprement dits, les juridictions constitutionnelles peuvent connaître d'un recours constitutionnel fondé sur une atteinte à un des droits garantis par la Constitution<sup>109</sup>. Déjà, l'on sait que tous les actes administratifs sont susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité ; mais on tend à considérer que beaucoup d'entre eux ne peuvent l'être en fait, parce qu'ils sont couverts par la loi sur laquelle ils se fondent, en vertu de la théorie de la loi-écran<sup>110</sup>.

Après avoir effectivement contribué à abolir la puissance souveraine et infaillible de la loi, le juge constitutionnel empêche désormais quotidiennement que le pouvoir réglementaire, en raison de l'inefficacité de la justice administrative, « devienne à son tour le vecteur d'un nouvel absolutisme de l'Exécutif au Bénin<sup>111</sup>. L'incursion du juge dans le contrôle du pouvoir réglementaire ne peut se faire que grâce à un contrôle de constitutionnalité et non par un contrôle de légalité. Charles EISENMANN soutient que « *tout comme le principe de légalité signifie en dernière analyse que seule la loi peut déroger à la loi, le « principe de constitutionnalité » signifie que seule une loi constitutionnelle peut déroger à une loi constitutionnelle* ». Partant de ce postulat, il est normal d'affirmer

---

109 **AUBY (J.-M.), FROMONT (M.)**, « Les recours juridictionnels contre les actes administratifs spécialement économiques dans le droit de Etats membres de la CEE », *Commission des Communautés Européennes, Rapport final*, 1971, p. 10

110 **FAVOREU (L.), RENOUX (T. S.)**, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Paris, Editions Sirey, 1992, p. 15

111 **MOUDOUDOU (P.)**, « Réflexions sur le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2011-2012 ; 12-13 (3), pp. 65-91, p. 70

que la Cour constitutionnelle du Bénin fait preuve de frilosité en ne cessant de rappeler, sans convaincre, qu'elle est « *juge de la constitutionnalité et non de la légalité des actes réglementaires* »<sup>112</sup>.

S'habillant de son manteau de juge de constitutionnalité et non de légalité, le juge constitutionnel s'exclut lui-même du domaine du contrôle de légalité des actes administratifs. C'est ainsi que la Cour, saisie d'une affaire par M. SOUZA Serge pour faire reconnaître son droit de propriété sur une parcelle de terrain illégalement occupé par M. GUEDEGUE , elle répondit, au regard des pièces administratives mises à sa disposition, « *qu'il résulte de l'analyse des différents éléments du dossier que le requérant ne fait état d'aucune expropriation pour cause d'utilité publique, mais plutôt qu'un conflit domanial entre privés ; qu'un tel litige relève du domaine de la légalité ; qu'il échet donc de dire et juger que la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité et non de la légalité est incompétente pour en connaître* »<sup>113</sup>. Ceci dit, dans cette affaire, le juge constitutionnel en répondant ainsi fait constater son incompétence à connaître des attributions octroyées au juge de la légalité. La Cour constitutionnelle a maintenu cette position dans l'affaire AYATO Ahoudjèzo où il a été demandé à demandait à la Cour de contrôler la conformité à la loi de l'Arrêté n°118/MISAT/DC/DAI/SAAP-PP du 03/12/1999 portant enregistrement du Parti du Renouveau Démocratique. A cette requête, la Cour a jugé que « *la requête tend en réalité à faire contrôler par la Cour constitutionnelle la conformité à la loi de l'enregistrement du parti dénommé Parti du Renouveau Démocratique Arc-en-ciel ; qu'il s'agit d'une question qui relève du contrôle de légalité dont la Cour constitutionnelle, juge de la constitutionnalité, ne saurait connaître* »<sup>114</sup>. Par conséquent la Cour s'est déclarée incompétente.

---

112 *Ibid*, p. 70

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

114 Décision DCC 03-019 du 19 février 2003, Rec. précité, p.89 ; voir également Décision DCC 03- 016 du même jour, RADJI-ALI O. Habib, Rec. Précité, p.77

Mais la timidité du juge constitutionnel à intervenir dans le contrôle de la légalité n'ira pas loin car comme le constate M. MOUDOUDOU, la Cour constitutionnelle se fonde sur des règles constitutionnelles pour connaître de la légalité mais en s'appuyant sur le contrôle de constitutionnalité<sup>115</sup>. Ce fut le cas dans l'affaire ADAGBE où le requérant se plaignait de la situation discriminatoire qui lui a été faite lors de la réintégration de sa promotion dans l'armée béninoise. Le requérant alléguait s'être retrouvé dans un cas de violation des droits de l'Homme : une discrimination par rapport à ses collègues de promotion de l'armée. Dans l'espèce, le juge considéra qu'au regard des dires et des éléments de preuves notamment la liste des éléments de la classe 95/1 par département, par ordre de mérite et par bataillon ; qu'il ressort des éléments du dossier que le requérant n'est pas victime d'une mesure discriminatoire comme il prétend ; qu'en conséquence, il n'y a pas violation de l'article 26 de la constitution <sup>116</sup>. Dans d'autres cas, la Cour s'érige en juge de plein contentieux pour ordonner la réparation des préjudices causés par l'Administration<sup>117</sup>.

On peut donc considérer qu'en matière de responsabilité administrative, le constitutionnel tient désormais l'administratif en l'état. De façon plus significative, ce n'est qu'après la consécration par le juge constitutionnel du principe de la réparation d'un préjudice causé par l'Administration que le juge administratif saisi par la victime pourra, le cas échéant, lui allouer des dommages et intérêts<sup>118</sup>.

---

115 **MOUDOUDOU (P.)**, « Réflexions sur le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », op cit, p. 73

116 Décision DCC 03-014 du 19 février 2003, Rec. précité, p.67.

117 DCC 02-058 du 4 juin 2002

118 **KEUTCHA TCHAPNGA (C.)**, « Le juge constitutionnel, juge administratif au Bénin et au Gabon ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008/3 (n° 75), p. 551-583, p. 562

## B- Un contrôle rendu possible

Tout comme le juge constitutionnel gabonais, le juge constitutionnel béninois a commencé par laisser apparaître ce sentiment de vouloir contrôler tous les actes réglementaires, y compris ceux n'ayant aucun caractère de droits fondamentaux constitutionnels<sup>119</sup>. On observe donc un excès de pouvoir de la part du juge constitutionnel béninois, mais qui passe par la démonstration de la permissivité qu'offrent les instruments aux mains de ce juge lorsqu'il doit statuer<sup>120</sup>. Ces excès de pouvoir ont permis une extension jurisprudentielle des attributions de la Cour constitutionnelle lui permettant de s'illustrer dans des contrôles dès lors que les droits fondamentaux sont en péril. Une re-précision des compétences du juge constitutionnel (2) s'impose dans la mesure où on observe de plus en plus un contrôle implicite de la légalité (1) de la part de ce juge.

### 1- La possibilité de contrôle implicitement admis

*« Il arrive fréquemment que les citoyens adressent leurs recours aussi bien à la Cour constitutionnelle qu'à la Cour suprême espérant mettre ainsi toutes les chances de gagner de leur côté. Parfois, quand ils n'ont pas eu gain de cause au niveau de la Cour suprême, la Cour constitutionnelle devient le dernier rempart »*<sup>121</sup>.

En effet, face à l'ouverture anarchique des écoles privées de formation des agents de santé et sous la pression du bureau provisoire de l'ordre des médecins, des syndicats et associations des personnels de santé, le ministère de l'Éducation nationale et de la recherche scientifique

---

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

120 **GNAMOU (D.)**, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in AIVO (F. J.) (dir.), *La Constitution du Bénin du 11 décembre 1990, un modèle pour l'Afrique ?*, Paris, L'harmattan, 2014, p. 694

121 **OUISSOU (C. D.)**, « Communication de la Cour constitutionnelle du Bénin » au Colloque sur « Les contrariétés de décisions entre les hautes juridictions constitutionnelle, administrative et judiciaire », Bamako, 15-17 juillet 2004, in *Les Actes du colloque, cahiers de l'association africaine des hautes juridictions francophones*, Cotonou, 2004, p. 125.



et le ministère de la santé publique ont pris certaines mesures à l'encontre de ces écoles privées de formation des agents de santé. Il s'agit du redoublement des élèves en troisième année de formation, du reversement de ces élèves dans les instituts de l'Etat, de la fermeture immédiate des écoles non encore autorisées et la fermeture programmée des écoles INFOGES (Institut de formation en organisation et gestion sociale) et LOLOYA déjà enregistrés.

Les responsables des écoles INFOGES et LOYOLA avaient saisi la chambre administrative de la Cour suprême contre les décisions des deux ministères pour excès de pouvoir<sup>122</sup>. La chambre administrative de la Cour suprême a considéré que « *les décisions implicites et explicites relatives aux écoles INFOGES et LOYOLA sont annulées avec toutes les conséquences de droit* »<sup>123</sup>.

Les responsables des mêmes écoles avaient également saisi la Cour constitutionnelle contre les mêmes décisions des deux ministères, pour violation des articles 3, 8, 14, 34 et 98 de la Constitution. Ils soutiennent que les mesures prises à l'encontre des écoles privées de formation des agents de santé « *obéissent aux pressions des syndicats qui font la loi en lieu et place des autorités légales* », et que « *l'incapacité d'accueil de l'INMES et l'ENIAB ne permet pas le recrutement d'un nombre suffisant de jeunes béninois et béninoises qui désirent s'employer dans le domaine de la santé* ». Ils développent que les autorités « *veulent restreindre le domaine de la formation et de l'éducation, établi par l'article 14 de la Constitution, et le réduire à un monopole d'Etat en ce qui concerne la santé* ». Ils affirment que l'Administration des deux ministères est en complicité avec les syndicats violant ainsi l'article 34 de la Constitution et qu'en décidant de fermer leurs écoles et reverser leurs élèves à l'INMES de Cotonou et à l'INIAB de Parakou, les

---

122 La chambre administrative de la Cour suprême d'alors statuait en premier et dernier ressort en matière de recours pour excès de pouvoir.

123 **Cour suprême**, arrêts n° 68/CA du 07 octobre 1999 et 55/CA du 20 septembre 2000.

ministères incriminés « *opèrent une prise en charge, comme sous le régime dictatorial, une nationalisation en violation de l'article 98 de la Constitution* ».

La Cour constitutionnelle, a procédé à l'analyse du recours en examinant les éléments du dossier au regard des textes de la Constitution dont la violation est alléguée. Ainsi, rappelant l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> de la Constitution qui dispose que « *la souveraineté appartient au peuple. Aucune fraction du peuple (...) aucune corporation (...) aucune organisation syndicale (...) ne peut s'en attribuer l'exercice* », elle considère que « *les pressions évoquées par les requérants dans la prise des mesures administratives susmentionnées ne peuvent être assimilées à une forme d'exercice de la souveraineté nationale par les syndicats, l'ordre des médecins et les associations des personnels de santé au sens de l'article 3 précité ; qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation de l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> est inopérant* » ; puis, statuant sur la prétendue violation de l'article 8 de la Constitution qui énonce que l'Etat assure à ses « *citoyens l'égal accès à la santé ... à la formation professionnelle et à l'emploi* », la Cour constitutionnelle relève que « *l'incapacité de l'Institut national médico-social (INMES) et de l'Ecole nationale des infirmiers et infirmières adjoints du Bénin (ENIAB) d'accueillir et de recruter un " nombre suffisant de jeunes béninois et béninoises qui désirent s'employer dans le domaine de la santé", et le fait que "seuls quelques privilégiés diplômés de l'INMES et de l'ENIAB prennent part au concours de recrutement à la fonction publique", ne sauraient être interprétés comme une atteinte à ce principe constitutionnel* » et a décidé qu'il n'y a pas violation de l'article 8 de la Constitution.

En outre, poursuivant l'examen des griefs articulés par les requérants, la Cour constitutionnelle rappelant l'article 14 de la Constitution aux termes desquels « *Les écoles privées, laïques ou confessionnelles, peuvent être ouvertes avec l'autorisation et le contrôle de l'Etat* », précise qu'« *il découle de cette disposition, qu'à tout moment et selon les circonstances, l'Etat peut décider de l'ouverture ou de la fermeture d'un établissement à condition de respecter les lois et règlements de la République ;* », **a dit** « qu'en espèce, les éléments du dossier révèlent que la fermeture des écoles en cause a été faite en vertu de ce pouvoir constitutionnel ; que ladite fermeture concerne tous les établissements de la même catégorie ; que dans le reversement des effectifs dans les structures de l'Etat, il n'est apparu aucune discrimination, » **et a jugé** « que dès lors, le moyen tiré de la violation de l'article 14 ne peut pas prospérer ». Analysant les éléments du dossier au regard de l'article 34 de la Constitution<sup>124</sup>, la haute juridiction a considéré qu'il en ressort que « ***les autorités concernées ont agi dans le respect des lois et règlements de la République.*** »

En ce qui concerne la violation prétendue de l'article 98 de la Constitution, la Cour , après avoir défini la nationalisation comme étant « *l'action de transférer à la collectivité, la propriété de certains biens ou moyens de production appartenant à des entreprises privées* », et précisé que cette action de transfert doit respecter les conditions de « *nécessité publique et d'indemnisation juste et préalable* » ; a indiqué que la fermeture des écoles privées de formation des agents de santé et le reversement des effectifs dans des structures d'Etat ne sauraient s'analyser comme une nationalisation et a décidé enfin que « *les mesures administratives prises par le ministère de l'éducation nationale et de la recherche*

---

124 L'article 34 de la Constitution dispose : « *Tout citoyen béninois, civil ou militaire, a le devoir sacré de respecter, en toutes circonstances, la Constitution et l'ordre constitutionnel établi ainsi que les lois et règlements de la République* ».

*scientifique et le ministère de la santé publique, relatives aux écoles privées d'agents de santé, ne violent pas la Constitution »<sup>125</sup>.*

La décision de la Cour constitutionnelle est approuvée du fait qu'elle a apprécié la conformité à la Constitution de la mise en œuvre des *pouvoirs constitutionnels de contrôle des écoles* par l'Administration. Cependant, le fait de considérer que les deux ministères ont agi dans « *le respect des lois et règlements de la République* » pour justifier la conformité à la Constitution de leurs décisions est pour le moins discutable. On pourrait se demander finalement quel est le juge le mieux placé pour s'assurer du respect par les autorités concernées des lois et règlements de la République entre la plus haute juridiction administrative, juge de la légalité, et la juridiction constitutionnelle, juge de la constitutionnalité, sachant que les décisions de chacune d'elles sont sans recours. Pour éviter qu'il y ait des décisions contradictoires, il faudrait préciser les compétences du juge constitutionnel.

## **2 - La nécessaire précision des compétences du juge constitutionnel**

Les matières qui forment le domaine de la loi sont limitativement énumérées par l'article 98 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019. Cette liste distingue deux niveaux différents d'intervention du législateur puisque la loi est habilitée à fixer les règles et à déterminer les principes fondamentaux. Le Parlement dispose d'après les termes de cet article 98, d'une plus grande marge d'intervention pour les premières que pour les secondes. De la première catégorie, relèvent les droits civiques et les libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, les crimes et les délits, le régime fiscal.... Pour la deuxième catégorie, la loi se contente en principe de fixer les

---

125 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 01-106 du 19 décembre 2001, *Recueil des décisions et avis*, 2001, pp. 429-433.

grandes lignes (de l'organisation de la défense nationale, de la libre administration des collectivités territoriales, de l'enseignement et de la recherche scientifique, du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ...). Des décrets d'application doivent compléter la loi dans ces matières.

Le pouvoir législatif étant cantonné dans les limites prévues par la Constitution, les autres règles de droit doivent être édictées par le Pouvoir Exécutif. L'article 100 qui forme un tout avec l'article 98 dispose en effet dans son alinéa 1<sup>er</sup> : « *Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire* ». *Le domaine du règlement n'est pas limité et est constitué de tout ce qui n'est pas attribué à la loi. Ainsi, le règlement, œuvre du Pouvoir Exécutif, intervient en dehors du domaine de la loi, et sans qu'une loi soit nécessaire. Ce type de règlement appelé règlement autonome est distinct du règlement d'application destiné à assurer l'exécution d'une loi. Il s'appuie sur une loi et ne peut l'enfreindre. Le règlement autonome est, quant à lui, directement subordonné à la Constitution, mais non à la loi*<sup>126</sup>.

La protection du domaine réglementaire contre d'éventuels empiètements du Parlement est organisée de manière efficace et rapide et passe par les interventions de la Cour constitutionnelle.

Dans l'hypothèse où un règlement est pris dans le domaine de la loi, seule la Cour suprême est, en principe, compétente pour l'annuler, rétroactivement, après un recours pour excès de pouvoir dirigé contre ce règlement et exercé par toute personne qui a un intérêt à agir.

Cependant il faut distinguer le contrôle de constitutionnalité des actes réglementaires, prévu par l'article 3 alinéa 3 de la Constitution, du contrôle de la légalité relevant du juge administratif.

---

126 Cf. MATHIEU (B.) et VERPEAU (M.), *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, pp. 349-351. Cf. également CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 881 ; GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 887.

En effet, l'article 3 alinéa 3 de la Constitution dispose : « *Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraire à ces dispositions sont nuls et non avenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* ». Mieux, la Constitution fait obligation à la Cour constitutionnelle de statuer sur « *la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et en général, sur la violation des droits de la personne humaine* ». Ainsi, la Cour constitutionnelle, autant que la Cour suprême, peut contrôler les règlements autonomes ou d'application. « *Un acte administratif peut être illégal comme il peut être inconstitutionnel. Tout l'art du travail de juge constitutionnel consiste alors, en pareil cas, à ne pas se mettre à faire le travail de juge de la légalité à sa place et à ne faire que son travail de contrôle de constitutionnalité* »<sup>127</sup>. L'article 117 alinéa 3 de la Constitution béninoise dispose que la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur « *la constitutionnalité (...) des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques en général, sur la violation des droits de la personne humaine* ».

Disposant d'un pouvoir de contrôle des actes réglementaires, les activités en matière de contrôle du respect des droits fondamentaux par l'Administration ont été tout aussi importantes<sup>128</sup>.

La Cour constitutionnelle, saisie de la fermeture des écoles privées de formation des agents de santé par les requérants arguant que les autorités n'ont pas respecté les lois et règlements de la République,

---

127 **BADET (G.)**, *Thèse citée*, p. 115.

128 **AIVO (F.J.)**, *Le juge constitutionnel et l'Etat de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006 ; **MOUDOUDOU (P.)**, « Réflexions sur le contrôle des actes réglementaires par le juge constitutionnel africain : cas du Bénin et du Gabon », *Annales de l'Université Marien NGOUABI*, 2011-2012 ; 12-13 (3), pp. 65-91, p. 66

aurait mieux fait en se déclarant incompétente. Elle aurait pu statuer uniquement sur le droit qu'a l'Etat, en vertu des dispositions de l'article 14 de la Constitution, de contrôler le fonctionnement et de procéder à la fermeture des écoles privées, comme le mentionne le septième considérant de sa décision DCC 01-106 du 19 décembre 2001 sous étude. Elle aurait pu renvoyer les requérants au juge de la légalité, comme elle le fait dans de nombreuses autres affaires en se déclarant incompétente<sup>129</sup>.

Voulant répondre aux arguments des requérants selon lesquels les autorités auraient aussi méconnu les lois et règlements de la République, c'est-à-dire, l'article 34 de la Constitution, la Cour a été obligée de dire et juger qu'il n'y a pas violation dudit article parce que les autorités concernées auraient agi dans le respect des « *lois et règlements de la République* ». Une meilleure attitude aurait consisté pour le juge constitutionnel à analyser les agissements des autorités au prisme des pouvoirs de contrôler des conditions de fonctionnement des écoles privées et de procéder à leur fermeture, puis dire et juger que les autorités concernées ont agi dans le respect de l'article 34 de la Constitution sans faire ressortir l'aspect concernant le respect des « *lois et règlements de la République* ». En faisant ressortir l'aspect « *lois et règlements* », la Cour constitutionnelle tend à être juge du contrôle de la légalité et non de la Constitutionnalité.

L'enjeu ici porte d'abord sur la compétence de la juridiction. Le juge constitutionnel, pour rester dans le cadre de la question de constitutionnalité que peut soulever un recours, est tenu de

---

129 Cf. entre autres **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 97-008 du 02 avril 1997, *Recueil des décisions et avis*, 1997, pp. 35-39. - Décision DCC 06-026 du 14 février 2006, *Recueil des décisions et avis*, 2006, pp. 117-123. - Décision DCC 06-107 du 11 août 2006, *Recueil des décisions et avis*, 2006, pp. 563-566. - Décision DCC 09-003 du 15 janvier 2009, *Recueil des décisions et avis*, 2009, vol. 1, pp. 65-70. - Décision DCC 13-009 du 22 janvier 2013, *Recueil des décisions et avis*, 2013, vol. 1, pp. 109-112.

s'armer d'une méthodologie impliquant la recherche d'éléments d'analyse des faits provenant des pièces soutenant le recours. Il lui est également nécessaire d'opter pour une technique de rédaction de sa réponse, de sa décision ou de son arrêt concernant le recours en question.

Il est donc question d'une technique de rédaction et de recherche d'éléments d'analyse issus des faits et pièces soutenant le recours.

En effet, sans une telle double démarche, il est à craindre que le juge constitutionnel, alors qu'il n'en a ni les moyens ni les techniques, conclue, un peu rapidement, que telle ou telle autorité a respecté, ou n'a pas respecté les lois et règlements. Sans une méthodologie éprouvée, il est difficile au juge constitutionnel de montrer au justiciable de manière indiscutable dans quelle partie de sa décision il a effectué le contrôle de constitutionnalité ou du respect des lois et règlements de la République avant d'affirmer que les textes ont été respectés. En l'occurrence, la Cour dit « *qu'il ressort des éléments du dossier que les autorités concernées ont agi dans le respect des lois et règlements de la République* » sans montrer comment ces autorités ont respecté les lois et règlements qu'elle devrait aussi citer pour les rappeler.

Ce qui apparaît clairement dans la décision de la Cour, c'est que les autorités administratives en question, ont le droit, conformément à l'article 14 de la Constitution, de contrôler les conditions de fonctionnement des écoles privées et de procéder à leur fermeture. Ce faisant, la Cour a parfaitement raison puisqu'elle effectue un contrôle de constitutionnalité et se réfère à une disposition constitutionnelle de référence. Toutefois, elle n'a pas cité les lois et règlements qui encadrent le secteur, ni les conditions de fond ou de forme dont le respect est imposé aux autorités administratives pour la fermeture des écoles privées de formation des agents de santé, avant de



conclure que celles-ci « *ont agi dans le respect des lois et règlements de la République* ». Il faut faire remarquer que si elle le faisait, elle aurait révélé expressément une analyse fondée sur un contrôle de légalité, or, le juge administratif suprême, s'adonnant à l'exercice qui est sa spécialité, à savoir, le contrôle du respect, par l'autorité administrative, des lois et règlements de la République, a décidé de l'annulation des actes pris par ces autorités, pour « illégalité ».

**En conséquence, la haute juridiction constitutionnelle ne doit condamner que les seuls reproches d'inconstitutionnalité évoqués par les requérants ou constatés par elle, mais en aucun cas, elle ne doit examiner, elle-même, le respect par telle ou telle autorité administrative, des lois et règlements de la République.** Ainsi, tout requérant qui se plaint de la violation des « lois et règlements de la République » doit apporter la preuve, établie par un juge de la légalité. La Cour constitutionnelle pourrait examiner par elle-même le respect, par les autorités administratives, des lois et règlements de la République, au cas où les droits fondamentaux consacrés par la Constitution sont censés avoir été violés. Elle pourrait également le faire en cas de violation supposé d'une disposition constitutionnelle ou en cas de violation du bloc de constitutionnalité dont la loi ou le règlement ne constitue qu'une mise en œuvre<sup>130</sup>, ou dans une situation mélangeant les deux hypothèses<sup>131</sup>. Dans ces trois cas, il s'agit bel et bien de contrôle de constitutionnalité et non de contrôle de légalité.

Répondant au requérant, dans la décision DCC 03-90 du 28 mai 2003, la Cour constitutionnelle a annulé le décret n° 94-9 du 25 janvier 1994 portant destitution de grade d'un officier des Forces Armées Aériennes Béninoises, suite au recours du requérant qui soutient que

---

130 Cf. **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 06-065 du 20 juin 2006, *Recueil des décisions et avis*, 2006, pp. 319-322.

131 **Cour constitutionnelle**, Décision DCC 98-030 du 27 mars 1998, *Recueil des décisions et avis*, 1998, pp. 145-149.

le décret n° 94-9 du 25 janvier 1994 portant destitution de grade d'un officier des Forces Armées Aériennes Béninoises viole à la fois les articles 26<sup>132</sup> de la Constitution et 3 de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des Peuples<sup>133</sup>, la Cour déclara qu'« *il est établi que, s'agissant des mêmes fautes, absence illégale du corps et résidence à l'étranger sans autorisation, imputées à une même catégorie de personnels militaires régis par la même loi, il a été fait au requérant un traitement différent ; qu'il y a lieu de dire et juger que le décret n° 94-9 du 25 janvier 1994 portant radiation du lieutenant Olivier Mahoudo FASSINO est contraire à la constitution et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* »<sup>134</sup>.

## CONCLUSION

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'a de cesse d'étonner de par des décisions qui, au fil de l'évolution, montrent des signes de hardiesse et d'audace. Le contrôle constitutionnel des décisions du juge ordinaire et le contrôle de légalité des actes administratifs par le juge constitutionnel s'analysent comme une incursion de celui-ci dans le domaine du juge ordinaire. Cela prend la forme d'une hégémonie du juge constitutionnel sur le pouvoir judiciaire.

Or, c'est pour prévenir cette éventualité que la Constitution garantit l'indépendance dudit pouvoir<sup>135</sup> à l'égard non seulement des autres pouvoirs<sup>136</sup> mais aussi vis-à-vis de la juridiction constitutionnelle<sup>137</sup>.

---

132 « L'Etat assure à tous l'égalité devant la loi sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion politique ou de position sociale » (art.26).

133 « Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi » (article 3 de la Charte).

134 Décision DCC 03-90 du 28 mai 2003, Recueil des décisions et avis de la Cour constitutionnelle, 2004, p.369.

135 Article 125 alinéa 1<sup>er</sup> la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

136 *Ibidem*.

137 Articles 124 et 131-nouveau de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 07 novembre 2019

En somme, le juge constitutionnel tire conséquence de la suprématie des droits de l'Homme et des droits fondamentaux pour fonder une jurisprudence qui le conduit à s'arroger des compétences qui ne lui sont pas au départ reconnues. Son office s'étend pendant que celui du juge ordinaire s'amenuise et se fait supplanter. C'est peut-être à raison que le juge constitutionnel s'y prend-il ainsi.

En effet, on ne peut nier la nécessité de protéger les droits de l'Homme. Vue donc par le prisme de cette protection, l'incursion ici pourfendue n'aurait plus de sens. Si d'une part, le respect des droits de l'Homme est un impératif constitutionnel retenu par le constituant<sup>138</sup>, et que d'autre part, la garantie des droits fondamentaux s'inscrit parfaitement au cœur de la mission du juge constitutionnel<sup>139</sup>, c'est de toute bonne logique que le juge constitutionnel soit porté sur le respect strict desdits droits, quel que soit le support ou la cause de la violation. Telle est la position constante qu'adopte le juge constitutionnel pour justifier son intrusion progressive dans l'office du juge ordinaire. Ainsi, jadis rebutant le contrôle des décisions de justice, le juge constitutionnel a progressivement mué en une reconnaissance de sa compétence en la matière. De même, sa réserve d'antan par rapport au contrôle de légalité des actes administratifs a fini par céder à son audace de vérifier la constitutionnalité de ces actes ; il s'est ainsi substitué au juge administratif, ou du moins il est devenu un véritable concurrent de celui-ci.

---

138 Le préambule de la Constitution exprime l'idée de cet impératif en ces termes : « *Nous, peuple béninois, ..., Affirmons solennellement notre détermination par la présente Constitution de créer un État de droit et de démocratie pluraliste, dans lequel les droits fondamentaux de l'Homme, les libertés publiques, la dignité de la personne humaine et la justice sont garantis, protégés et promus comme la condition nécessaire au développement véritable et harmonieux de chaque Béninois tant dans sa dimension temporelle, culturelle, que spirituelle...* ». Voir également les articles 7 à 40 de la Constitution du 11 décembre 1990 révisée par la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019.

139 AÏVO (F. J.), « Le juge et les droits fondamentaux : Retour sur un quart de siècle de jurisprudence (trop active) de la Cour constitutionnelle du Bénin », *loc. cit.*, p. 447

L'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire emporte des effets juridiques qui mettent à mal la sécurité juridique et judiciaire au sein de l'Etat. Le professeur Ibrahim SALAMI traduit l'insécurité ainsi créée en ces termes : « *Même si la Cour constitutionnelle ne connaît que du contrôle des actes qui portent atteinte aux normes garanties par la Constitution, même si le juge administratif ordinaire ne peut connaître que du contrôle de la légalité de ces actes, il y a théoriquement concurrence entre les deux types de contentieux. À l'origine de cette concurrence, un double recours contre un acte administratif au même moment ; donc un même recours devant deux juges différents qui se déclareront compétents pour en connaître, sur des fondements différents* »<sup>140</sup>.

Au terme de l'analyse, ne pourrions-nous pas penser qu'il faudrait limiter les « ardeurs » du juge constitutionnel ? Les pistes seraient-elles favorables dans un contexte du droit constitutionnel où le juge constitutionnel ne tire sa compétence que de la Constitution et sa légitimité du constituant ? Pour certains, l'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire « *témoigne d'une effectivité des dispositions de la Constitution... [Elle] participe à la normalisation des rapports entre juridictions en général et entre les hautes juridictions en particulier, s'agissant précisément de la Cour Suprême et de la Cour Constitutionnelle. L'avenir des relations entre les deux organes ne saurait s'assombrir, pour peu que le pouvoir judiciaire tire profit des bonnes orientations jurisprudentielles de la Cour Constitutionnelle dont la « double casquette » fait d'elle à la fois la gardienne de la Constitution et le maître de son interprétation, laquelle s'impose dans l'ordre juridique. Dans ce sens, la réception des décisions de la Cour Constitutionnelle et leur mise en œuvre par le pouvoir judiciaire sont à saluer* »<sup>141</sup>. Dans tous les cas, il s'agit d'éviter le risque que le juge ordinaire soit une victime du juge

---

140 SALAMI (I. D.), *loc. cit.*, p. 441.

141 AKEREKORO (H.), *loc. cit.*, p. 21.

constitutionnel. Dans cette veine, deux solutions sont possibles pour éviter ou pour mettre fin à ces incursions. La première consiste à instaurer explicitement dans la Loi fondamentale, une impossibilité pour la Cour constitutionnelle d'interférer dans le domaine du juge ordinaire. La mise en œuvre de cette solution passe indubitablement par une révision constitutionnelle. Pour la seconde solution, il peut être utile d'étudier les possibilités d'un dialogue constructif entre le juge constitutionnel et le juge ordinaire. Un tel dialogue permettra de situer chaque juridiction dans son champ de compétence.

L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITÉ  
FAIT SA TOILETTE

**Kenneth KPONOU**

*Doctorant contractuel,  
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.*

Le 24 juin 2022 la Cour constitutionnelle du Bénin accordait son onction à la promulgation de la nouvelle loi organique n° 2022-09 sur la Cour constitutionnelle<sup>1</sup>, s'enthousiasmant ainsi, sur le régime de l'exception d'inconstitutionnalité, de la prise en compte par le législateur de la mise au point adressée plus d'une dizaine d'années plutôt aux avocats par la haute Juridiction sous le magistère du dédicataire des présentes études le Bâtonnier Robert DOSSOU. On se souviendra en effet que par décision DCC 11-078 du 29 novembre 2011, la Cour constitutionnelle avait considéré, quasiment *ab irato*, qu'« **en soulevant par deux fois dans la même cause l'exception d'inconstitutionnalité, l'avocat participant au service public de la justice fait manifestement du dilatoire et viole par conséquent les prescriptions de l'article 35 de la Constitution...** ». En raison de la récurrence du recours jugé fantaisiste à l'exception d'inconstitutionnalité, le législateur s'y est naturellement intéressé et a pu, avec 82 autres dispositions qui vont de l'organisation même de la Cour constitutionnelle, aux immunités et régime disciplinaire de ses membres, en passant par les nouvelles modalités de saisine de la Cour constitutionnelle en matière de contrôle constitutionnel *a posteriori* des lois, apporter des solutions à la nécessité de prévenir les travers processuels du recours à l'exception d'inconstitutionnalité.

---

1 Décision DCC 22-216 du 24 juin 2022 portant conformité à la Constitution de la nouvelle loi organique.

L'exception d'inconstitutionnalité fait ainsi sa toilette, même si sa propreté pouvait être mieux assurée.

### **I- L'intérêt du renouvellement**

Fondement de l'exception. L'exception d'inconstitutionnalité est de fondement constitutionnel. Le contrôle de la constitutionnalité des lois, par la voie de l'exception d'inconstitutionnalité, est un contrôle *a posteriori* et concret, parce qu'il résulte du conflit constitutionnel surgi dans le processus de mise en application de la loi. Cette exception permet aux sujets, un accès indirect, à la Cour Constitutionnelle, par l'intermédiaire des instances de jugement. C'est ainsi que l'article 122 de la Constitution béninoise dispose que « tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois [...] par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours ».

Sans revenir ici en détail sur l'intérêt ou non de l'instauration d'une telle exception, il peut être précisé que l'idéal du service public de la justice nécessite que toutes les parties aient un accès égal à la justice et soient mises dans une position équitable pour défendre leur cause. Il en va du principe d'égalité devant le service public. Or cette exception d'inconstitutionnalité apparaît comme un outil de garantie d'une justice juste. Elle revêt une telle importance que le juge se doit, par (ou en) principe, de surseoir à statuer sur le litige. Elle ne constitue en rien un frein au service public de la justice, mais plutôt un élément déterminant dans sa bonne mise en œuvre. C'est notamment grâce à cet outil de démocratisation de la justice que le juge constitutionnel a pu déclarer inconstitutionnelles les dispositions 336 à 339 du Code pénal concernant l'adultère de la femme au Bénin<sup>2</sup> ou, un an plus tard, avec la QPC ayant conduit le

---

2 Décision DCC 09-081 du 30 juill 2009.

Conseil constitutionnel de renverser le régime de la garde à vue en matière pénale<sup>3</sup> en France.

**Concurrence entre un droit constitutionnel et le délai raisonnable.**

Cependant, si les lettres de l'article 2 du CPC témoignent du style accusatoire de la procédure civile, en affirmant que seules les parties introduisent l'instance, il n'en demeure pas moins que l'article 3 du même code prévoit que les parties doivent accomplir les actes de procédure dans les formes et les délais requis. Il pèse donc sur les parties une responsabilité. Cette responsabilité des parties dans la conduite du procès entre également dans l'appréciation du délai raisonnable<sup>4</sup> ; délai raisonnable qui est consacré dans l'article 6 § 1 de la CEDH qui énonce que : « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera [...], soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle [...] ». Afin de garantir ce principe, le législateur n'a pas manqué de consacrer des calendriers de procédures, notamment dans le cadre de la mise en état en matière civile, afin d'accompagner les parties dans cette responsabilité. Le manquement au respect des délais pouvant être sanctionné par une fin de non-recevoir.

La nécessité de garantir aux citoyens en général et aux justiciables en particulier, la possibilité de saisir la Cour, se heurte souvent à certains comportements déloyaux de la part des plaideurs. En effet, par leur habilité critiquable, certains avocats se plaisent à soulever des exceptions d'inconstitutionnalité, non pas dans le but de concourir véritablement au contrôle *a posteriori* de la norme constitutionnelle, mais uniquement pour allonger le délai normal de la procédure. Profitant de l'impératif pour le juge d'instance de surseoir à statuer sur le litige face à cette exception, ils n'hésitent pas à en faire un outil

---

3 Cons. const., QPC, 30 juill. 2010, n° 2010-14/22 ; Cons. const., QPC, 6 août 2010, n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 ; S. Lavric, QPC : censure du régime de droit commun de la garde à vue.

4 CEDH 20 févr. 1991, D. 1992.



de gain-de-temps. C'est dans ce cadre que la Cour constitutionnelle n'a pas manqué, dans sa décision du 29 novembre 2011, de rappeler à l'ordre les avocats en considérant qu' « *en soulevant par deux fois dans la même cause l'exception d'inconstitutionnalité, l'avocat participant au service public de la justice fait manifestement du dilatoire...* ». Le même phénomène s'observe également concernant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), ce qui n'a pas manqué d'interpeller certains auteurs<sup>5</sup>. Ce gain-de-temps pour l'avocat devient une perte de temps pour la justice.

**L'avocat acteur qui concourt au service public de la justice.** C'est cette même idée que la Cour constitutionnelle a voulu mettre en avant en considérant que les avocats faisant un usage dilatoire et abusif des exceptions d'inconstitutionnalité violaient les dispositions de l'article 35 de la constitution. Si la solution intrinsèque est bonne, le visa visé (l'article 35) est en revanche critiquable dans la mesure où l'avocat n'est pas un acteur chargé d'un service public, *a fortiori* celui de la justice, mais simplement *un acteur qui concourt à son bon fonctionnement*. L'avocat n'est pas débiteur du service public de la justice, il s'agit d'un auxiliaire de justice. C'est l'État, par la voix, des citoyens chargés d'une fonction public, qui est astreint aux exigences de l'article 35 de la Constitution. En revanche, c'est à raison que la doctrine parle d'un *principe de loyauté* selon lequel le juge et les parties doivent, dans leurs comportements procéduraires, faire preuve de bonne foi<sup>6</sup>. Au demeurant, il en ressort une coopération (*principe de coopération*) entre les parties et les juges afin de mener à bien la bonne marche du procès.

---

5 A. Teissier, « La QPC sociale : vers de nouvelles stratégies judiciaires ? », JCP S 2011 n° 22-23, 1267 ; N. Balat et P.-Y. Gautier, « De l'abus du droit de soulever une question prioritaire de constitutionnalité », JCP 2019. 588.

6 E. Boursier, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2003 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile : Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 35<sup>éd.</sup>, 2021.

7 L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11<sup>é</sup> éd., 2020, n° 512 et s.

**Les solutions déjà consacrées.** Afin de tenter de réguler ces exceptions abusives ou dilatoires, le législateur béninois sanctionne, désormais, d'une amende civile, les parties qui soulèveraient dans une intention dilatoire ou abusive l'exception d'inconstitutionnalité. L'article 203 du Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes du Bénin, dispose ainsi que : « si la Cour Constitutionnelle déclare que l'exception d'inconstitutionnalité est soulevée manifestement dans un but dilatoire ou de manière abusive, la partie auteur de l'exception peut être condamnée à une amende civile de deux cent mille (200 000) à cinq cent mille (500 000) francs sans préjudice des dommages-intérêts qui lui seraient réclamés ». Cependant, cette réforme n'a pas véritablement freiné les ardeurs des plaideurs hasardeux, dans la mesure où le juge ne dispose point de la possibilité d'écarter cette demande de suspension de l'instance ; ce qui entraîne un dysfonctionnement du service public de la justice. C'est somme toute ces raisons qui ont conduit le législateur à légiférer à nouveau sur la question.

## **II- La teneur du renouvellement**

Face à l'impératif de respect du délai raisonnable du procès et à la garantie constitutionnelle de l'exception d'inconstitutionnalité, l'article 37 innove en consacrant 3 nouveaux alinéas (au regard de l'ancienne loi organique).

**La nouvelle robe du sursis à statuer.** Pour rappel, le déroulement d'une instance dans le temps<sup>8</sup> n'est pas toujours continu ; il faut compter avec les événements qui imposent d'en interrompre ou d'en suspendre le cours. Le sursis à statuer est « une décision du juge opérant une suspension provisoire du cours de l'instance »<sup>9</sup>. Ce sursis est parfois imposé par un principe général (c'est le cas de l'exception d'inconstitutionnalité) ou par une disposition spéciale de la loi

---

8 S. Amrani-Mekki, *Le temps et le procès civil*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèse, 2002.

9 V. Sursis à statuer, in S. Guinchard, *lexique des termes juridiques*, Dalloz, p. 1013

(c'est le cas en matière d'inscription de faux). Parfois, il s'agit d'une simple faculté laissée à l'appréciation du juge. Le sursis à statuer est souvent justifié par l'existence d'une autre instance dont l'issue est susceptible d'exercer une influence, déterminante, sur celle dont le juge est saisi<sup>10</sup>. En matière d'exception d'inconstitutionnalité, avant la nouvelle loi, le juge se devait, lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité était soulevée, de mettre une pause totale à l'instance avant la décision de la Cour constitutionnelle. Cette attitude légitime avait pour conséquence d'allonger la durée du procès, du temps de l'instance et, nonobstant l'obligation faite au juge constitutionnel de rendre sa décision dans un délai de trente (30) jours<sup>11</sup>, de conduire à des délais non raisonnables.

Pour mieux encadrer ce temps, l'article 37 al 3 prévoit désormais que le sursis à statuer prévu à l'article 122 de la Constitution et par l'alinéa 2 ne suspend pas l'instruction de l'affaire qui se poursuit *sans discontinuité* devant la juridiction. Il faut savoir que l'instruction est une période importante et faisant partie intégrante de l'instance. Affirmer que l'instruction continue son cours, nonobstant le sursis à statuer, revient à limiter un mécanisme qui part nature met une pause à l'instance<sup>12</sup>. Le propre de la suspension de l'instance, notamment en matière civile, est de suspendre l'instance, qui reprend normalement, lorsque le fait générateur de la suspension aura cessé de produire son effet. Néanmoins, cette limitation est justifiée par l'essence même de l'instruction. En effet, il s'agit d'une période *longue* de l'instance, au cours de laquelle le juge de la mise en état, en matière civile, veille à la communication des conclusions et pièces, purge l'affaire de ses incidents afin de le mettre en état d'être jugé par la formation de jugement et, en matière pénale, le juge d'instruction d'instruire le dossier à charge et à décharge, afin de rechercher à la fois des preuves d'innocence et de culpabilité des personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction délictuelle ou criminelle. La période latente,

---

10 Cass, 2<sup>e</sup> civ, 24 juin 1998, *Bull. civ.* 1998, II, n<sup>o</sup> 220 (instance pénale).

11 Art. 38 de la nouvelle loi organique.

12 L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op.cit.*, n<sup>o</sup> 681, page 643.

ou le délai d'attente, issue du sursis à statuer, peut paraître comme un frein dans le bon déroulement de l'instruction. Ainsi, des preuves peuvent s'évaporer, ou un débiteur trouve le temps d'organiser son insolvabilité ... Plus gravement, il ne peut être sursis à statuer lorsqu'une personne est privée de liberté à raison de l'instance, ni lorsque l'instance aura pour objet de mettre fin à une mesure privative de liberté. Permettre donc à l'instruction de continuer son cours répond aux objectifs du procès équitable afin d'éviter que le sursis à statuer n'entraîne des conséquences irrémédiables ou manifestement excessives. Autre élément, l'administration de la justice faisant face à une accumulation des stocks de dossiers, la suspension de l'instance le temps, pour le juge constitutionnel, de statuer ne permet pas aux juges d'écouler efficacement ces stocks.

Par ailleurs, compte tenu de l'enjeu constitutionnel, ce cours de l'instruction ne peut conduire le juge à mettre l'affaire en délibéré pour y être statué. C'est ce que précise l'alinéa 4. Cela se justifie par le préjudice que pourrait subir un justiciable, par l'applicabilité d'une norme inconstitutionnelle, avec un jugement qui pourrait être exécuté.

**L'avènement d'un principe de concentration des exceptions d'inconstitutionnalité.** Toujours en résonance avec la décision DCC 11-078 du 29 novembre 2011, dans laquelle la Cour avait considéré qu'« en soulevant par **deux fois dans la même cause l'exception d'inconstitutionnalité** [...] fait manifestement du dilatoire ... », la nouvelle loi instaure un principe de concentration des moyens d'exceptions d'inconstitutionnalité. L'article 37 alinéa 5 dispose dans ce sens que « dans une même instance, la partie qui entend invoquer plusieurs moyens d'exception d'inconstitutionnalité doit le faire en une fois, dans la même requête ». Cette innovation fait échos au principe de concentration des moyens consacré par la jurisprudence *Césareo* de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 7 juillet 2006<sup>13</sup>.

---

13 Cass. ass. Plén., 7 juill. 2006.

Selon ce principe, le demandeur doit dans une même instance, présenter l'ensemble des moyens possible. Le risque pour la partie qui se serait abstenue de soulever ces moyens sera de se heurter à l'autorité de la chose jugée. Ce principe est d'autant plus strict que *l'arrêt Dauvin/Carteret* de 21 décembre 2007 n'impose pas au juge de soulever d'office le fondement juridique adéquat (sauf quelques cas).

Le mécanisme est pratiquement identique ici où les parties doivent donc dans « une même instance » soulever l'ensemble des moyens d'exception d'inconstitutionnalité. La précision n'est pas inutile en ce que plusieurs instances peuvent se succéder dans le procès. Ainsi, une instance d'appel peut succéder à une instance devant le tribunal judiciaire entre les mêmes parties et portant sur la même affaire. De même, l'instance devant le juge de l'exécution est différente de l'instance devant le juge d'instance. À la lumière de cette précision, tous les moyens d'exceptions d'inconstitutionnalité devront être soulevés devant le juge d'instance qui statue sur l'affaire. Cela n'empêchera pas les parties de soulever à nouveau une exception d'inconstitutionnalité devant le juge d'appel ou devant le juge de l'exécution.

Quid de la sanction en cas de manquement à cette concentration ? Si le non-respect du principe de concentration des moyens est sanctionné d'une fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, le législateur prévoit dans la suite de l'alinéa 5 de l'article 37 que la demande sera écartée et que la juridiction saisie devra passer outre ce moyen.

### III-Les questions suscitées par le renouvellement

**L'imprécision de l'alinéa 3.** Si l'objectif de mieux encadrer les délais de procédure qui peuvent s'allonger dans le cadre de l'exception d'inconstitutionnalité est louable, la légistique peut être critiquable à plusieurs égards. D'une part, l'usage dans le texte de termes non processuel rend la compréhension difficile. En effet, en

affirmant que l'instruction poursuit sans « discontinuité » devant la juridiction concernée, le législateur fait référence à quel mécanisme ? Dans le langage courant, la discontinuité, c'est l'absence de continuité notamment dans le temps. L'instruction ne serait plus continue s'il y a rupture ou coupure dans le déroulement de l'instance. Or le vocabulaire processuel connaît principalement deux sortes d'incidents relatifs au déroulement continu de l'instance : la suspension ou l'interruption. Juridiquement, la discontinuité caractérise soit une situation d'interruption ou de suspension. La précision aurait été bienvenue.

D'autre part, la généralisation faite par le législateur en affirmant que le sursis à statuer ne suspend pas l'instruction est hasardeuse. Si la non-suspension de l'instruction est justifiée, le manque de précision quant aux mesures que le juge pourrait prendre dans cette période d'attente est critiquable. En effet, dans le cadre de l'instruction, le juge civil ou pénal dispose de plusieurs pouvoirs très attentatoires aux libertés fondamentales. Le juge pénal peut prononcer des mandats de dépôt (mesure privative de liberté) et le juge civil peut ordonner des mesures qui, on le sait, met en jeu des secrets d'affaires ou professionnelles. Il aurait donc fallu préciser que si certes l'instruction suit son cours, il ne peut être pris des mesures ayant des *conséquences manifestement excessives ou irrémédiables*. On peut retrouver cette prise en compte des libertés fondamentales dans l'article 23-3 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre portant loi organique sur le Conseil constitutionnel en France.

**Principe de concentration excessif ?** Si à première vue, le législateur semble consacrer une concentration des moyens d'exception d'inconstitutionnalité semblable au principe de concentration des moyens, il s'agit plutôt d'une restriction excessive de ce droit constitutionnel. En effet, dans le cadre du principe de concentration moyen, il est permis de soulever les moyens tout au long de l'instance et non en « *une fois* » comme le consacre le législateur en matière

d'exception d'inconstitutionnalité. Cette restriction excessive ne manque pas de résonner à nouveau avec la solution rendue par la Cour constitutionnelle qui avait sanctionné l'avocat qui a soulevé *deux fois*, dans la même instance, l'exception d'inconstitutionnalité. Or cette restriction peut paraître maladroite dans le sens où, si l'exception d'inconstitutionnalité se présente d'abord comme une exception de procédure, elle peut être soulevée plusieurs fois dans la même instance. La seule condition à respecter en tant qu'exception de procédure est la règle de *l'in limine litis* : avant toutes fins de non-recevoir et défenses au fond. Il ne faudrait pas non plus nier que les exceptions d'inconstitutionnalité, soulevées à répétition dans une même instance ne favorisent pas, par leur effet suspensif, l'impératif pour la justice de statuer dans un délai raisonnable.

Par ailleurs, l'article 37 al 5 de la nouvelle loi révèle la nature l'ambivalente de l'exception d'inconstitutionnalité<sup>14</sup>. En effet, si elle est définie comme un moyen, elle peut s'apparenter à une demande<sup>15</sup> et alors rendre illégitime un principe de concentration. En effet, si elle est classée comme une exception de procédure, qui elle-même est considérée comme un moyen de défense, il ne faut pas occulter le fait que cette exception déclenche *une action processuelle*<sup>16</sup>, une « instance constitutionnelle », afin de soumettre au juge constitutionnel *une prétention processuelle* : l'inconstitutionnalité d'un texte, dans le but *d'obtenir un avantage* : celle de se voir appliquer une norme conforme à la constitution. Cette demande prend l'une des formes classiques que revêtent les demandes : la requête. L'illustration de cette ambivalence est perçue lorsque le législateur impose de soulever non seulement l'ensemble des moyens d'exception d'inconstitutionnalité « dans une même instance », mais également

---

14 A. Borzeix, La question prioritaire de constitutionnalité : exception de procédure ou question préjudicielle, Gaz. Pal., 2 mars 2010, n°61, p. 18, n°4 ; F.-C.N. Assogba, « Contribution à l'étude de l'exception d'inconstitutionnalité dans le code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes », Mémoire DEA, FADESP/UAC, 2012, p. 25 et ss.

15 E. T. Akuesson, Les exceptions de procédure dans le procès civil, Thèse, 2016.

16 L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2013, n° 80.

que ces moyens doivent figurer dans la « même requête ». Quel est alors le critère d'appréciation de la concentration ? De deux choses l'une. Soit, il s'agit d'un véritable principe de concentration des moyens, légitimement consacré par la jurisprudence, soit il s'agit d'un principe de concentration des demandes, fréquemment rejeté par la doctrine et la jurisprudence<sup>17</sup> et qui constitue un véritable *frein à l'accès au juge*.

Les difficultés soulevées par la consécration d'un principe de concentration en matière d'exception d'inconstitutionnalité sont à la hauteur de l'importance de ce contrôle. Si le cœur du problème est cerné, la méthode pour le régler peut générer de nouvelles difficultés. Il aurait peut-être fallu ne pas consacrer un tel principe et opter pour des mécanismes plus souples permettant au juge de l'instance d'apprécier, avant de surseoir à statuer, le sérieux du moyen (instaurer un mécanisme de filtrage). L'impossible conciliation entre la question préjudicielle et la jurisprudence *Césareo* avait été déjà relevée<sup>18</sup>. Autre solution, on pourrait imaginer un délai dans lequel l'exception d'inconstitutionnalité pourrait être soulevée par les parties devant les juges de fond, parallèlement à l'analyse qui a été faite par la Cour de cassation s'agissant des QPC dilatoires où elle proposait que « soit fixé un délai pendant lequel les parties pourraient déposer leurs questions, délai qui courrait à partir de leur renvoi devant le tribunal correctionnel ou de la saisine de la cour d'appel »<sup>19</sup>.

Quid du régime ? L'esprit d'un principe de concentration est de sanctionner son non-respect. Cette sanction est par principe l'irrecevabilité. Cependant, le législateur béninois a fait le choix de permettre au juge d'écarter aussi bien le moyen que celui

---

17 Cass, 1re civ., 24 mai 2008, no 07-13.266, D. 2008. AJ 1629, obs. Delpesch ; JCP 2008. I. 164, no 3, obs. Béguin ; JCP 2008. II. 10157, note Chabot, et 2008. II. 10170, note Bolard ; RTD civ. 2008. 551, obs. Perrot

18 C. Bléry, « question prioritaire de constitutionnalité, jurisprudence cesareo et office du juge : l'impossible conciliation », procédures, juin 2010.

19 Rapport annuel 2011, p. 49.



de passer outre. Ce choix peut être le signe d'une hésitation à faire du juge d'instance un juge constitutionnel pouvant statuer sur la recevabilité de l'exception. Or cette admission n'est pas scandaleuse tant que la décision est motivée par ce dernier et pouvant faire l'objet d'une voie de recours.

Au demeurant, la possibilité d'écarter le moyen et la possibilité de passer outre l'exception sont-elles deux sanctions dualistes ou distinctes ? Sont-elles cumulatives ? Dans l'hypothèse d'un juge qui omet d'écarter ou de passer outre l'exception, les parties ont-elles la possibilité de relever ce manquement ? Une réforme appelant une autre, les articles 200 et suivant du CPCCSAC devront également être revus. Il reviendra donc autant à la jurisprudence, qu'au pouvoir réglementaire, de faire bon usage de la lessive afin de mieux assurer le toilettage de l'exception d'inconstitutionnalité.

# TABLE DES MATIÈRES

## TOME I

### 1<sup>ÈRE</sup> PARTIE L'ÉTAT DE LA RÉGULATION

Les chiffres de la justice constitutionnelle, <b>Joseph DJOGBENOU</b> .....	31
Brève incursion dans la jurisprudence constitutionnelle nigérienne, <b>Paternelle MAMBO</b> .....	63
La désignation des juges constitutionnels en Afrique noire francophone, <b>Gaétan Thierry FOU MENA</b> .....	77
Emergence de la justice para-constitutionnelle en Afrique subsaharienne, <b>Serge François SOBZE</b> .....	129
La raison du juge constitutionnel en Afrique, <b>Luciano Sèwènan HOUNKPONOU</b> .....	179
La fonction constituante dans les processus de sortie de crise en Afrique, <b>Thierry S. BIDOUZO</b> .....	213
Le domaine de la constitution dans les Etats d'Afrique noire francophone, <b>Ntolo Nzéko Aubran Donadoni</b> .....	245

## TOME II

### 2<sup>ÈME</sup> PARTIE LA RÉGULATION DANS SES ÉTATS

Les rapports entre les juridictions constitutionnelles et juridictions communautaires en Afrique de l'ouest, <b>Dandi GNAMOU</b> .....	31
Les tiers et l'office du juge constitutionnel, <b>Gildas Enagnon NONNOU</b> .....	77
La primauté du droit de l'intégration (OHADA- UEMOA) devant la Cour constitutionnelle du Bénin, <b>Gilles BADET</b> , .....	109
Le juge béninois constitutionnel et la régulation de la communication médiatique, <b>Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI</b> .....	179
L'Assemblée nationale dans la jurisprudence constitutionnelle au Bénin, <b>Akouègnon Clément DASSI</b> .....	231
L'exercice du mandat du député béninois, <b>Vigny Landry AMOUSSOU</b> .....	253
L'exception d'inconstitutionnalité devant la cour constitutionnelle sous la mandature DOSSOU, <b>Issaou SOUMANOU</b> .....	267
L'inégalité des époux dans la transmission du nom : La lecture audacieuse du juge constitutionnel béninois de la loi n°2002-07 du 24 août 2002, <b>Codjo Bienvenu LASSEHIN</b> .....	281

Le délit d'adultère devant le juge constitutionnel : retour sur la décision dcc 09-081 du 30 juillet 2009, <b>Sri Amor M. COOVI</b> .....	305
Le statut constitutionnel d'ancien chef d'état en Afrique noire Francophone, <b>Eric SIMO</b> .....	319
Commentaire de l'article 14 al. 2 de la loi constitutionnelle n°96/06 du 18 janvier 1996 portant révision de la constitution du 02 juin 1972, <b>Émile MENGUE MBOUE</b> .....	369
Le contentieux de la régulation dans les Etats d'Afrique subsaharienne francophone : Les cas du Cameroun et de la Côte d'ivoire, <b>Éric Stéphane MVAEBEME</b> .....	377
Les marchés de conception-réalisation en droit des marchés publics au Cameroun <b>Joseph Valerie EVINA</b> .....	421
L'incursion du juge constitutionnel dans le domaine du juge ordinaire, <b>Simplice Comlan DATO</b> .....	477
L'exception d'inconstitutionnalité fait sa toilette, <b>Kenneth KPONOU</b> .....	525

