

COUR CONSTITUTIONNELLE



Jurisprudence de la Cour constitutionnelle :
LE CITOYEN

**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA
5^{ème} MANDATURE PRESIDEE PAR
LE PROFESSEUR THEODORE HOLO**

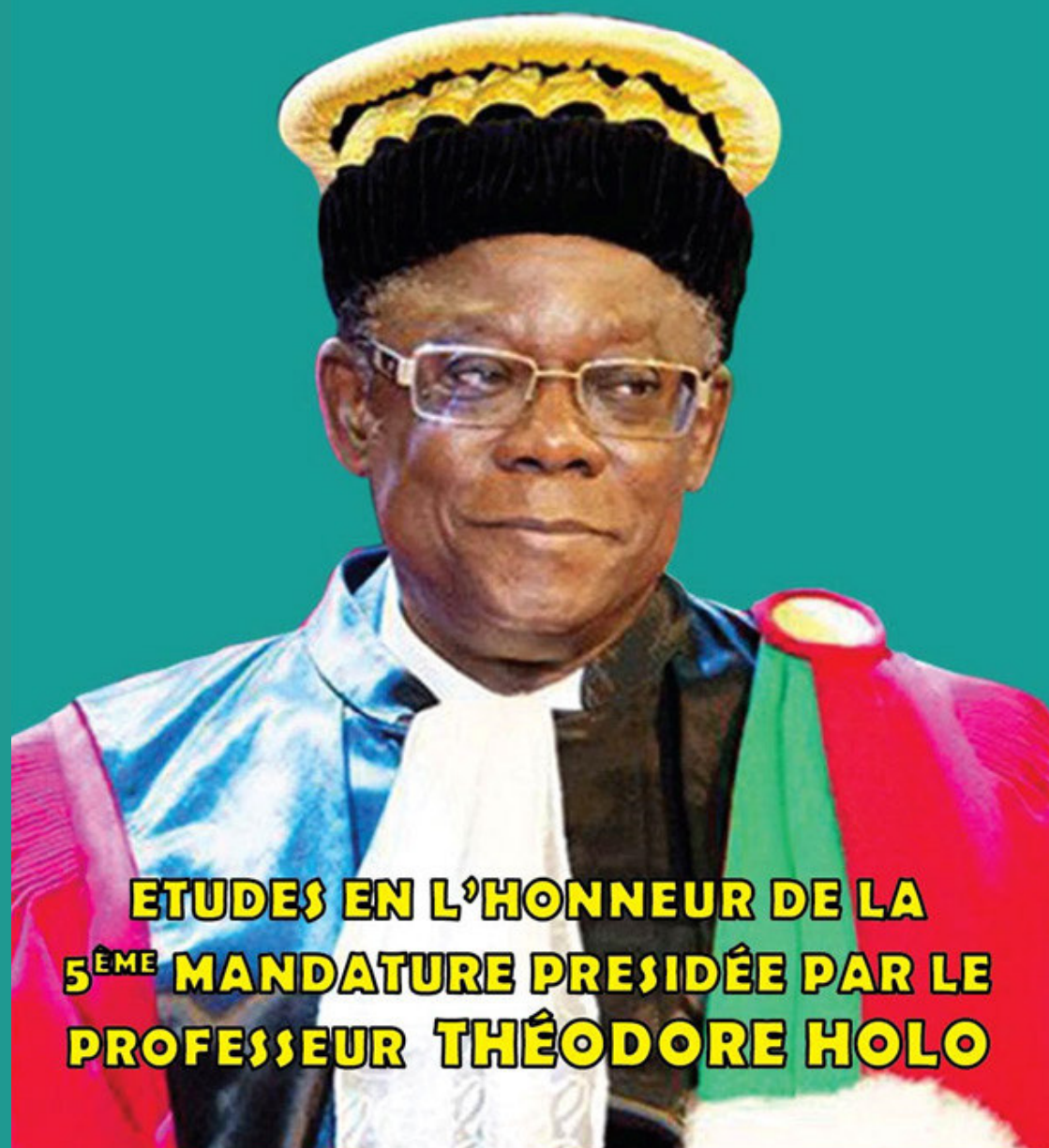
TOME I

**ETUDES EN L'HONNEUR
DE LA 5^{ème} MANDATURE
PRESIDEE PAR LE PROFESSEUR
THEODORE HOLO**

**JURISPRUDENCE DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE :
LE CITOYEN**

TOME 1

**JURISPRUDENCE DE LA COUR
CONSTITUTIONNELLE: LE CITOYEN**



**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA
5^{ÈME} MANDATURE PRESIDÉE PAR LE
PROFESSEUR THÉODORE HOLO**

Copyright : Cour Constitutionnelle du Bénin

Mise en page et impression

Imprimerie COPEF

01 BP 2507 - Cotonou/Bénin

+229 61 61 65 38 / 95 84 34 34

imprimerie_copcf2006@yahoo.fr

ISBN : 978-99982-1-083-7

Dépôt légal : N° 14792 du 16/02/23

1^{er} trimestre - Bibliothèque nationale

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

CHAPITRE INTRODUCTIF

L'idée de citoyenneté : réflexions axées sur un fait évolutif, Hygin KAKAI	29
--	----

PREMIÈRE PARTIE L'ÉTAT DU CITOYEN

Les méthodes et techniques juridictionnelles de protection des droits de l'homme, Joseph DJOGBENOU	57
Reflexion sur la fabrication des Constitutions en Afrique, Paterne MAMBO	91
L'empreinte du constitutionnel sur le droit pénal au Bénin, Moktar ADAMOU	147
La rigidité de la Constitution béninoise de 1990 à l'épreuve des expériences de sa révision, Gilles BADET	173
L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise, Aïssata DABO	227
La Cour constitutionnelle du Bénin à l'épreuve des traditions et coutumes africaines ou comment saisir le citoyen dans tous ses états ?, Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI	263
Les droits procéduraux du citoyen dans le contentieux constitutionnel au Bénin, Akouègnon Clément DASSI	303

La protection non juridictionnelle du citoyen au Bénin : l'office du Médiateur de la République, Josué Olatoundji CHABI KPANDE	331
Les réformes de la décentralisation et le droit de participation citoyenne : le citoyen oublié ?, Modeste William DEHOTIN ...	369
Le contentieux de l'inscription sur la liste électorale devant la Cour constitutionnelle du Bénin, Constant SOHODE	403
Le contentieux de la détention provisoire devant la Cour constitutionnelle béninoise, Ignace ADIGBLI	427
L'impact de la liberté contractuelle sur l'autonomie et l'indépendance des sociétés coopératives OHADA, Mouniratou SARE MIZI	461
Table des matières	479



**ETUDES EN L'HONNEUR DE LA
5^{ÈME} MANDATURE PRESIDÉE PAR LE
PROFESSEUR THÉODORE HOLO**

BIOGRAPHIE

DU PROFESSEUR THÉODORE HOLO

Professeur Théodore HOLO : né le 15 avril 1948

I- TITRES UNIVERSITAIRES

- Agrégation de droit public et de science politique (1985) - Libreville ;
- Doctorat d'Etat en droit (1979) - Paris ;
- Diplôme d'études supérieures de droit public (1974) - Paris ;
- Licence de droit (1972) - Orléans ;
- Baccalauréat série philosophie (1968) - Porto-Novo.

II-EXPÉRIENCE PROFESSIONNELLE

■ *Enseignement*

- Depuis 1986 : Professeur de droit constitutionnel et de relations internationales à la Faculté de droit et de sciences politiques (FADESP) - Université d'Abomey-Calavi ;
- De 1979 à 1986 : Assistant de droit administratif et de relations internationales à la Faculté des sciences juridiques, économiques et politiques (FASJEP) et à l'Ecole nationale d'administration (ENA) - Université nationale du Bénin.

■ ***Missions d'enseignement***

- Belgique, Burkina-Faso, Côte d'Ivoire, France, Mali, Sénégal, Togo.

■ ***Responsabilités administratives et scientifiques***

- 2014 : Chef de la mission de l'OIF pour l'observation de l'élection présidentielle de Mauritanie ;
- 2013 : Chef adjoint de la mission de l'OIF pour l'observation de l'élection présidentielle à Madagascar ;
- 2010-2015 : Vice-président de l'Académie nationale des sciences, arts et lettres du Bénin (ANSALB) ;
- 2010 : Chef de la mission de la CEDEAO pour l'observation de l'élection présidentielle de Côte d'Ivoire ;
- 2010 : Chef de la mission de l'OIF pour l'observation de l'élection présidentielle en Guinée Conakry ;
- 2008 : Chef de la mission de l'OIF pour l'observation des élections législatives en Guinée Bissau ;
- 2007 : Président du Forum national sur l'éducation ;
- 1999 - 2002 : Vice-président du comité technique spécialisé en sciences juridiques et politiques du Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur (C.A.M.E.S.) ;
- 1998-2008 : Titulaire de la chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie de l'Université d'Abomey-Calavi ;
- 1990-1993 : Représentant du Bénin au comité consultatif du Centre Ouest Africain de formation et d'études bancaires (CO.F.E.B.) ;

- 1989-1991 : Directeur de l'Ecole nationale d'administration ;
- Depuis 1988 : Membre fondateur de l'Association africaine des chercheurs en administration publique (A.A.C.A.P.) ;
- Depuis 1987 : Membre de l'Association internationale de pédagogie universitaire (A.I.P.U) ;
- 1986 -1991 : Représentant du Bénin au comité technique spécialisé en sciences juridiques du Conseil africain et malgache pour l'enseignement supérieur (C. A.M.E.S) ;
- 1986-1989 : Directeur-adjoint de l'Ecole nationale d'administration ;
- Depuis 1985 : Directeur de la Revue béninoise des sciences juridiques et administratives (R.B.S.J.A.) ;
- 1980 - 1984 : Directeur-adjoint de l'Institut national des sciences juridiques et administratives (I.N.S.J.A.) de l'Université nationale du Bénin.

■ ***Responsabilités politiques***

- Depuis 2013 : Président de la Cour constitutionnelle ;
- 2013- 2015 : Président de la conférence des juridictions constitutionnelles africaines ;
- 2013 - 2015 : Membre du bureau de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français ;
- 2009 - 2013 : Président de la Haute cour de justice ;
- Juin 1995 - avril 1996 : Ministre chargé des Relations avec les institutions, porte-parole du gouvernement ;

- 1995 (juillet - novembre) : Garde des Sceaux, ministre de la Justice et de la Législation ;
- 1993-1995 : Ministre chargé des Relations avec le Parlement, porte-parole du gouvernement ;
- 1991-1993 : Ministre des Affaires étrangères et de la Coopération ;
- 1990- 1991 : Secrétaire général adjoint du Haut conseil de la République ;
- 1990 -1991 : Membre de la Commission constitutionnelle ;
- 1990 : Membre du présidium de la Conférence des forces vives de la Nation.

III- DISTINCTIONS HONORIFIQUES

- Citoyen d'honneur de Lexington, Virginie, USA (1990) ;
- Commandeur de l'Ordre national du Bénin (1991) ;
- Gwanghwa Medal - Order of Diplomatie Service Merit, République de Corée (1991) ;
- Chevalier commandeur Grand prieuré orthodoxe apostolique des Chevaliers du Christ (1992) ;
- Officier de la Légion d'honneur, France (1993) ;
- Membership Key, Lions International (1995) ;
- Grand officier de l'Ordre national du mérite, France (1996) ;
- Grand officier de l'Ordre national du Bénin (1996) ;

- Chevalier de l'Ordre international des Palmes académiques du CAMES (2006) ;
- Collaborateur scientifique expert de l'AUF ;
- Trophée Monseigneur Isidore de Souza du meilleur ministre des Affaires étrangères 1990-2009 ;
- Grand-Croix de l'Ordre national du Bénin (2009).

MISSIONS À L'ÉTRANGER

AFRIQUE

Afrique du Sud, Algérie, Angola, Burkina-Faso, Cameroun, Cap Vert, Congo (Brazzaville), Congo (Kinshasa), Côte-d'Ivoire, Egypte, Ethiopie, Gabon, Ghana, Guinée-Bissau, Guinée-Conakry, Iles Maurice, Kenya, Liberia, Madagascar, Mali, Maroc, Mauritanie, Mozambique Niger, Nigeria, Ouganda, RCA, Rwanda, Sénégal, Tanzanie, Tchad, Togo, Tunisie.

ASIE

Chine, Corée du sud, Emirats Arabes Unis, Japon, Inde, Israël, Jordanie, Koweït, Liban, Taïwan, Thaïlande, Turquie.

AMERIQUE

Brésil, Canada, Cuba, Etats-Unis. République Dominicaine.

EUROPE

Allemagne, Autriche, Belgique, Bulgarie, Danemark, Espagne, France, Grande Bretagne, Grèce, Hongrie, Luxembourg, Moldavie, Monaco, Italie, Pays-Bas, Portugal, République Tchèque, Suisse, Vatican.

OCÉANIE

Australie

PUBLICATIONS ET COMMUNICATIONS

- Étude d'un régime militaire : Cas du Bénin 1972 - 1977, thèse pour le doctorat d'Etat en droit, Paris, 1979 ;
- « Etude juridique d'un gouvernement de fait », in Revue Béninoise de Sciences Juridiques et Administratives (R.B.S.J.A.), n° 1, décembre 1983, Cotonou, p.3-11 ;
- « Les tentatives de démocratisation de l'administration territoriale en République du Bénin », communication à la conférence internationale sur l'évolution de l'administration locale en Afrique de l'Ouest - février 1982 – Ilé Ifé, Nigeria ;
- « La répression disciplinaire dans l'administration publique béninoise », in R.B.S.J.A. n° 4, mai 1983, p. 1-36 ;
- « Le contrôle de la légalité et la protection des administrés au Bénin », in R.B.S.J.A. n° 5, juin 1985, p. 21-38 ;
- « Réflexions sur la dictature en Afrique », in R.B.S.J.A. n° 6, mai 1986, p. 28-39 ;
- « La décentralisation au Bénin : mythe ou réalité ? » in R.B.S.J.A. n° 7, décembre 1986, p. 1-16 ;
- « Contribution à l'étude de la chambre administrative de la Cour Populaire Centrale du Bénin », Communication au colloque sur les Cours Suprêmes et Hautes Juridictions d'Afrique - Paris - janvier 1987, in Les Cours Suprêmes en Afrique, Tome III Paris, Economica, 1988, p. 13-30 ;

- « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », in R.B.S.J.A. n° 9, décembre 1988, p. 1-9 ;
- « Requiem pour la Chambre Administrative ? » in R.B.S.J.A. n° 10, juillet 1988, p. 1-10 ;
- « Administration et Ordinateur : un mariage de raison », communication au colloque sur la modernisation des administrations africaines - Wilbad Kreuth - R.F.A. juillet 1988 ;
- « Le désarmement : un défi pour l'humanité », in Bulletin du Club Dauphin n° 1, novembre 1988, p. 44-49 ;
- « Réflexions sur la crise du secteur public béninois », communication symposium de l'Association des chercheurs africains en administration Iblique - Dakar - Sénégal - décembre 1988 ;
- « Le concept de l'Etat à orientation socialiste », in R.B.S.J.A. n° 11, décembre 1988, p. 1-13 ;
- « Pathologie du secteur public béninois », in R.B.S.J.A. n° 12, juin 1989, 1-12 ;
- « La révolution française et le constitutionnalisme béninois », communication au colloque international sur la Révolution française et Afrique, leçons pour le XXI^{ème} siècle - Porto-Novo - Bénin - novembre 89 ;
- « La participation des paysans à la mise en place des institutions politiques d'une Nation », communication au séminaire sur les services juridiques en milieu rural, Cotonou - Bénin - décembre 1989 ;

- « Autocratie ou démocratie : les leçons de la révolution française », in *Bulletin du Club Dauphin* n° 7, janvier 1990, p. 34-40 ;
- « Constitution et nouvel ordre politique au Bénin », in R.B.S.J.A. n° 13, décembre 1989, p. 1-10 ;
- « Théories et pratiques de la démocratie », communication au séminaire sur l'Eglise et la démocratie - Cotonou - Bénin - mars 1990, in *La rois*, n° 537, 1 juin 1990, p. 6-10 ;
- « Démocratie : condition d'exercice de la liberté », communication au séminaire sur « Police et libertés politiques dans un Etat de droit » - Cotonou Bénin - avril 1990 ;
- « Bénin : une démocratie en chantier : étude sectorielle sur le nouveau démocratique » - Cotonou, P.N.U.D. - Bénin, mai 1990 ;
- « Le régime semi-présidentiel : La double illusion », in R.B.S.J.A. n° 14, mai 1990, p. 1-14 ;
- « L'Afrique unie : la fin de la dérive », in *Bulletin du Club Dauphin* ;
- « Le couple présidentiel / Assemblée : duel ou duo ? » in *Bulletin du Club Dauphin* ;
- « Théorie et pratique du présidentielisme en Afrique », communication à la journée de droit comparé - Cotonou - mai 1991 ;
- « La démocratisation au Bénin », in *E.D. Bénin - Suisse*, n° 34, juillet 1991, 9.23 ;
- « Pitié pour le Droit au Bénin », in *La Nation*, mai 1992 ;

- « Quel avenir pour la démocratie en Afrique ? » communication au colloque international «Processus démocratique en Afrique» - Cotonou - Bénin - avril 1994, in Processus démocratique en Afrique : impact et perspectives p. 119-124 ;
- « Organisation et contrôle des élections au Bénin : les textes à l'épreuve des faits », communication au colloque « Quelles élections pour le Bénin ? » - Cotonou - Bénin - février 1998 ;
- « Développer l'Etat par le droit : utopie ou réalité en Afrique », communication à la troisième école d'été du réseau AEGIS : « Réforme de l'Etat : reconstruction institutionnelle et modes de régulation » - Bordeaux - septembre 1998 ;
- « Le contentieux électoral », Communication au séminaire international sur le contentieux électoral et l'Etat de droit - Cotonou - Bénin - novembre 1998, in « Aspects du contentieux électoral en Afrique », p. 161-171;
- « Droits de l'Homme, démocratie et développement », communication au séminaire sur « Justice, sécurité et droit de la personne humaine » - Cotonou - Bénin - décembre 1998 ;
- « La situation des droits de l'homme au Bénin », communication à la journée de réflexion sur les droits de l'homme - Cotonou – Bénin - décembre 1999 ;
- « Faut-il une nouvelle charte des partis politiques au Bénin ? », communication au séminaire sur « Le multipartisme intégral au Bénin : où en sommes-nous ? » - Cotonou - Bénin - mars 2000 ;
- « Le Bénin : Une nouvelle démocratie à l'épreuve du temps (Etat de la démocratie au Bénin) », rapport à la IVe conférence

internationale des démocraties nouvelles ou rétablies -
Cotonou - Bénin - décembre 2000 ;

- « De la monocratie à la nomocratie : les leçons d'une Démocratie apaisée », communication au séminaire sur le développement constitutionnel » Kibuye - Rwanda - août 2001 ;
- « L'éducation à la démocratie : l'expérience de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie », in Francophonie et Démocratie, Pedone, 2001 ;
- « L'adaptation de la charte aux réalités africaines », in L'adaptation de la charte africaine aux réalités nationales. A paraître aux éditions Bruylant, Bruxelles ;
- « Qu'est-ce que le droit à la vie ? (Le droit à la vie : Un O.V.N.I Juridique ?) », in La Protection Internationale du Droit à la vie. A paraître aux éditions Bruylant Bruxelles ;
- « Démocratie et Etat de droit aujourd'hui : contenu et exigences », communication au symposium sur : « Le rôle de la femme dans la consolidation de la démocratie et de la paix ». Cotonou-Bénin - janvier 2003 ;
- « Quel avenir pour la Commission électorale nationale autonome au Bénin ? », communication au séminaire-atelier sur « Le renforcement du système électoral », Cotonou - Bénin - septembre 2003 ;
- « Le rôle du Conseil de Sécurité de l'ONU dans l'ordre mondial futur », communication à la conférence internationale sur le thème : « Après la guerre en Irak : l'avenir de l'ONU et du Droit international », Bonn - Allemagne - novembre 2003 ;
- « L'élection comme procédé de sélection des gouvernants », communication au séminaire de la mouvance parlementaire

pour la réconciliation et la paix en Côte d'Ivoire. Abidjan - Côte d'Ivoire – mars 2004 ;

- « Droits culturels et minorités ethniques, religieuses et linguistiques », communication préparée pour le colloque de la Francophonie, Tanger - Maroc - juillet 2004 ;
- « Le rôle de la justice dans un Etat démocratique », communication à l'Atelier de formation au renforcement des capacités des magistrats en droits le l'Homme-Abomey-Calavi- Bénin - mai 2005 ;
- « Les droits de l'Homme en Afrique : entre harmonisation et uniformisation », communication à la semaine du droit comparé : « L'harmonisation du droit sur les continents africain et européen », Bordeaux France - septembre 2005 ;
- « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les Constitutions lu renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain », régimes et systèmes politiques, communication aux rencontres sur : Les pratiques constitutionnelles et politiques en Afrique : Les dynamiques récentes » - Cotonou - Bénin - octobre 2005 ;
- « Le droit à l'éducation et le développement », communication au colloque sur le thème : « Éducation, culture et développement », La Havane, Cuba-juillet 2006 ;
- « L'esprit de la Constitution », communication aux journées de réflexion sur la Constitution du 11 décembre 1990, Cotonou - Bénin- août 2006 ;
- « La société civile et le pouvoir constituant : Le cas du Bénin du nouveau démocratique », in Existe-t-il une culture

juridique francophone, dir.) Henry ROUSSILLON, Presses de l'Université de Toulouse 1, sciences sociales, 2007 p. 95-106 ;

- « Le Médiateur : un facilitateur relationnel », communication au séminaire sur : « Le Médiateur », Possotomè - Bénin - janvier 2007 ;
- « L'élection : Un devoir civique, aumônerie nationale des cadres et personnalités politiques », Cotonou - Bénin - février 2007 ;
- « Contribution au statut de l'opposition », communication au séminaire sur : « Le statut de l'opposition », Nouakchott-février 2007 ;
- « Les droits et devoirs de la personne dans le constitutionnalisme africain », communication au colloque commémoratif du 15^{ème} anniversaire de la Constitution du Mali, Bamako - Mali 2007 ;
- « Culture et développement : La mélopée d'un néophyte », Communication au colloque sur « Science et culture au service du développement socio-économique en Afrique », Abomey-Calavi - Bénin - juin 2007 ;
- « La Francophonie aujourd'hui : enjeux politiques, économiques et culturels », communication au colloque : « Quel rôle pour la Francophonie en 2008 ? » Québec - Canada-octobre 2008 ;
- « Constitutionnalisme et Etat de droit », communication à l'atelier sur la promotion des transitions démocratiques pacifiques en Afrique - Bamako, Mali - novembre 2008 ;
- « Emergence de la Justice Constitutionnelle », in Revue Pouvoirs n° 129 Paris, Seuil 2009, p. 101-114 ;

- « Les défis de l'alternance démocratique en Afrique », communication à la conférence internationale sur les défis de l'alternance démocratique, Cotonou - Bénin - février 2009 ;
- « La Constitution, garante de l'alternance démocratique », communication à la conférence internationale sur les défis de l'alternance démocratique, Cotonou - Bénin - février 2009 ;
- « Le Statut de l'opposition », in Démocratie et élections dans l'espace francophone, Bruxelles- Bruylant 2010 ;
- « Le Citoyen : Pierre angulaire de la Justice Constitutionnelle », communication au VIe congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français - Marrakech - Maroc - juillet 2012 ;
- « Les idées constitutionnelles du professeur Ahanhanzo-Glèlè », communication au colloque international sur le thème : « La Constitution Béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? En hommage à l'œuvre du Professeur Maurice Ahanhanzo-Glèlè », Cotonou - Bénin - août 2012.



Cour Constitutionnelle

Cinquième Mandature (2013 - 2018)

N°	NOM et Prénoms	Date et lieu de naissance	Situation matrimoniale	Qualité	Fonction
1	HOLO Théodore	15 Avril 1948 à Porto-Novo	Marié	Juriste de haut niveau	Président
2	KORA YAROU Zimé Yérima	Vers 1947 à N'dali	Marié	Personnalité de grande réputation professionnelle	Vice-Président
3	GBEHA AFOUDA Marcelline	16 Janvier 1955 à Abidjan	Mariée	Magistrat	Membre
4	DATO Comlan Simplice	1 ^{er} Mars 1966 à Djakotomè	Marié	Juriste de haut niveau	Membre
5	DEGBOE Bernard D.	Vers 1951 à Djègbadji	Marié	Magistrat	Membre
6	NASSIROU Lamatou	Vers 1972 à Natitingou	Mariée	Personnalité de grande réputation professionnelle	Membre
7	IBRAHIM GBA-GUIDI Aki bou	Vers 1960 à Manigri	Marié	Magistrat	Membre

AVANT-PROPOS

Au pinacle de l'Etat de droit et de la démocratie béninoise et africaine, le Professeur Théodore HOLO et les conseillers de la Cour constitutionnelle de la cinquième mandature ont su graver en lettre d'or *le citoyen* dans les annales de la justice constitutionnelle.

En emboîtant le pas aux mandatures précédentes, la formation de la cinquième mandature de la haute juridiction présidée par le Professeur Théodore HOLO a posé les jalons du droit qui célèbre l'individu. Il n'est donc pas superflu de leur dédier une tribune scientifique dans la continuité de l'hommage rendue aux précédentes mandatures de la Cour constitutionnelle.

Le citoyen, qui retient ici l'attention, est l'objet de toute logique et dynamique juridiques. A cet égard, toute la finalité du droit est d'assurer l'épanouissement de l'individu pris dans sa dimension holistique. Ainsi, l'existence de la règle de droit n'a de sens que lorsqu'elle consacre les droits du citoyen en même temps qu'elle en assure le mécanisme de protection et de promotion.

C'est dans cette logique que s'est inscrite toute la jurisprudence de la cinquième mandature ; une jurisprudence constamment au service de la promotion et de la protection du citoyen. Elle s'appréhende par la mise en évidence de l'état du citoyen tout en dévoilant celui-ci dans tous ses états. Le citoyen devient par là même la clé de voûte de l'édifice social dont l'architecture est modelée par l'office d'un juge constitutionnel qui le rend consubstantiel à l'activité et à l'ordonnancement juridiques.

Dans ces conditions, on ne peut espérer une quelconque expression de l'Etat de droit sans le citoyen promu et protégé par le droit. C'est ce qu'offrent les différentes contributions à ces études dans leurs deux axes, précédées d'une réflexion préliminaire. Celle-ci présente le citoyen dans une approche évolutive. Le premier axe met l'accent sur « **l'état du citoyen** » tandis que le second révèle « **le citoyen dans tous ses états** ».

Il convient d'exprimer, sans ambages, une profonde gratitude à tous les contributeurs de cette étude en hommage à la cinquième mandature de la Cour constitutionnelle présidée par le Professeur Théodore HOLO.

Il convient aussi de féliciter le Professeur Joseph DJOGBENOU, président de la sixième mandature qui a initié ces hommages aux anciennes mandatures.

Il ne nous reste plus, après avoir remercié les contributeurs, qu'à émettre le vœu que cette étude contribue à mieux faire connaître le fonctionnement de notre Cour constitutionnelle à la fois promotrice et protectrice des droits de la personne et donc du citoyen au sens large.

Razaki AMOUDA ISSIFOU

Président de la Cour constitutionnelle

CHAPITRE INTRODUCTIF

L'IDÉE DE CITOYENNETÉ : RÉFLEXIONS AXÉES
SUR UN FAIT ÉVOLUTIF¹.

Hygin KAKAI

*Professeur Titulaire de Science politique,
Directeur du Centre d'Etudes Sociologiques
et de Science Politique (CESPo),
Université d'Abomey-Calavi (UAC)*

« Qu'est-ce qu'un citoyen qui doit faire la preuve, à chaque instant, de sa citoyenneté ? »². Cette assertion de Pierre Bourdieu révèle l'auto-renouvellement de notre processus de citoyenneté. Il ne s'agit pas d'une fin mais d'une quête, d'une affirmation de son identité citoyenne, d'un comportement, en un mot de quelque chose qui nous identifie comme tel au sein d'une communauté nationale. Nos paroles, nos démarches, notre style de vie, notre *habitus*, notre *socius*, etc. doivent présager d'une culture de citoyenneté.

Et pourtant, au quotidien c'est le citoyen qui prend un écart vis-à-vis de l'idéal citoyen. La révision consommée des constitutions africaines, la faible participation électorale dans certains pays, à la non-crédibilité des processus électoraux, à la corruption politique, la précarité de l'économie de marché d'ailleurs tournée vers l'extérieur, le désintéressement aux symboles de l'État, etc. sont des faits empiriques résultant non seulement de notre représentation mais aussi de nos pratiques en matière de citoyenneté. De fait, à quoi se réfère un acteur dès qu'il dit qu'il est un citoyen ?

1 La présente contribution est la version revue et augmentée de l'article KAKAI S. H. F., La citoyenneté démocratique au Bénin et en Roumanie in SOSSA D. C., (sous la dir.), *Nouvelles démocraties et socialisation politique : étude comparée des cas du Bénin, du Burkina Faso et de la Roumanie*, Paris, L'Harmattan, 2012, 240 pages.

2 BOURDIEU P., *Le Nouvel Observateur*, 8 octobre 1997.

Qui d'entre nous, refuse ces droits civiques au même moment où les devoirs sont à considérer pour autrui ? Quelle représentation faisons-nous de l'État pour nous investir dans une citoyenneté active? Que devrais-je faire pour mériter le statut de « citoyen » dans un régime démocratique ? Ou l'acquisition de nationalité de droit ou de fait suffit-elle pour un tel mérite ? Ces interrogations montrent que la citoyenneté est un sujet mouvant et une réalité complexe.

Cette réalité est d'autant plus complexe lorsqu'on sait que la citoyenneté, dans l'espace africain, a été articulée par diverses idéologies politiques dont la plus en vue depuis 1990 est, la démocratie libérale. En effet, les années 1990 sonnèrent le glas de ces régimes dictatoriaux qui faisaient de l'individu, non pas un citoyen mais plutôt un acteur-passif ou le non-citoyen. Avec la vague des conférences nationales souveraines, la Conférence franco-africaine de La Baule, le processus de transition démocratique a commencé la même année (1990) dans plusieurs Etats sans des approches comparées dans les choix constitutionnels et du modèle républicain, et donc du type de citoyen à projeter dans la démocratie. La construction de la citoyenneté démocratique fait montre des « États en chantier »³, c'est-à-dire que les mêmes acteurs qui construisent un régime démocratique participent de son changement qui laisse croire qu'il s'agit un nouveau commencement. Or, « la citoyenneté se présente dans nos démocraties comme le principe de la légitimité politique. Le citoyen n'est pas seulement un individu doté de droits lui permettant de faire valoir ses prérogatives sociales et politiques. Il détient en outre une part de la souveraineté politique »⁴. L'écart et l'invariant dans l'implémentation du fait citoyen engendrent une crise de citoyenneté, une citoyenneté remise en cause au profit de

3 BIERSCHEK T., *What do we mean by "States at work"?* Some ideas for discussion, 2007 (document de travail de projet de recherche) ; http://www.ifeas.uni-mainz.de/projekte/StatesatWork_neu.html

4 PITSEYS J., « Démocratie et citoyenneté », *Dossiers du CRISP*, 2017/1 (N° 88), p. 9-113. DOI : 10.3917/dscrip.088.0009. URL : <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2017-1-page-9.htm>.

logiques postmodernes. Les lieux de citoyenneté deviennent éparés. D'un point de vue socioculturel, on peut faire allusion à la multi-référence identitaire qui s'explique respectivement par la mosaïque d'ethnies, la présence des minorités nationales ou tout simplement des minorités ethniques et la diversité religieuse qui structurent, à forte dépendance, l'imaginaire politique et son réalisme. De ce fait, tous les acteurs sociaux, citoyen-électeur lors des échéances électorales et citoyen de tous les jours (vie quotidienne), ne se mirent forcément pas dans le même miroir « culturel ». Alors qu'on parle d'ethnicité pour l'Afrique, Bayart J-F⁵ soutient l'existence de nationalismes ethnolinguistiques dans des pays européens comme la Roumanie, la Hongrie, la Bulgarie, etc. La citoyenneté devient ainsi le produit de moules idéologiques, culturalistes et partisans. On peut alors se poser la question de savoir comment se fait l'ancrage de l'action citoyenne dans ces sociétés démocratiques.

L'objectif poursuivi par la présente recherche est d'analyser la représentation de l'action citoyenne dans un contexte de démocratie. La démarche heuristique empruntée nous permet d'explorer le concept de citoyenneté (I) et d'élucider sa matérialité (II).

I- Le concept exploré

On ne connaît pas assez un concept aussi polysémique que la citoyenneté. Il faut donc l'explorer. Cette exploration fait montre d'un concept incomplet conformément à son intentionnalité (A) et ses domaines de définition extensibles en raison de son opérationnalité (B).

A. Le concept incomplet

La citoyenneté, dérivée du latin, *civitas*, désigne l'ensemble des citoyens. En effet, dans les républiques de l'antiquité classique, le concept de citoyen désignait les membres libres de l'État participant

5 BAYART J-F., *L'illusion identitaire*, Paris, Fayard, nouvelle édition, 1996.

à son gouvernement. « Le terme grec *politeia* exprime l'idée d'une communauté de citoyens, d'un espace de discussion où les principes de la vie collective sont démocratiquement adoptés par les citoyens qui se considèrent en l'occurrence comme "semblables" (*homoioi*) dans l'espace civique, malgré leurs différences sociales. Sont reconnus les principes de l'*isonomia*, qui impose l'égalité des citoyens devant la loi, de l'*isegoria* (l'égale participation aux affaires) et de l'*isocratia* (l'égale participation au pouvoir). Les citoyens obéissaient aux lois qu'ils élaboraient librement en commun, mais cette citoyenneté était particulièrement exclusive, réservée à une minorité de descendants de citoyens athéniens, sans possibilités pour les femmes, les "métèques", les étrangers et les esclaves d'y accéder »⁶.

L'idée grecque de la citoyenneté, exprimée par Aristote, impliquait que les citoyens avaient le droit de participer aux fonctions législatives et judiciaires dans leur communauté politique. Dans la Rome antique, on distinguait deux classes de citoyens : les premiers jouissaient des droits attachés à la citoyenneté comme le droit de vote dans l'assemblée publique et les seconds pouvaient exercer en plus de cela, des fonctions dans l'État.

En langue nationale béninoise fon, le citoyen peut être désigné par l'expression *tovi* qui signifie « *l'enfant du pays* », c'est-à-dire un individu rattaché à une communauté nationale par des liens durables. Il désigne « un individu membre d'une société ou d'un Etat par extension, personne qui reconnaît l'autorité de cet État et peut légalement demander sa protection »⁸. Il est, d'après le *Lexique de politique*⁹, « la qualité de la personne qui dispose de tous ses

6 ALCAUD D., BOUVET L., CONTAMIN et al., *Dictionnaire de sciences politiques et sociales*, Paris, Editions Dalloz, 2004.

7 L'enfant du pays.

8 Encyclopédie Encarta, CD rom, 2005.

9 DEBBASCH C. et al, *Lexique de politique*, Paris, Dalloz (7^{ème} édition), 2001.

droits politiques (jouissance du droit de vote) dans l'État dont elle a la nationalité ». Madeleine Grawitz.¹⁰ dans le *Lexique des sciences sociales* dira que c'est le « membre de la communauté politique, (citoyen, État) jouissant d'un ensemble de droits et devoirs, dont celui de participer directement ou par représentants (droit de vote), aux affaires publiques ». Selon le *Lexique des termes juridiques*¹¹, en droit constitutionnel, le citoyen est un individu jouissant, sur le territoire de l'État dont il relève, des droits civils et politiques. Ainsi, « elle définit un lien juridique et politique entre un individu et une communauté politique. Un individu est considéré comme citoyen à partir du moment où lui sont distribués des droits civils et politiques qui l'intègrent à une communauté politique ». De fait, bénéficier du statut juridique de citoyen dans un Etat revient à être membre de cette communauté politique, jouissant de droits civiques et ayant des devoirs envers cette société.

Les composantes essentielles de la citoyenneté sont alors de trois ordres :

- des droits : ils sont civils (liberté d'expression, de pensée et de religion, égalité devant la loi, droit de propriété), politiques (droit de vote, d'être élu et de participation politique), économiques, sociaux et culturels (droit à l'éducation, droit à la santé, etc.) ;
- des devoirs (participer au développement de la nation, payer ses impôts, etc.) ;
- de la participation civique : il s'agit du dévouement à la chose publique (*res publica*), le sens des devoirs collectifs, la participation à la vie démocratique du pays, la participation au vote, la présence à des réunions publiques, etc.

10 GRAWITZ M., *Lexique des sciences sociales*, Paris, Dalloz (7^{ème} édition), 2000.

11 GUILLIEN R., VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, Paris, Ed. Dalloz, 2001.

Jean Leca renchérit en montrant que la citoyenneté moderne repose sur un idéal ayant trois aspects¹². Elle est tout d'abord un « statut juridique », qui confère des droits et des obligations vis-à-vis de la collectivité politique, et composée de trois éléments selon la division désormais classique proposée en 1948 par le sociologue anglais Thomas Humphrey Marshall :

- l'élément civil, c'est-à-dire les droits nécessaires à la liberté individuelle, à la justice ;
- l'élément politique au travers du droit de participer à l'exercice du pouvoir politique, comme désignateur ou comme décideur ;
- l'élément social relatif au degré de solidarité.

On peut donc soutenir que par principe, la citoyenneté est démocratique. Elle l'est puisqu'elle suppose des principes ou valeurs comme celles de liberté et de responsabilité, tant il est vrai que l'avenir de la démocratie est sous la responsabilité et la vigilance de tous les citoyens. Ainsi, la citoyenneté se réfère à l'univers de la cité, au sens politique du terme, c'est-à-dire des manières dont les pouvoirs politiques aux différents échelons de la société, du local au national, sont organisés, désignés et contrôlés. L'éducation à la citoyenneté implique donc obligatoirement une éducation au(x) pouvoir(s).

Si de façon classique, la citoyenneté peut être assimilée au concept de nationalité, elle peut également constituer un cadre transnational¹³. C'est le cas de la citoyenneté européenne¹⁴ qui globalise toute citoyenneté nationale. D'un point de vue de la philosophie politique, sa justification peut se lire de cette manière : la « citoyenneté a été jusqu'à présent nationale, les institutions qui l'ont organisée et rendue effective ont

12 LECA J., La citoyenneté entre la nation et la société civile in COLAS D., *Citoyenneté et nationalité. Perspectives en France et au Québec*, Paris, P.U.F., 1991.

13 SARR S., *L'éducation à la citoyenneté : le rôle de l'école*, <http://portail-eip.org/SNC/eipafrique/senegal/cit.html>, consulté le 15 juin 2010.

14 MAGNETTE P., *La citoyenneté européenne : droits, politiques, institutions*, Bruxelles, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1999.

été nationales. Or les nations sont affaiblies dans leur rôle de sujets historiques. [...] Nous ne disposons pas d'une meilleure idée pour faire vivre ensemble les hommes, par définition divers et inégaux, en respectant leur dignité, valeur fondatrice de la société démocratique. La citoyenneté se fonde en effet sur l'idée que, par-delà les différences et les inégalités, tous les hommes sont égaux en dignité et qu'ils doivent être traités juridiquement et politiquement de manière égale »¹⁵. En fait, la citoyenneté européenne a été établie par les Traités successifs de Maastricht (1992), d'Amsterdam (1997) et de Nice (2001) au profit de toute personne ayant la nationalité d'un État membre. Elle prévoit un droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes, une protection diplomatique communautaire aux ressortissants d'un État européen, un droit de pétition et un droit de regard sur la vie des institutions européennes notamment le parlement. Pour des auteurs comme Jürgen Habermas, il s'agit d'un succès postnational¹⁶ ou de ce que nous appelons la transcitoyenneté.

Cependant, ce concept a un caractère inachevé. Dans les faits, si la jeunesse européenne participe à la culture politique à travers plusieurs programmes culturels et éducatifs (tel que Erasmus) et si l'Union européenne développe des projets communautaires pour vivifier l'intégration, il faut souligner le fort attachement d'une frange de cette population à certains idéaux nationalistes et communistes au point où l'europanisation peut ne pas être mieux appréciée ou vécue. En outre, l'Afrique n'ayant pas pu réaliser l'Union africaine sur le plan de communauté humaine intégrée (mais plutôt comme une communauté d'États), une citoyenneté africaine reste, en dépit des marqueurs sociologiques existants (migration, lien de sang, langue, histoire, etc.), un projet futuriste fédérateur. Il est clair que la communauté politique et la société civile « africaines » devraient en arriver là pour qu'un

15 SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté?* Paris, Edition Gallimard, 2000..

16 HABERMAS J., *Après l'État-nation. Une nouvelle constellation politique*, Fayard, 1998.

dépassement de soi et de l'estime de soi puisse se faire dans un cadre transafricain. « La question de la citoyenneté [...] est liée selon Arendt à la question de l'engagement autant qu'à la question de certaines transformations et évolutions »¹⁷. Cette question se pose aussi sur les plans de déni ou de rejet d'identité. Nombre de citoyens de plusieurs pays africains ne s'identifient pas ou plus dans une citoyenneté nationale.

On peut en déduire, qu'en règle générale, la citoyenneté a trait aux relations entre individus dans une société démocratique (approche sociologique) d'une part, et d'autre part entre les individus et le pouvoir (approche des sciences politiques). Cette double posture nécessite que ça soit mis en évidence les domaines de définition, c'est-à-dire l'ensemble des valeurs qui font exister et déterminer la citoyenneté.

B. Les domaines de définition extensibles

Dans son ouvrage '*Qu'est-ce que la citoyenneté ?*'¹⁸, Dominique Schnapper revient sur la signification de la notion de citoyenneté. Sa typologie est la suivante :

- la citoyenneté a d'abord un sens juridique. Elle est liée à la jouissance des droits;
- la citoyenneté est aussi le principe de la légitimité politique. Le citoyen est alors le détenteur de la souveraineté puisque c'est « l'ensemble des citoyens qui est à la source du pouvoir et qui justifie que les décisions prises par les gouvernants soient exécutées. [...] Le citoyen est « roi » ou le citoyen est « souverain »;
- la citoyenneté est également la source du lien social. La vie en société est résolument politique. « Vivre ensemble, ce n'est

17 VINCENT H. (sous la dir.), *Citoyen du monde : enjeux, responsabilités, concepts*, Paris, L'Harmattan, 2004.

18 SCHNAPPER D., op. cit.

plus partager la même religion ou être, ensemble, sujets du même monarque ou être soumis à la même autorité, c'est être citoyens de la même organisation politique »¹⁹.

Cette typologie de Schnapper montre bien les champs d'application de cette notion que nous réduisons très souvent en la possession d'une nationalité, en une capacité juridique. Se limiter à ces considérations, c'est vider le concept de toute sa portée dans la mesure où, la citoyenneté (le fait d'appartenir à la même nation) ne peut être réductible. En ce sens, le rôle du citoyen ne peut se focaliser sur sa seule participation électorale. Il faut également la participation de ce dernier au développement de la nation. Cela suppose que les domaines de la citoyenneté sont extensibles et s'élargissent en fonction de l'offre de l'espace public et de l'espace politique. En effet, si la citoyenneté renvoie à l'existence d'une capacité juridique, elle fait aussi référence à des piliers qui sont amplement au cœur de l'action citoyenne. La civilité est une valeur cardinale de citoyenneté en ce sens qu'elle est éprise de dignité vis-à-vis de tout citoyen du monde. Elle n'établit pas de distinction entre les citoyens de diverses nationalités. La civilité suppose alors un code de conduite dans la société. Elle est différente du civisme qui nous oblige à privilégier les intérêts de la communauté nationale au détriment de nos ambitions personnelles. Il est question ici de ne pas léser un autre citoyen ou de privilégier un acteur d'une ethnie contre un autre, de respecter les lois et de réaliser ses devoirs en tant que citoyen, membre d'une communauté nationale. De même, la solidarité est une évidence dans la construction d'une

19 D'un point de vue de la sociologie de la modernité, cette acception trouve toute sa pertinence puisque l'individu ne se définit que par rapport à sa communauté politique mais, sans faire objet de réflexion dans le cadre de ce travail, il importe de relativiser ce point de vue si on se réfère à l'anthropologie sociale et culturelle « africaine » où la religiosité continue d'être parmi tant d'autres un symbole d'unité ou d'unification même autour du fait politique (Lire par exemple, MAYRARGUE C., *Dynamiques religieuses et démocratisation au Bénin pentecôtisme et formation d'un espace public*, thèse de doctorat en science politique, Institut d'études politiques de Bordeaux, CEAN, 2002, 538 pages).

réelle citoyenneté. À l'instar de l'« impôt de solidarité » existant dans certains pays du Nord, la solidarité constitue aussi un levier dans les pays du Sud dont le Bénin. Ici, le vivre ensemble pousse plusieurs acteurs sociaux à se manifester une solidarité fraternelle, communautaire ou nationale. Autant les citoyens s'auto-manifestent cette solidarité, autant l'État s'engage selon les cas spécifiques. Il y a là une différence de niveau entre les communautés nationales africaines et européennes où la première solidarité vis-à-vis de l'individu est, avant tout, une question étatique.

Ces piliers de toute citoyenneté fondent l'élargissement de son champ à des notions juridiques très essentielles la rendant expressive. Entre autres, on peut noter la liberté d'opinion qui est un droit fondamental. Le citoyen muet est un danger pour la démocratie et de surcroît pour les nouvelles démocraties en pleine construction. « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit »²⁰. Un tel droit fondamental, garanti par les instruments juridiques nationaux, régionaux et internationaux est souvent hypothéqué dans son effectivité. Il peut s'agir d'une restriction/privation par les décideurs politiques ou d'un abus par les citoyens eux-mêmes ou c'est l'abus qui induit la restriction/privation. Son effectivité s'accompagne également de la liberté d'expression, de la liberté d'association, de réunion et de manifestation. Ces libertés sont aussi prouvées et/ou éprouvées que la liberté d'opinion partout dans les nouvelles démocraties. Ces libertés constituent le socle de la réalisation de la défense de l'État, du respect scrupuleux des lois, du droit à une vie privée nécessaire à la protection contre toute intervention arbitraire, la protection du domicile, le secret professionnel, les TIC, etc.

20 Article 19 de la DUDH.

Aujourd'hui, la citoyenneté se définit de manière plus large comme un ensemble de rôles sociaux spécifiques où la personne a la possibilité de participer à des groupes qui défendent ses intérêts, ses idées comme les associations écologiques, associations de consommateurs, de défense des droits de la personne, associations de quartier, etc. Donc, être citoyen, c'est être partenaire de plusieurs responsabilités communes auxquelles on participe en s'informant, en informant, en travaillant, en consommant, en produisant. En conséquence la citoyenneté, c'est la capacité de reconnaître les valeurs éthiques requises pour la vie en commun, d'effectuer et d'agir avec la conscience d'appartenir à un corps social organisé²¹. Cependant, la responsabilité du citoyen ne peut être interprétée ou imagée comme une vie communautariste. En ce sens, il est intéressant d'observer qu'en Occident notamment dans les démocraties avancées, un citoyen responsable, n'est pas forcément celui qui loue ou qui défend corps et âme son gouvernement ou son pays. Ne pas défendre son gouvernement ou son pays, ne peut être assimilé à un comportement a-citoyen mais plutôt comme l'expression de maturité politique et sociale capable de faire évoluer l'action publique du pays. En revanche, il y a des pays comme le Bénin, le Burkina Faso, le Togo ou encore le Sénégal où une telle personne sera considérée comme un traître et non un patriote. Autrement dit, si le citoyen est titulaire de droits et d'obligations, ces droits ne se limitent donc pas au droit de vote même s'il s'agit d'un droit incontestablement citoyen. Les obligations du citoyen envers la communauté nationale et de la communauté nationale envers le citoyen sont à la fois dépendantes et interdépendantes.

Dans cette perspective, la cour constitutionnelle/le conseil constitutionnel, le conseil d'Etat et la cour suprême, etc. sont des institutions étatiques garantes de cette dépendance et interdépendance en matière de citoyenneté. L'Etat doit sécuriser

21 SARR S., op. cit.

juridiquement le citoyen puisque lui-même peut être à la base de l'arbitraire. L'autonomie de ces juridictions les amène à décider et statuer sur tout ce qui peut être du ressort du citoyen. La disposition d'écoute du citoyen mise en place dans certaines juridictions comme la Cour constitutionnelle du Bénin renforce l'ancrage du citoyen dans la communauté nationale puisque ce dernier a l'impression d'être écouté par l'État. Le simple fait d'exposer la situation jugée déplorable à l'État est une source possible de contentement et d'affirmation d'une identité nationale.

En outre, les lieux traditionnels (famille, école, arbre à palabre, etc.) de citoyenneté sont fissurés et laissent place à de nouveaux espaces presque insaisissables. "L'émergence d'une politique de la rue confère aux citoyens « ordinaires » une légitimité à prendre la parole"²². Mariama Diallo aborde également l'Internet comme « un nouvel espace de citoyenneté politique [...] le terreau privilégié pour la construction de la critique sociale »²³. Autant l'Etat en Afrique, autant la famille ou encore l'école n'est capable d'exercer un contrôle social rigoureux sur ces nouveaux espaces qui échappent dans une certaine mesure à l'ordre social pré-établi. Une telle dynamique révèle en cachant la matérialité de la citoyenneté.

II- Le concept matérialisé

Malgré son caractère inachevé et sa polysémie, la citoyenneté renvoie à des éléments concrets qui font d'elle un concept opérationnel. Le droit de vote reste donc un élément de spécification de citoyenneté (A) même si de plus en plus, et de jour en jour, la crise de citoyenneté est très perceptible (B).

22 DIALLO M., Les nouveaux espaces de citoyenneté politique en Afrique, *Revue internationale et stratégique*, N°2, vol2v 2022, pp. 109-117.

23 DIALLO M., op.cit.

A. Le droit véritablement citoyen

Le droit de vote reste le droit incontestablement citoyen. Il s'agit d'un droit consacré pour l'effectivité de la citoyenneté et ce, reconnu dans la plupart des constitutions démocratiques. Il permet aux citoyens d'exprimer leur volonté, d'élire leurs représentants aussi bien au niveau local (communal ou municipal), parlementaire (national ou européen) que central (présidence de la République). D'un point de vue de la doctrine politique, le Professeur Théodore Holo dira que « l'élection qui suppose compétition et choix entre plusieurs candidats et partis politiques porteurs de projets de société différents n'est significative que si elle est d'une part, libre, c'est-à-dire que l'électeur a été en mesure d'émettre son choix sans contraintes, d'autre part, sincère, c'est-à-dire que les résultats proclamés sont conformes aux choix des électeurs. Dès lors, l'organisation d'élections libres, honnêtes et transparentes devient un défi majeur des nouvelles démocraties africaines, voire l'enjeu fondamental de la démocratie moderne »²⁴. Il est donc « ... devenu pour les sociétés politiques contemporaines le thermomètre à l'aune duquel la communauté internationale classe ou déclassé, évalue ou dévalue les systèmes politiques, notamment dans les pays du tiers-monde. Du coup, le vote est une donnée capitale d'identification et de distinction des sociétés en négociation de démocratisation ou en espoir de libéralisation politique »²⁵. De fait, le vote est l'exercice constitutif de la souveraineté. La preuve, seuls les droits politiques sont spécifiquement liés aux citoyennetés dans de nombreux pays²⁶.

24 HOLO T., Préface de l'ouvrage BADET G., *Cour Constitutionnelle et régularité des élections du Bénin*, Cotonou, Fondation Friedrich Ebert, 2000.

25 SINDJOUN L., Le paradigme de la compétition dans la vie politique : entre tradition de monopole politique, État parlementaire et État seigneurial in SINDJOUN L., (sous la dir.), *La Révolution passive au Cameroun : État, société et changement*. Dakar, Paris, Codesria, Karthala, 1999, pp 269-330 (425 pages).

26 Un étranger bénéficie des autres droits et libertés fondamentaux.

Le droit de vote est très capital pour l'effectivité de la citoyenneté. C'est fondamentalement à travers l'exercice du droit de vote que le citoyen manifeste sa participation et son intérêt à la démocratie. Par son vote, l'électeur (citoyen) désigne ses représentants à l'Assemblée nationale qui exercent, à leur tour, le contrôle citoyen de l'action publique grâce au contrôle de l'action gouvernementale, le vote des lois, des accords de prêts et des ratifications. De ce fait, si l'alternance démocratique est une émanation de la classe politique, il faut reconnaître que sa consécration est faite par le citoyen à travers l'acte de vote. Cet acte de vote traduit dans les faits, la participation citoyenne qui limite ou ne consolide pas tellement l'enracinement de la culture démocratique. Ainsi, le fait de ne pas voter n'est-il pas une fausse manière d'exercer son droit de vote ?

De ce fait, les variations notées dans la participation au vote²⁷ traduisent, ce qu'il convient d'appeler l'abstentionnisme électoral qui se manifeste par un refus catégorique ou circonstanciel du citoyen à exercer son droit de vote. Il urge alors de tenter d'expliquer les causes probantes de la faible participation électorale pour, mieux être dans le réalisme de l'intention des acteurs sociaux (le citoyen). En effet, on peut retenir essentiellement deux raisons : l'une, liée à la nature des institutions chargées de l'organisation des élections et l'autre, de nature sociologique relative à la perception du fait politique par le citoyen. Pour les causes institutionnelles, il faut rappeler que pour une bonne gouvernance électorale, il a été mis en place des institutions indépendantes chargées de mieux conduire le processus électoral. Des faiblesses structurelles sont notées dans l'organisation des élections au Bénin : des déficiences dans la gestion des infrastructures et équipements, des problèmes chroniques dans le financement et la gestion des budgets électoraux, des difficultés dans la transmission et l'établissement des résultats, etc. De même, le cadre législatif, la

27 C'est une évidence que dans toutes les démocraties, la participation électorale est variée et en pleine crise de croissance.

fiabilité des listes électorales, la tenue des registres des électeurs, l'organisation des élections tout en tenant compte de la mobilité des citoyens-électeurs, ont autant de contraintes auxquelles l'institution électorale a été confrontée. Le multipartisme qui au lieu de participer à la consolidation du processus démocratique l'a fragilisé davantage par la création « utilitariste » des formations politiques. Les réformes du système partisan restent encore comprises ou incomprises pour certains acteurs. Ces dysfonctionnements font non seulement douter les citoyens mais aussi leur font perdre confiance dans la crédibilité des élections. Il est souvent pensé que des acteurs de la commission électorale sont des acteurs politiques ou positionnés dans ces structures pour jouer le rôle des entrepreneurs politiques qu'ils soient de la mouvance ou de l'opposition.

Les facteurs sociologiques sont essentiellement liés au désintéressement de la chose politique²⁸, à l'organisation d'élections ne débouchant pas sur une alternance politique, à la transhumance politique²⁹, à l'inexistence de projets de société alternatifs, au jeu parlementaire en *ping-pong*, aux scandales de « corruption »³⁰, à la montée en puissance de l'élite urbaine³¹ dans la gestion du pouvoir politique, etc. Ces divers facteurs expliquent la désaffection du citoyen. À cette démobilisation électorale, nous pouvons ajouter deux autres raisons pertinentes : le vote ethnique et le clientélisme (*clientelism*) voire l'ethnoclientélisme. En fait, les sociétés démocratiques africaines sont pluriethniques. Il s'ensuit que la pluralité politique s'inscrit dans une logique de segmentation et de parcellisation de

28 BOY D., MAYER N., Les formes de la participation in BOY D., MAYER N. (sous la dir.), *L'électeur a ses raisons*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1997.

29 AWOUDO F. K., *Le mal transhumant. Les infidélités politiques dans le Bénin démocratique*. Cotonou, Edition Tundé, 2004.

30 BLUNDO G., de SARDAN J-P. O., La corruption quotidienne en Afrique de l'Ouest in BLUNDO G., de SARDAN J-P. O., (sous la dir.), *État et corruption en Afrique, une anthropologie comparative des relations entre fonctionnaires et usagers (Bénin, Niger, Sénégal)*, Paris, APAD-Karthala, 2007.

31 Or il est aussi connu que l'électorat urbain, et politisé, se rend de moins en moins aux urnes.

l'espace ethnique³². Plusieurs partis politiques comptent surtout sur un électorat d'identification partisane³³. Si cela paraît évident, le débat politique, étant souvent centré et recentré autour des enjeux ethniques ou pécuniaires plutôt que sur les questions de développement, le citoyen fait dès fois un vote « opaque ». De plus en plus, l'opacité du vote se fait encore sentir par le rôle quasiment prépondérant que joue l'argent dans les élections. Le vote est d'autant plus matérialisé qu'un jeu de pouvoir et d'alternance démocratique.

Ainsi, si le droit de vote est garanti par les constitutions (élément juridique), dans son opérationnalisation, des aspects institutionnels et sociologiques sont contraignants et altèrent la participation au vote. Toutefois, il convient de souligner que dans de nombreuses démocraties qu'elles soient nouvelles ou anciennes, les élections législatives suscitent moins d'engouement que celle présidentielle tout comme cette dernière est devenue moins attractive partout ailleurs. De fait, doit-on rendre le vote obligatoire comme c'est le cas en Belgique, au Luxembourg, en Grèce, en Turquie et en Australie, etc. ? Encore que la question est très peu d'actualité dans la doctrine juridique africaine et au nom des droits de l'homme, les libertés publiques obligent de responsabiliser le citoyen (l'électeur) dans son choix. Ou, doit-on penser l'abstention ou la non-participation politique comme une négation de la citoyenneté ?

En fait, être citoyen ne s'exprime pas toujours à travers le droit politique de vote mais aussi par l'entremise d'autres types de relations que ce dernier pourrait avoir avec l'État. Le droit de vote est donc l'un des multiples instruments qu'un citoyen a pour se "rapporter"

32 Cf. KAKAIS H. F., *Le vote ethnique au Bénin : contribution à une étude sociopolitique de l'élection*, thèse de doctorat unique en Sciences politiques, Chaire UNESCO/FADESP, UAC, 2011.

33 * CAPELLE-POGĂCEAN A., RAGARU N., En quoi les « partis ethniques » sont-ils « ethniques » ? Les trajectoires du MDL en Bulgarie et de l'UDMR en Roumanie, Centre d'études et de recherches internationales Sciences Po, *Questions de recherche / Research in question*, n° 25, Juin 2008, publié sur <http://www.ceri-sciences-po.org/publica/qdr.htm>, consulté le 15 juin 2009 * BRUBAKER R., Au-delà de l'« identité », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2001/3, 139.

à son État, et pas nécessairement le plus pertinent. À la différence du droit de vote comme un droit incontestablement citoyen, le droit de vote est-il un droit qui appartient au citoyen? Le Professeur Paul-Gérard Pougoué qui se pose cette interrogation tente de l'élucider en montrant que le droit de vote ne devrait être pas étendu aux seuls nationaux. "Il faut dire que l'éthique des droits de l'homme imprime sur ce point une évolution inévitable vers d'abord la reconnaissance des exceptions à la liaison nationalité/citoyenneté et vers ensuite une transformation de la figure du citoyen qui ne serait plus simplement nationale"³⁴. Il s'agit là d'une conception du droit de vote dans la perspective d'une citoyenneté africaine.

En revanche, l'aide humanitaire, la négociation d'importantes relations économiques pour son pays ou la dynamisation de mouvements sociaux tels que les organisations professionnelles, les associations paysannes, la participation civique à travers les ONG, les associations syndicales, etc. par des citoyens peuvent servir de « laboratoires » de la démocratie dans les pays africains. Des exemples très illustratifs sont ceux de *Civil Rights Movement*, aux Etats-Unis pour les droits des Africains-Américains, le Mouvement pour l'émancipation des femmes, etc. qui ont promu des thématiques de défense des droits de la personne pour les gouvernements d'époque, thématiques qui aujourd'hui font partie du discours politique et de la politique gouvernementale (tout en devenant *mainstream*), à cause de leur internalisation par l'État. En Occident, les citoyens modèlent voire modélisent (plus ou moins) l'État, par contre dans les pays comme le Burkina Faso, le Mali, le Niger, etc. c'est plutôt l'État qui modèle le citoyen à ses fins utilitaristes pas toujours souveraines (les coups d'État). Ici, il y a une différence entre les cultures participatives et celles parochiales.

34 POUGOUE P.-G., l'état des droits de l'homme en Afrique in Chaire UNESCO des Droits de la personne et de la démocratie, *Recueil de cours de la 5ème session régionale de formation en droits humains*, Cotonou, juillet 2004.

Dans une toute autre approche, on peut aussi élucider la participation politique des citoyens en s'intéressant à leur représentation sociale du fait "citoyen", ce qui permet d'élucider la crise de citoyenneté qui existe ici et ailleurs.

B. La crise de citoyenneté

Le citoyen doit toujours être un citoyen critique³⁵. Il est question de savoir s'il existe encore un citoyen dans ces nouvelles sociétés démocratiques. Pour ne pas être trop radical et sombrer dans le pessimisme, on se demande si le citoyen adhère à la cause d'intérêt public ou du moins, sommes-nous dans des États sans citoyens au point où l'État est moins protecteur des droits humains et de la personne ? « Les droits du citoyen ne valent rien sans les droits de l'homme, tandis que la citoyenneté ne s'arrête pas aux frontières du politique »³⁶. En effet, malgré l'effort de la communauté internationale pour l'effectivité de la Déclaration universelle des droits de l'homme, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC), etc. les États africains, nouvellement démocratiques, n'assument pas, à part entière, leurs responsabilités (protection sociale, lutte contre la pauvreté, etc.) vis-à-vis des citoyens. A contrario, l'observateur peut constater la légèreté avec laquelle la gouvernance publique est entreprise, tout comme le mal transhumant, l'impunité des gouvernants, l'émiettement des forces politiques de la mouvance et de l'opposition, les coups d'État, le terrorisme, les tractations inhibant l'alternance politique et ce, pour une « démocratie déguisée ». De plus, tout porte à croire que des gouvernants utilisent un discours annonciateur de bien-être aux populations pour se faire élire et après ces échéances, les intérêts privés

35 SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté?* Paris, Edition Gallimard, 2000.

36 LOCHAK D., La citoyenneté : un concept juridique flou in COLAS D., EMERI C., ZYLBERBERG J. (sous la dir.), *Citoyenneté et nationalité*, Paris, PUF, 1991.

ou la « politique du ventre »³⁷ sont des immixtions dans la sphère publique. D'un point de vue psychosocial, le "simple" citoyen est ou se sent vaincu de ne pouvoir pas changer l'ordre de l'inégal voire du déséquilibre. Ces faits marquent le dédain d'une majorité de citoyens à la chose publique.

Des expressions auxquelles font allusion des acteurs sociaux béninois telles que '*je ne suis pas fier d'être Béninois*', '*si je trouve une autre nationalité plus convenable, je zappe*', etc. ou des acteurs sociaux roumains '*je veux aller en France, j'aime la France*', '*j'ai la nationalité roumaine et la citoyenneté roumaine, la citoyenneté hongroise mais pas la nationalité hongroise*', '*je déteste la politique et les hommes politiques*', etc. témoignent du relâchement des valeurs citoyennes.

On pourrait parler d'une « citoyenneté désincarnée »³⁸. Une telle citoyenneté engendre une crise des valeurs, voire une crise de civilisation. Ou encore, comme certains parleront de crise de croyance, et d'autres d'une société de décroyance³⁹. De même, nombre de citoyens ne s'identifient plus dans les symboles et rites politiques (fête nationale ou d'indépendance, cérémonial des couleurs) qui n'ont de sens profond pour eux ; et pourtant, il s'agit de rites collectifs intégrateurs. En Roumanie, presque toutes les infrastructures publiques voire des espaces privés sont dotés du drapeau national "épaulé" par celui de l'Union européenne et pourtant, son symbolisme est insignifiant pour certains. Dans d'autres États notamment au Sud du Sahara, ce symbole est quasiment inexistant dans des espaces publics ou administratifs; les valeureux des nations

37 BAYART J-F., *L'État en Afrique : La politique du ventre*, Paris, Fayard, nouvelle édition, 1989, 2006.

38 COSTA-LASCOUX J., Les échecs de l'intégration, un accroc au contrat social, *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°111, 2004, p.19-27.

39 LANGLAIS J-L., Quel citoyen ? Quelle société civile ? Quelle culture politique ?, 5^{ème} Congrès Peuple et Culture, *Du citoyen à la citoyenneté : quelle culture politique ?*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1981.

ne sont pas célébrés. Ce désintéressement se traduit également dans l'attitude individuelle des citoyens. Les comportements d'incivisme (destruction de biens publics, consommation anarchique de l'énergie électrique et de la climatisation dans les services publics, etc.), le travail inachevé ou mal fait, la lenteur administrative, les coups bas pour nuire à la promotion de ses pairs, l'adhésion à un mouvement associatif ou une formation politique sans une réelle participation civique et politique en sont quelques exemples.

À cela pouvons-nous ajouter une citoyenneté moins agissante face à la dynamique politique. Il suffit qu'un groupe politique soit au pouvoir pour que la grande masse de citoyens adhère consciemment ou inconsciemment à sa cause puisqu'on peut trouver « à bouffer ». Ceux qui n'adhèrent pas à cette participation très informelle et insoutenable de vie politique sont considérés comme des opposants au régime en place et peuvent ne pas être associés à la gestion du pouvoir politique ou limités dans leurs accès aux ressources de l'État. Dès que l'État cherche à traiter avec l'individu plutôt qu'avec le citoyen, on peut y noter un dysfonctionnement dans la fonctionnalité de la démocratie. Marc Sadoun renchérit cette position en montrant qu'« un État qui se révèle impuissant à transformer l'individuel en collectif et ne dialogue qu'avec des individus consent à n'être plus que le réparateur du social. Il s'épuise et épuise ses ressources à répondre au coup par coup et sans contrepartie collective aux demandes sans fin des individus. Il assume bien la fonction, essentielle en démocratie, d'égalité et de solidarité, mais dans les brèches qu'il ne cesse de colmater, il propose une médication mal adaptée aux principes de la République »⁴⁰. Pour David Miller, une démocratie au sens républicain « suppose un engagement de la part des citoyens : ceux-ci doivent non seulement prendre le temps nécessaire pour

40 SADOON M., L'individu et le citoyen, *Pouvoirs*, revue française d'études constitutionnelles et politiques, n°94, 2000, pp. 5-17.

s'intéresser et participer aux affaires publiques, mais ils doivent aussi faire l'effort de prendre en compte, lorsqu'ils expriment les opinions et les choix qui contribuent à orienter les décisions prises par le gouvernement, non seulement leur intérêt propre, mais aussi ceux de leurs concitoyens »⁴¹. Cet idéal républicain s'effrite dans les jeunes démocraties en quête de consolidation.

En l'absence de liens symboliques, le fait économique peut-il aider à former une identité citoyenne (telle la Suisse) ? Il faut admettre l'importance pas seulement des droits économiques abstraits, mais aussi des droits concrets empiriquement observables et mesurables de par leur contribution à la réduction significative de la pauvreté tels que le droit à la sécurité alimentaire, le droit au logement, etc. pour changer et faire changer l'opinion concernant l'État. Des menaces telles que le coronavirus, la guerre en Ukraine, le terrorisme, sont des aléas structurels rendant moins perceptibles des actions publiques. Or, le citoyen qui attend le secours de l'État se rend compte que l'État prend des résolutions et agit, mais cela n'atténue pas les effets collatéraux. L'État est, lui-même, dans l'impossibilité de se dépasser.

Un autre déclin de la citoyenneté reste et demeure l'ethnicité qui crée des frontières socioculturelles au sein même des frontières nationales. L'individu ne s'identifie au groupe qu'à travers sa communauté identitaire. D'un point de vue sociolinguistique, du *to* (pays, en langue béninoise Fon) au *tovi* (l'enfant du pays donc, le citoyen), le construit socialement adopté nous permet de déduire une autre expression *tomènou* (l'étranger, l'acteur social d'un autre pays). Or, ce *tomènu* n'est rien d'autre que le citoyen qui appartient à une autre sphère sociogéographique ou linguistique que la nôtre. L'espace social et de surcroît l'arène politique sont alors segmentés par le fait ethnique. Le modelage ethnique fait d'*habitus*⁴² détermine

41 MILLER D., *Citizenship and National Identity*, Cambridge, Polity Press, 2000.

42 BOURDIEU P., *Le sens pratique*, Paris, Edition Minuit, 1980.

la conscience collective. Ainsi, en Roumanie les minorités ethniques telles que les *Roms*, les *Serbes*, les *Turcs*, les *Magyars* cohabitent avec une société roumaine atypique sans un projet fédérateur ou commun que ça soit dans sa dimension politique ou sociale. L'exemple, le plus palpable est la parcellisation de l'enseignement supérieur en ligne hongroise et en ligne roumaine dans de nombreuses facultés de l'« Université Babeş-Bolyai » de la Transylvanie (Cluj-Napoca) dont notamment la faculté de sociologie et d'assistance sociale, la faculté des sciences économiques, etc. On note bien aussi le repli identitaire dans toutes ces sociétés pluriethniques d'Afrique où le vivre ensemble devient une cohabitation imposée par l'idée de construction d'une nation. Comment penser une citoyenneté active et généreuse si rien ne lie spécifiquement les citoyens entre eux?⁴³. « Il y a ceux à qui on refuse l'égalité parce qu'on leur refuse la citoyenneté. Mais il y a aussi ceux à qui l'on reconnaît en principe la qualité de citoyens, mais qui ne peuvent en exercer pleinement les prérogatives parce que, pour une raison ou pour une autre, ils n'accèdent pas à une entière égalité de droits avec les autres citoyens »⁴⁴. La citoyenneté dans son vécu culturel peut donc freiner la formation d'une communauté politique nationale unie ou vivant dans un état d'esprit unifié. La thèse réformatrice est qu'« en aucun cas l'identité ne peut absorber ou nier la citoyenneté sous peine de défaire le vivre ensemble démocratique. Mais, il est également vrai que la citoyenneté entendue comme un rattachement purement formel et abstrait vide de sens et de substance les liens de filiation et d'appartenance »⁴⁵. Ce qui devrait être réalisé reste irréalisable : savoir vivre une citoyenneté démocratique avec ou sans le facteur et les valeurs ethniques.

43 Ce questionnement a été posé par Sophie DUCHESNE, «Citoyenneté, nationalité et vote : une association perturbée», *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°120, 2007, p.71-81.

44 LOCHAK D., La citoyenneté : un concept juridique flou in COLAS D., EMERI C., ZYLBERBERG J. op. cit.

45 COSTA-LASCOUX J., op. cit.

En outre, des lieux de socialisation et de rayonnement citoyen tels que la famille, l'école et la société civile sont enclins à des mutations sociales. La famille, cellule de base de la société connaît assez de mutations liées à la reconfiguration des rapports entre les âges, à la recomposition du tissu familial, à la crise d'adultéité, à la déviance sexuelle, etc. Elle n'est plus tellement une référence. Elle se cherche elle-même. L'école, en tant qu'espace de savoir est moins fédératrice et unificatrice. C'est un lieu permanent de conflits, d'effritement de la masse salariale, de politisation syndicale. On pourrait affirmer une fin de l'accord autour de l'institution scolaire et universitaire. Et pourtant, c'est à elle que l'État confie la formation initiale du citoyen. La société civile, en tant qu'espace d'échanges et de contrôle citoyen de l'action publique est dans l'inexemplarité : il y a partout de '*l'État dans la société civile et de société civile dans l'État*'⁴⁶. Or « sans une participation active des citoyens à des institutions égalitaires, associations civiles, et organismes politiques appropriés, on ne saurait maintenir le caractère démocratique de la culture politique ou des institutions politiques et sociales »⁴⁷. Ces lieux de socialisation cèdent leur place aux plateformes numériques sur lesquelles autant on construit une démocratie numérique autant on déconstruit une citoyenneté.

Le citoyen se retrouve alors dans des espaces sociopolitiques où normes et valeurs socialement admises cèdent à une pluralité de « principes de justification ». L'acteur social négocie tout et oriente son action en tenant de plus en plus compte de ses intérêts stratégiques plutôt que de l'intérêt public. D'un point de vue de la théorie sociologique, ces mutations tentent de remettre en cause le modèle intégrateur soutenu par des sociologues tels que

46 HABERMAS J., *L'espace public. Archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Paris, Payot, 1986, 260 p.

47 TOCQUEVILLE A., *De la démocratie en Amérique*, Tome 1 et 2, Paris, Robert Laffont, 1986.

Durkheim et Bourdieu. La communauté à travers l'intériorisation des normes et l'assimilation des valeurs est fragilisée et confrontée à un certain réalisme qui s'explique par plusieurs logiques d'action et représentationnelles qui ne s'excluent forcément pas : intégration, différenciation, subjectivation. En ce sens, la question des identités est dans nos sociétés démocratiques contemporaines une problématique centrale de la citoyenneté en termes d'accès, de négociation, de dénégation et de dévolution au pouvoir et aux espaces publics, voire privés.

CONCLUSION

La citoyenneté relève fondamentalement et essentiellement du domaine du politique. Si elle renvoie à des concepts tels que le civisme, la civilité; la citoyenneté ne pourrait être réductible d'un point de vue conceptuel. Il y a autant de droits de la personne qu'on pourrait typologiser de devoirs du citoyen. Indubitablement, le fait citoyen compénètre l'essence politique de notre être.

Cependant, dans la matérialité de la citoyenneté apparaît le droit de vote comme un droit inaliénable détenu par le citoyen dans les conditions prévues par les législations internes de chaque pays. Ce droit, capital à l'effectivité de la citoyenneté notamment dans un contexte d'État de droit démocratique est, dans la réalité sociopolitique, infléchie aussi bien par les imperfections des institutions en charge de l'organisation et du contrôle des élections que par le comportement des acteurs. On y voit une mise en cause des institutions et des pouvoirs publics par les citoyens au nom des principes mêmes de la démocratie.

En revanche, les pratiques démocratiques sont tributaires du modèle institutionnel, du type et du profil de citoyen. Dans les

nouvelles démocraties voire les plus avancées, la construction ou la consolidation d'État de droit se heurte à une réalité : la crise identitaire de la citoyenneté. « C'est un véritable paradoxe que de créer une communauté de citoyens. Comme toutes les inventions de l'homme qui font appel à la raison plutôt qu'aux passions, elle est essentiellement fragile, toujours menacée, toujours à défendre »⁴⁸. De fait, le citoyen trouve-t-il l'essence de sa citoyenneté?

48 SCHNAPPER D., *Qu'est-ce que la citoyenneté?* Paris, Edition Gallimard, 2000.

PREMIÈRE PARTIE
L'ÉTAT DU CITOYEN

LES MÉTHODES ET TECHNIQUES JURIDICTIONNELLES
DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

Joseph DJOGBENOU

Agrégé des facultés de droit,

Professeur titulaire des universités, droit privé,

*Avocat, ancien Président de la Cour constitutionnelle
de la République du Bénin.*

Le sujet est bien vaste, puisqu'il s'abstrait de toute délimitation, *ratione temporis*, et surtout *ratione iurisdictiones* (juridictions relevant de l'autorité ou du pouvoir judiciaire, internes ou internationales) ou encore *ratione loci* (entendu comme l'ordre juridique de référence).

Une première idée s'impose : il faut le circonscrire. *Ratione iurisdictiones*, la réflexion ne sera pas étendue aux juridictions relevant du pouvoir judiciaire. Ce n'est point en raison de ce qu'elles ne sont pas compétentes en matière de protection des droits de l'homme. Bien au contraire : ce sont les organes juridictionnels de protection des droits de la personne à titre primaire, c'est-à-dire ceux, dont la fonction essentielle est de protéger l'individu dans ses droits et l'être dans son existence. Certes, au cœur de la protection judiciaire, les droits subjectifs et le rapport du sujet avec le pouvoir administratif. Pour autant, c'est dans l'assiette des droits subjectifs que la doctrine jusnaturaliste élève certains à la dignité des droits fondamentaux, telle que la propriété et la liberté. En outre, du fait de la fondamentalisation des droits subjectifs en vue de les soumettre au statut des droits fondamentaux, il est de moins en moins aisé de distinguer ceux-ci de ceux-là, de sorte qu'il est possible d'affirmer que les juridictions relevant de l'autorité ou du pouvoir judiciaire

assurent également la protection des droits de l'homme. Toutefois, les juridictions relevant du pouvoir judiciaire sont saisies de la protection des droits de l'homme à titre à titre secondaire voire subsidiaire alors que les juridictions constitutionnelles sont saisies de la protection de ces droits à titre principal.

Une deuxième idée s'attache en effet aux notions de « méthodes et de techniques ». Au sens épistémologique, il faut les tenir pour synonymes puisque selon l'une ou l'autre notion, c'est bien de la démarche du raisonnement qu'il s'agit, dont le but est de dévoiler le sens de la règle, au moyen de procédés et d'arguments établis et reconnus, sur fond de rationalisme, souvent hypothético-déductifs, quelques fois empirico-inductifs. Il convient de les définir comme l'ensemble des démarches de l'esprit qui permettent au juge d'identifier, de caractériser et d'appliquer la règle de droit ou la norme juridique indiquée dans une situation juridique.

Enfin, une troisième idée est nécessaire à la définition des termes du débat : les juridictions concernées. On aura observé qu'il ne s'agit pas, pour les raisons évoquées, des juridictions de l'autorité ou du pouvoir judiciaire. La présente étude sera consacrée aux méthodes de protection auxquelles les juridictions en charge de la garantie à titre principal des droits de l'homme recourent. Le modèle reconnu se cristallise dans les juridictions éponymes, à vocation régionale, les Cours des droits de l'homme : la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Au plan régional et au plan interne, certaines juridictions communautaires, à vocation économique comme la Cour de justice de la CEDEAO, ou constitutionnelle en charge du contrôle de constitutionnalité comme certaines juridictions constitutionnelles comme celle du Bénin ont vu leur compétence primaire s'étendre à la garantie des droits fondamentaux et deviennent, par leur nature et en leur degré, des

cours des droits de l'homme. C'est sous cette vue et à l'illustration du modèle qu'impose la Cour constitutionnelle du Bénin que l'analyse sera proposée.

Cela dit, le constituant béninois du 11 décembre 1990 affirme « *solemnellement notre détermination par la présente Constitution de créer un Etat 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* ». A ce titre, il réaffirme son « *attachement aux principes de la démocratie et des Droits de l'Homme, tels qu'ils ont été définis par la Charte des Nations Unies de 1945 et la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, à la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples adoptée en 1981 par l'Organisation de l'Unité Africaine, ratifiée par le Bénin le 20 janvier 1986, et dont les dispositions font partie intégrante de la présente Constitution et du droit béninois et ont une valeur supérieure à la loi interne* ». La philosophie qui sous-tend cet attachement du constituant aux droits et libertés fondamentaux, c'est que, conformément à l'article 3 de la Constitution, « *La souveraineté nationale appartient au Peuple. (...) [et] s'exerce conformément à la (...) Constitution qui est la Loi Suprême de l'Etat.* ». Par suite, « Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires 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* ». Autrement dit, le Bénin a décidé de faire du juge constitutionnel, non seulement la clé de voûte de son architecture institutionnelle, mais aussi l'instrument privilégié de l'édification de l'Etat de droit.

Au regard des droits protégés, le Bénin n'a rien à envier aux Etats constitutionnellement émancipés. Il est un véritable Etat de droit constitutionnel pour au moins trois raisons. *D'abord*, la Constitution du 11 décembre 1990 consacre un titre entier, le titre II, aux droits et devoirs de la personne humaine. On y recense après l'affirmation introductive du caractère sacré et inviolable de la personne humaine, une série de droits aussi bien économiques et sociaux, que civils et politiques, voire, de solidarité. Il en est ainsi de l'égal accès des citoyens à la santé, à l'éducation, à la culture, à l'information, à la formation professionnelle et à l'emploi. On relève aussi le droit au développement, à la protection de la culture, le droit à la vie, la prohibition de la peine de mort, le droit à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne, la légalité des délits et des peines, la présomption d'innocence, la non rétroactivité de la loi pénale plus sévère, l'interdiction des arrestations arbitraires et abusives ainsi que des traitements cruels, inhumains et dégradants. La protection de la vie privée sous ces différentes formes, la protection de la propriété, des libertés de pensée, de conscience, de religion, de culte, d'opinion et d'expression, la liberté de presse, les libertés d'aller et de venir, de réunion, de manifestation, d'association de grève y trouvent également place. Le droit à l'égalité, l'égalité de droits entre hommes et femmes, les discriminations positives en faveur des femmes, la protection de la mère et de l'enfant ainsi que des personnes vivant avec handicap reçoivent aussi un traitement de choix. Et que dire, des droits de solidarité (droit à un environnement sain, droit à la paix) et des devoirs ? *Ensuite*, il est précisé, tant dans le préambule de la Constitution qu'à l'article 7 de celui-ci, que tous les droits prévus dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples font également partie intégrante de la Constitution. *Enfin*, l'Etat est partie aux traités les plus importants en matière de droits fondamentaux, notamment à l'ensemble de la Charte universelle des droits de l'homme.

Mais au-delà de la proclamation des droits, c'est leur effectivité qui est essentielle. Et la clé de cette effectivité, c'est le mécanisme de garantie prévu. Il paraît utile de s'intéresser à ce mécanisme pour observer comment la violation des différents droits ainsi consacrés ne reste pas sans sanction, en particulier, devant le juge constitutionnel.

Le constituant béninois de 1990, à l'opposé des autres constituants d'Afrique francophone, a voulu faire du juge constitutionnel, un protecteur spécifique et prioritaire des droits fondamentaux.

Alors que la Constitution sénégalaise de 2001, par exemple, fait de tout le pouvoir judiciaire¹ « *gardien des droits et libertés définis par la Constitution et la loi* »², que la Constitution tchadienne du 31 mars 1996 dispose en son article 144 que le pouvoir judiciaire qui est exercé par la Cour Suprême, les Cours d'Appel, les tribunaux et les Justices de Paix est le « *gardien des libertés et de la propriété individuelle [et] veille au respect des droits fondamentaux* », que la constitution malienne de 1992 en son article 81 fait du pouvoir judiciaire exercé par la Cour Suprême et les autres cours et tribunaux « *le gardien des libertés définies par la présente Constitution* » dans la mesure où il « *veille au respect des droits et libertés définis par la présente Constitution* », au Bénin, la Constitution du 11 décembre 1990 en son article 114, fait de la Cour constitutionnelle « *la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi (...). Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics.* », mais aussi et surtout, « *elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques* ». Il apparaît dès lors que la question de droits fondamentaux occupe une place essentielle et spécifique dans l'office du juge constitutionnel béninois.

1 Selon l'article 88 de ladite Constitution, « 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 ».

2 Article 91.

La question de la méthode d'examen des espèces dans lesquelles la protection des droits fondamentaux de la personne est invoquée est déterminante. En raison des différences de natures (la subjectivation des rapports juridiques en ce qui concerne le pouvoir judiciaire et l'objectivation de principe des mêmes rapports en ce qui concerne les juridictions constitutionnelles), les méthodes et les techniques sont pour le moins différentes. Par exemple, la méthode syllogistique est privilégiée par les juridictions relevant du pouvoir judiciaire. Aussi bien, faut-il se résoudre à considérer que la méthode syllogistique est insuffisante à permettre à la juridiction constitutionnelle d'assurer et d'assumer sa mission de garantie des droits de l'homme (I). La garantie des droits de l'homme étant la finalité essentielle, il importe au juge de s'affranchir des procédés formalistes pour assurer l'effectivité de ces droits (II).

I- L'insuffisance de la méthode syllogistique

Dans le modèle syllogistique qui fonde le raisonnement juridique sur un schéma logique, la règle de droit est la majeure, les faits de l'espèce constituent la mineure et le jugement est la chute conclusive du raisonnement logique. Cette méthode formaliste parie sur l'infailibilité du raisonnement juridique tout en prétendant préserver le principe de la séparation des pouvoirs. A tout le moins, elle confine le juge dans le rôle d'application des règles édictées par le législateur, son office étant de soumettre les faits aux lois. Toutefois, elle est insuffisante, pour une double raison, à permettre à la juridiction saisie à titre principal des droits de l'homme à atteindre les fins de garantie et de protection de ces droits. La première raison réside dans le caractère de la protection (A) et la seconde, dans sa finalité (B).

A- Une insuffisance à raison du caractère de la protection

La légitimité de la méthode formaliste réside dans le caractère subjectif de la protection assurée par le juge, à l'effet, dans chaque espèce et au gré des intérêts en cause, de dévoiler le contenu de la règle, sa signification, sa valeur et sa portée : par la bouche du juge judiciaire, la règle s'adresse à chacun, impliqué dans une espèce déterminée. Dans la perspective syllogistique, la protection fondée par la règle est assurée, « au cas par cas », à l'égard de chaque individu pris distinctement. Par le juge, la règle descend sur la personne en ce qu'elle est différente des autres, en ce qu'elle désire dans les limites et la mesure de ses intérêts concrètement considérés.

Or tel ne semble pas être le paradigme de positionnement des juridictions constitutionnelles, surtout lorsque celles-ci ont la charge de la protection des droits de l'homme à titre principal. La garantie visée l'est à l'égard de tous : elle a un caractère universaliste, humaniste et fondamentalement objectif. Ce qui est en cause, c'est moins l'espèce que la garantie à atteindre. La méthode syllogistique, à caractère formel, est alors inapte en raison de ce que, dans chaque espèce, ces juridictions constitutionnelles ont pour mission de dévoiler le contenu de la règle, sa signification, sa valeur et sa portée sans égards aux intérêts subjectifs ou particuliers en cause : par la bouche de la juridiction constitutionnelle, la règle s'adresse à tous, peu importe une implication ou non de l'individu dans l'espèce. Aussi, d'une part, la garantie peut-elle être assurée sans aucune espèce (1), d'autre part, est-elle nécessairement assurée au-delà des espèces (2).

1- La garantie assurée sans aucune espèce

La méthode syllogistique n'est pas appropriée lorsque, à travers le contrôle de constitutionnalité, la juridiction constitutionnelle assure la garantie des droits de l'homme. En pareille occurrence,

la garantie est abstraite et préventive. Le jugement a surtout lieu *a priori*, sans aucune espèce.

C'est le cas lorsque la Cour constitutionnelle opère le contrôle de constitutionnalité des textes à caractère législatif. L'article 117 de la Constitution béninoise dispose que la Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur « (...) - *la constitutionnalité des lois organiques avant leur promulgation ; (...)* ». De même, sur la base de l'article 123 de la Constitution, reprise par l'article 21 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle : « *Les règlements intérieurs et les modifications aux règlements adoptés par l'Assemblée Nationale, la Haute autorité de l'audiovisuel et la communication et par le Conseil Economique et social sont, avant leur mise en application, soumis à la Cour constitutionnelle par le Président de chacun des organes concernés* ». On pourrait ajouter que l'article 22 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, détaillant les conditions de mise en œuvre de l'article 117 de la Constitution, dispose : « *De même sont transmis à la Cour constitutionnelle soit par le Président de la République, soit par tout citoyen, par toute association ou organisation non gouvernementale de défense des droits de l'homme, les lois et actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques...* ». Enfin, il ne faut pas oublier que, conformément à l'article 121 alinéa 1 de la Constitution « *La Cour constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation.* ».

Une telle volonté de ne laisser aucun texte sans contrôle ou possibilité de contrôle de sa conformité aux droits fondamentaux constitutionnellement consacrés a permis d'obtenir quelques avancées sur le terrain de la protection des droits fondamentaux, en particulier le principe d'égalité et de non-discrimination.

Ainsi, la Cour constitutionnelle a pu décider, par décision **DCC 02 – 144 du 23 Décembre 2002**, que le fait pour le code des personnes et de la famille voté par l'Assemblée nationale et en instance de promulgation d'avoir prévu la possibilité pour l'homme d'avoir plusieurs épouses alors qu'une telle possibilité n'était pas reconnue à la femme était contraire à l'article 26 de la constitution consacrant l'égalité de tous devant la loi et en particulier l'égalité en droit de l'homme et de la femme³. Plus récemment encore sur le même code des personnes et de la famille, par décision **DCC 21-269 du 21 octobre 2021**, la Cour a pu constater, entre autres, « *qu'en déterminant ...les conditions d'attribution de nom à l'enfant dans les différentes hypothèses de la filiation, l'article 6 n'est conforme aux articles 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution, 3 et 18 alinéa 1 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples que lorsque les règles qu'il pose sont interprétées comme conférant un égal pouvoir à la femme placée dans les mêmes conditions que l'homme et préservant le droit fondamental de l'enfant à l'égale reconnaissance de la filiation de ses parents ; qu'aucun principe constitutionnel, aucun objectif à valeur constitutionnelle encore moins un impératif constitutionnel ne justifie l'admission d'une rupture de l'égalité dans ces situations* ». Pour ces raisons, elle a conclu « *qu'il en résulte qu'à la demande de la mère, l'enfant porte également son nom ; qu'il en est de même en cas de reconnaissance simultanée des deux parents ou en cas d'adoption par les deux époux ; que si, dans l'hypothèse de l'alinéa 4 de l'article 6 du code des personnes et de la famille, l'un des parents reconnaît l'enfant en dernière position, son nom sera adjoint à celui du parent dont l'enfant porte déjà le nom* ».

3 En dehors de l'article 26 de la constitution qui a servi de fondement à la décision de la Cour constitutionnelle et qui 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 position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit...* », on peut signaler aussi l'article 18, alinéa 3, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples dispose : « *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* ».

Mais, au-delà des recours directs réservés aux acteurs politiques *a priori* et à tous les citoyens *a posteriori*, ces derniers ont aussi la possibilité de soulever devant des juridictions ordinaires des **exceptions d'inconstitutionnalité**. L'article 122 de la Constitution dispose en effet que :« *Tout citoyen peut saisir la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours.* ».

C'est aussi le cas des textes à caractère administratif. L'article 3, alinéa 3, de la Constitution dispose en effet que « Toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires [aux 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.* ».

A titre illustratif sur les actes administratifs et réglementaires, par décision **DCC 19-271 du 22 août 2019**, la Cour a constaté, s'agissant d'un décret qui interdisait aux femmes de l'armée de se marier ou de se retrouver en état de gestation avant un certain nombre d'années après leur entrée en service, que « *les dispositions visées, qui élèvent en cause d'incapacité l'état de conception ou de gestation, sont contraires à l'article 26 de la Constitution en ce que ces incapacités, qui ne sont pas applicables dans les mêmes conditions à l'homme et à la femme, sont stigmatisantes à l'égard de celle-ci et, par suite discriminatoires ; qu'au surplus ces dispositions violent l'alinéa 2 du même article 26 de la Constitution qui prescrit à la charge de l'État, l'obligation de protéger la famille et particulièrement la mère et l'enfant ; que le fait pour l'article 5 du même décret de sanctionner de la radiation des forces armées la conception et la gestation est constitutif d'un manquement par l'Etat à l'obligation mise à sa charge par l'article 26 alinéa 2 de la Constitution ; que le décret*

n°79-287 du 30 octobre 1979 étant dès lors contraire à la Constitution, la radiation (...) fondée sur cette base, est également contraire à la Constitution ». C'est enfin le cas lorsqu'il s'agit des décisions de justice.

Après avoir longtemps hésité, et sans doute, entretenant encore quelques liens avec la méthode syllogistique⁴, la cour constitutionnelle s'est finalement échappée de cette méthode en s'intéressant également aux décisions de justice, à partir de la décision DCC 03-166 du 11

4 Tout commence en 1992. Conformément aux dispositions de l'article 159, alinéa 3, de la Constitution, le Haut Conseil de la République siégeait alors provisoirement en qualité de Cour constitutionnelle en attendant l'installation (en juin 1993) de celle-ci. Cette instance reçoit une requête par laquelle un ancien ministre, jugé et condamné en Cour d'assises, la saisit pour demander l'application de l'article 136 de la Constitution à son égard, autrement dit, pour dénoncer l'incompétence de la Cour d'assises à son égard et la compétence de la Haute Cour de Justice à cet effet. Constatant d'abord, que la Cour d'assises de Cotonou a déjà rendu un arrêt condamnant le requérant à huit années de travaux forcés, ensuite, que cet arrêt est susceptible d'autres voies de recours judiciaires, enfin, que *cet arrêt ne constitue pas un acte réglementaire au sens de l'article 117 de la Constitution permettant la saisine au fond de la Cour constitutionnelle*, le juge constitutionnel provisoire, par décision N° 13 DC du 28 octobre 1992, se déclare *incompétente pour réformer les décisions de justice*. Autrement dit, sur la base de cette jurisprudence, toute décision de justice doit être contestée par les voies de recours prévues à cet effet, donc suivre un parcours bien précis dont la dernière étape possible sera la Cour suprême, et non pas la Cour constitutionnelle. Donc, même quand il arrive que les voies de recours soient épuisées, notamment quand la plus haute juridiction judiciaire – ou administrative- à savoir la Cour suprême, rend sa décision, la Cour constitutionnelle maintient son incompétence à l'égard de l'arrêt ainsi rendu par la Cour suprême. Le juge constitutionnel considèrerait alors que le fondement d'une telle attitude devait être trouvé dans l'article 131, alinéas 3 et 4, de la Constitution aux termes duquel « *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.* ». Se considérant, à cette étape de son évolution jurisprudentielle, comme une juridiction parmi les autres, la Cour constitutionnelle a pu ainsi relever, dans sa décision DCC 11- 94 du 11 mai 1994, que malgré les dispositions pertinentes « *des articles 117, alinéa 4, 120 et 121, alinéa 2, de la Constitution [qui] donnent compétence exclusive à la Cour Constitutionnelle pour statuer sur les violations des droits de la personne humaine* », elle était incompétente pour statuer sur un arrêt rendu par la Cour suprême malgré le grief de violation des droits de l'homme allégué. Le 6 janvier 1995, dans sa décision DCC 95-001 du 6 janvier 1995, la Cour confirme son incompétence dans les mêmes termes, mais ajoute que, « *Considérant cependant que si la Cour constitutionnelle était compétente pour statuer sur la constitutionnalité de l'arrêt N° 93-06/CJ-P du 22 avril 1993, elle aurait jugé que : (...) les droits de la défense ont été violés* ». En 1998, alors même qu'était en cause la violation de l'obligation procédurale faite à toutes les juridictions d'avoir à surseoir à statuer et à renvoyer toute question préjudicielle posée devant elle au juge constitutionnel, la haute juridiction constitutionnelle a réaffirmé son incompétence à connaître d'un arrêt rendu par la Cour suprême. Rappelant le contenu de l'article 131 de la Constitution, le juge constitutionnel considère que « *ces dispositions constitutionnelles ne prévoient aucune réserve, même en ce qui concerne l'application de l'article 122 de la Constitution ; (...) Il est formellement interdit, non seulement aux parties, mais encore à quiconque, de remettre en question devant quelque juridiction que ce soit, ce qui a été jugé par cette haute juridiction dans son domaine de compétence ; que corrélativement la même interdiction est faite à toute juridiction de connaître desdites décisions.* ». En mai 2003, la Cour rappelle encore les normes susceptibles de recours individuels devant elle telles qu'elles apparaissent à l'article 3, alinéa 3, de la Constitution, à savoir; « *les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels* ». Pour justifier son incompétence dans l'affaire en cause, elle précise que « *les décisions de justice ne figurent pas dans cette énumération* ». L'impasse est manifeste.

novembre 2003. Elle affirme que « la cour a fixé sa jurisprudence en ce qui concerne les décisions de justice. (...) à travers plusieurs 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'elle ne viole pas les droits de l'homme ; ». Autrement dit, l'immunité qui couvre les décisions de justice devant le juge constitutionnel saute lorsque les décisions de justice violent les droits de l'homme. Dans ce cas, une décision de justice redevient un « acte » susceptible de recours devant la Cour constitutionnelle, sur le fondement de l'article 3, alinéa 3, de la Constitution. « Pour sortir des impasses de l'indépendance mutuelle des cours suprêmes, découlant des articles 124 alinéa 2 – autorité de chose jugée des décisions de la Cour Constitutionnelle – et 131 alinéa 3 - autorité de chose jugée des décisions de la Cour Suprême -, le juge constitutionnel a ainsi convoqué la disposition emblématique du Renouveau démocratique au Bénin qui institue une *actio popularis*, à l'origine de nombre de ses « grandes » décisions. »⁵.

Après s'être autoproclamé « la plus suprême des cours suprêmes en matière de droits de l'homme », il ne restait plus à la haute juridiction qu'à mettre en œuvre cette suprématie. Elle en aura l'occasion en 2004. Le 18 mai 2004, par décision DCC 04-051, elle relève 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*

⁵ « 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. Cf. Stéphane BOLLE « Constitution, dis-moi qui est la plus suprême des cours suprêmes », in, <http://www.la-constitution-en-afrique.org/6-categorie-10195442.html>, consulté le 4 novembre 2011.

5 Ibid.

l'arrêt n° 167/98 du 11 décembre 1998 a violé la Constitution ; ». 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. Dans la décision DCC 09-087 du 13 aout 2009, la Cour constitutionnelle réaffirme donc 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 sa décision, 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 ». Elle avait alors conclu que, sur cette question de dignité humaine, « l'arrêt n° 13/CJ-CT du 24 novembre 2006 de la Chambre Judiciaire de la Cour Suprême (...) est contraire à la Constitution. ».

Une partie de la doctrine a pu ainsi s'écrier : « Désormais, tout béninois en litige devant une juridiction non seulement a la faculté de se plaindre devant la Cour Constitutionnelle de tout acte juridictionnel qui méconnaîtrait les droits de l'homme, mais encore peut escompter la sanction par elle de tout abus caractérisé du pouvoir judiciaire. Un progrès de taille ! »⁶. Mais il convient de signaler néanmoins qu'un

6 S. BOLLE, « Constitution, dis-moi qui est la plus suprême des cours suprêmes », in, <http://>

tel mécanisme de contrôle des décisions de la Cour suprême revêt un caractère exceptionnel en raison des perturbations qu'il peut introduire dans la sécurité juridique⁷. La Cour n'y a recouru qu'une seule fois en trente ans de fonctionnement.

2- Une garantie assurée au-delà des espèces

Pour exercer à bon escient sa mission de garantie des droits de l'homme, l'espèce se présente à la juridiction constitutionnelle comme un prétexte, la protection assurée dépassant la portée des rapports interindividuels circonscrits dans un procès subjectif. On le voit, notamment dans les cas de contrôle exercé par les personnes, par voie d'action ou par voie d'exception. Dans une espèce illustrant ce point, les articles 336 à 339 du code pénal béninois relatifs à l'adultère étaient en cause⁸.

Le 22 mai 2009, la haute juridiction constitutionnelle béninoise est saisie par jugement avant-dire-droit du 15 mai 2009, de l'exception d'inconstitutionnalité évoquée devant la première chambre correctionnelle du Tribunal de première instance de Cotonou par Madame Nelly HOUSSOU et Monsieur Akambi Kamarou AKALA,

www.la-constitution-en-afrique.org/6-categorie-10195442.html, consulté le 4 novembre 2011. Voir aussi sur cette même question, J. AIVO, « Les contrariétés de décision entre hautes juridictions », *VIIJA*, N° 09 et 10, 2012, pp.7 et svtes.

7 Joseph DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice, une fantaisie de plus ? », in, <https://afrilex.u-bordeaux.fr/le-controle-de-constitutionnalite-des-decisions-de-justice-une-fantaisie-de-plus/>, consulté le 05 février 2022.

8 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 ».

assistés de Maître Reine ALAPINI GANSOU substituée par Maître Ibrahim SALAMI et Maître Magloire YANSUNU. Les requérants exposent : « ... 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... ». Ils estiment que ces dispositions violent les articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui consacrent le principe de l'égalité de l'homme et de la femme en droit. Ils demandent en conséquence à la haute juridiction de déclarer les articles susvisés contraires à la Constitution.

La Cour constitutionnelle, examinant cette requête, constatera, par décision **DCC 09- 081 du 30 Juillet 2009**, que : « *Le législateur a instauré une disparité de traitement entre l'homme et la femme en ce qui concerne les éléments constitutifs du délit ; (...) alors que l'adultère du mari ne peut être sanctionné que lorsqu'il est commis au domicile conjugal, celui de la femme est sanctionné quel que soit le lieu de commission de l'acte* ». Pour la Cour, « l'incrimination ou la non incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution, mais (...) toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire aux articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples ». C'est pour cette dernière raison que les articles 336 à 339 du Code Pénal ont été déclarés contraires à la Constitution⁹.

Si le caractère objectif de la protection affaiblit la méthode syllogistique, cet affaiblissement a également tout à avoir avec la finalité de la protection assurée par la juridiction constitutionnelle.

9 Voir Ibrahim SALAMI, « La question préjudicielle de constitutionnalité sur l'adultère. Les cas du Bénin et du Congo », *Droit et Lois*, N° 25 et 26, 2010-2011, pp. 18 et svtes..

B- Une insuffisance à raison de la finalité de la protection

Cette insuffisance pourra être vérifiée à deux niveaux : d'abord par le contenu substantiel de la finalité (1), ensuite dans sa traduction procédurale (2).

1- Le contenu substantiel de la finalité de la protection

La protection des droits de l'homme à titre de garantie par la juridiction constitutionnelle a une finalité axiologique en ce que ce qui est recherché, c'est la protection de l'humain dans l'être, dans sa complétude et dans son universalité. Il ne s'agit guère du rapport du droit à un sujet (droit subjectif en lien avec les situations juridiques), ou à un citoyen (droits civiques, de nature politiques), mais du rapport du droit à l'être humain (droits civils également de nature politique). Ce rapport irrigue les valeurs que cristallise la vie autour de la dignité humaine, de l'égalité et surtout d'universalité. La Constitution béninoise ne s'est pas trompée sur les références axiologiques : lorsque le droit invoqué est fondamental en ce qu'il s'attache à l'individu pris *ut universi*, dans le texte de la Constitution comme dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples qui y est intégrée (article 7 de la Constitution), la protection vise la « **personne** » : « *la personne humaine est sacrée et inviolable* » (article 8 al. 1), « *toute personne a droit à la culture* » (article 10 al. 1), « *toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente...* » (Article 17 al. 1), « *toute personne a droit à la propriété...* » (Article 22), « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience, de culte, d'opinion et d'expression dans le respect de l'ordre public établi par la loi et les règlements...* » (Article 23), « *Toute personne a droit à un environnement saint, satisfaisant et durable...* » (Article 27), « *toute personne a droit à la jouissance des droits et libertés reconnus et garantis par la présente Charte...* » (Article 2 CADHP), « 1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi ; 2. Toutes les personnes

ont droit à une égale protection de la loi » (Article 3 CADHP), « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue... » (Article 7 CADHP)», « Tout individu a droit à la vie... » (Article 15 al. 1 de la Constitution) etc. Cette protection vise également les « *individus* » : « Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne... » (Article 6 CADHP) etc. Le recours au pronom indéfini qualifie l'humain dans sa substantialité : « Nul ne peut être condamné à mort » (article 15 al. 2), « Nul ne peut être arrêté ni inculqué qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés » (Article 16 al. 1), il en est ainsi des droits énoncés à l'article 18 de la Constitution : « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Nul n'a le droit d'empêcher un détenu ou un prévenu de se faire examiner par un médecin de son choix. Nul ne peut être détenu pendant une durée supérieure à quarante-huit heures que par la décision d'un magistrat auquel il doit être présenté... », etc. Dans cette perspective de protection de ce qui constitue l'humain en l'être, la Constitution recourt même au groupe nominal « *tout être humain* », tel qu'il apparaît en son article 9 « Tout être humain a droit au développement de sa personne dans ses dimensions matérielle, temporelle, intellectuelle et spirituelle, pourvu qu'il ne viole pas les droits d'autrui ni n'enfreigne l'ordre constitutionnel et les bonnes mœurs ».

En chaque espèce, l'humain surgit, de sorte qu'au plan de la technique procédurale, le dépassement subjectif de la méthode syllogistique est essentiel.

2- La traduction procédurale de la finalité

La procédure devant la Cour constitutionnelle ne peut être attelée au caractère subjectif nécessaire à la méthode syllogistique.

Le contentieux est en effet marqué par une absence de litige juridique, au sens subjectif, c'est-à-dire de litige portant sur un intérêt

juridiquement protégé¹⁰. L'intérêt à agir n'est pas une condition¹¹ du déclenchement du procès constitutionnel. *De jure et de facto*, le procès constitutionnel déroge à l'adage traditionnel du procès civil « pas d'intérêt, pas d'action ». Les requérants ne disposent pas du procès et la saisine n'induit pas tous les effets des formes usuelles d'une action en justice. Il n'existe pas pour les requérants un droit de désistement¹², la possibilité de transactions¹³ partisans, de chose jugée relative ou de péremption d'instance¹⁴. La caractérisation objective du procès constitutionnel ne manque donc pas de produire des effets sur le statut des protagonistes ainsi que sur le pouvoir du juge dans ce type de procès.

Le statut des personnes à l'initiative du procès constitutionnel tient aux règles de saisine qui modèlent un accès ouvert à la juridiction constitutionnelle au moyen de règles de saisine d'une particulière souplesse. L'article 120 de la Constitution dispose que « *La Cour constitutionnelle doit statuer (...) après qu'elle a été saisie (...) d'une **plainte** en violation des droits de la personne humaine et des libertés publiques* ». Quant à l'article 121, alinéa 2 de la Constitution, elle précise que « [*La Cour constitutionnelle*] statue **plus généralement** sur les violations des droits de la personne humaine (...). ». Ces dispositions signifient que la Cour constitutionnelle statue sur des violations de droits fondamentaux, qu'elles proviennent des normes ou des faits et comportements.

10 J. ZILLER, « Les instruments juridiques de la protection des intérêts diffus et des biens collectifs : Le rôle des pouvoirs privés et la rentrée des pouvoirs publics », *Revue internationale de droit économique*, 3/2003 (t. XVII), p. 495-510.

11 A. BENJELOUN, « La recevabilité des saisines », in, Bulletin de l'ACCPUF, 2000, pp. 609-610.

12 Renonciation du demandeur, soit à l'instance actuelle, soit à l'appel ou à l'opposition, soit à un ou plusieurs actes de procédure, soit encore à la faculté d'agir en justice. S. GUINCHARD et T. DEBARD, (Sous Dir.), « Lexique des termes juridiques », Paris, Ed. Dalloz, 21^e édition, 2014, p. 322.

13 La transaction intervenue entre deux personnes a la même valeur qu'une décision passée en force de chose jugée, mais cette autorité est subordonnée à l'exécution de la transaction. S. GUINCHARD et T. DEBARD, (Sous Dir.), « Lexique des termes juridiques », Paris, Ed. Dalloz, 21^e édition, 2014, p. 928.

14 Extinction du lien d'instance prononcée à la demande de l'adversaire, quand la partie a laissé un délai de deux ans sans poursuivre la procédure. La péremption n'empêche pas de renouveler la demande, si la prescription n'est pas déjà accomplie. S. GUINCHARD et T. DEBARD, (Sous Dir.), « Lexique des termes juridiques », Paris, Ed. Dalloz, 21^e édition, 2014, p. 688.

La possibilité ainsi donnée aux citoyens de faire juger par la Cour constitutionnelle des faits attentatoires aux droits de l'homme sans avoir besoin de démontrer un intérêt à agir est sans doute l'une des méthodes les plus avancées de protection des droits de l'homme qui soit. C'est ainsi que cette possibilité a permis de nombreuses avancées jurisprudentielles dans tous les domaines des droits de l'homme.

Sur le terrain des droits civils et politiques, la plupart des plaintes en violation des droits fondamentaux destinées à faire sanctionner les faits en cause prennent comme fondement les articles 15 à 19 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 qui protègent le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de la personne¹⁵, le droit à la sûreté et l'interdiction de l'exil forcé¹⁶, le droit à la présomption d'innocence et la légalité des infractions et des sanctions¹⁷, l'interdiction de la torture et des sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, le droit reconnu à un prévenu ou à détenu d'être examiné par un médecin de son choix, la légalité des détentions, la limitation du délai de garde à vue et la nécessité de son contrôle judiciaire¹⁸, la répression des actes de torture ou de sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants commis par tout individu ou tout agent de l'Etat, le droit à la désobéissance reconnu à tout agent

15 Article 15 : « Tout individu a droit à la vie, à la liberté, à la sécurité et à l'intégrité de sa personne. ».

16 Article 16 : « Nul ne peut être arrêté ou inculpé qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement aux faits qui lui sont reprochés. Aucun citoyen ne peut être contraint à l'exil ».

17 Article 17 : « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public durant lequel toutes les garanties nécessaires à sa libre défense lui auront été assurées. Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas une infraction d'après le droit national. De même, il ne peut être infligé de peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise ».

18 Article 18 : « Nul ne sera soumis à la torture, ni à des sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Nul n'a le droit d'empêcher un détenu ou un prévenu de se faire examiner par un médecin de son choix. Nul ne peut être détenu dans un établissement pénitentiaire s'il ne tombe sous le coup d'une loi pénale en vigueur. Nul ne peut être détenu pendant une durée supérieure à quarante-huit heures que par la décision d'un magistrat auquel il doit être présenté. Ce délai ne peut être prolongé que dans des cas exceptionnellement prévus par la loi, et ne peut excéder une période supérieure à huit jours ».

de l'Etat lorsque l'ordre reçu constitue une atteinte grave et manifeste au respect des droits de l'homme et des libertés publiques¹⁹.

Il convient de citer, à titre d'illustration, une espèce en matière de non-respect de **délaï raisonnable dans l'examen d'un dossier judiciaire**. Le requérant expose qu'il a accompli les diligences nécessaires à l'aboutissement de son dossier n°64/RG- 16 dont la procédure est pendante devant la cour d'Appel de Cotonou, mais son dossier n'a jamais été évoqué malgré ses démarches à l'inspection générale des services judiciaires. Il sollicite l'intervention de la Cour aux fins de faire avancer son dossier. Par décision **DCC 22-002 du 13 janvier 2022**, la Cour a décidé ceci : « *Considérant* que l'article 7.1.d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples édicte, « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : ...d) le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale » ; qu'en l'espèce, la procédure querellée engagée depuis le 15 décembre 2011 n'a pas connu de dénouement jusqu'à ce jour, soit depuis plus de dix (10) ans ; que ce délai est anormalement long au sens de l'article 7.1.d) de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples précité ; que dès lors, les conseillers à la cour d'Appel de Cotonou qui ont connu de ce dossier ont méconnu les dispositions dudit article ». Sur le terrain des droits économiques et sociaux, leur nature spéciale peut apparaître comme un obstacle à leur protection comme l'illustre le premier cas, mais la deuxième affaire montre bien que la Cour peut également être saisie contre l'Etat dans ce domaine. Dans la première espèce, le 15 juillet 2009, la Cour constitutionnelle est saisie par Madame Fidélia A. APOVO qui porte plainte contre le Gouvernement de la République du Bénin pour violation des droits

19 Article 19 : « *Tout individu, tout agent de l'État qui se rendrait coupable d'acte de torture, de sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, soit de sa propre initiative, soit sur instruction, sera puni conformément à la loi. Tout individu, tout agent de l'État est délié du devoir d'obéissance, lorsque l'ordre reçu constitue une atteinte grave et manifeste au respect des droits de l'homme et des libertés publiques* ».

fondamentaux de l'homme en particulier les droits de l'homme à l'alimentation et à l'eau. La requérante développe qu'alors même que le coût des denrées alimentaires ne fait qu'augmenter, la goutte d'eau qui fait déborder le vase est la décision du Gouvernement du lundi 06 juillet 2009 qui porte sur une augmentation des prix de l'eau et de l'électricité. La Cour conclura, par décision DCC 12-124 du 07 juin 2012, que « *le droit du citoyen à l'eau potable fait partie de ses droits fondamentaux ; (...) il s'agit d'un droit-créance opposable à l'Etat ; (...). toutefois l'Etat ne peut couvrir l'intégralité d'un tel droit que dans la progressivité d'une politique donnée comprenant une contrepartie à supporter par tout bénéficiaire ; qu'il résulte des éléments du dossier que contrairement aux allégations de la requérante, le Gouvernement a engagé des actions pour alimenter progressivement la majorité de la population en eau potable ; que les prix de cession de l'eau potable tels que fixés par le Gouvernement (198 F/m³ pour le branchement individuel et 330 F/m³ pour l'accès collectif) sont en deçà du coût de revient du mètre cube d'eau traitée (473/m³), preuve de la détermination du Gouvernement à permettre à la majorité de la population l'accès à l'eau potable ; que, dès lors, on ne saurait conclure à une violation des droits de l'homme, à l'alimentation et à l'eau. ».*

Dans la seconde espèce, en 2011, l'Etat béninois lance un concours de recrutement d'auditeurs de justice en citant les conditions pour y participer. Estimant remplir lesdites conditions, Mlle Géronime TOKPO, aveugle, dépose son dossier le 16 mai 2011 à la Direction départementale du Ministère du Travail et de la Fonction Publique avec toutes les pièces requises en y ajoutant une autorisation à composer en écriture braille. Son dossier est rejeté par la Direction du recrutement des agents de l'Etat, seulement au regard de la pièce supplémentaire qu'elle a déposée, laquelle est une demande d'autorisation de composer en braille, et au motif que le poste n'est pas ouvert pour les épreuves en braille.

La requérante saisit la Cour constitutionnelle pour discrimination dans l'accès à la Fonction publique car, estime-t-elle, « une personne ne peut être exclue de l'accès à la Fonction Publique et aux charges publiques, seulement en raison d'un handicap visuel, alors même qu'elle jouit des aptitudes physiques et de l'équilibre mental et psychique »

Par décision **DCC 12-106 du 3 mai 2012**, la Cour constitutionnelle répondra :« *Si l'Etat doit tout mettre en œuvre pour éviter toute discrimination, il doit en plus, en ce qui concerne les personnes handicapées, prendre des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux* » ; qu'en l'espèce, l'Etat, en ne prenant pas toutes les mesures nécessaires pour faire composer la requérante en écriture braille au concours des auditeurs de justice alors même que celle-ci a régulièrement passé tous ses examens grâce à ladite écriture, a méconnu les dispositions *sus-citées de la Constitution* ; *qu'il échet de dire et juger qu'il y a traitement discriminatoire* ».

II- La recherche d'une méthode réaliste

Dans sa mission de protection des droits de l'homme à titre principal, soucieux de la protection des valeurs dont la règle est porteuse, la juridiction constitutionnelle s'affranchit vite de toute méthode formelle qui réduit son mouvement et son espace. A cet égard, juge des valeurs réelles et non des intérêts subjectifs, il se positionne dans une posture téléologique réaliste dont il faut relever les fondements (A) et les procédés (B).

A- Les fondements de la méthode réaliste

Le premier est la primauté des valeurs protégées sur la règle de protection (1) ; le second est la liberté consécutive du juge à l'égard de la loi (2).

1- La primauté des valeurs protégées sur la règle de protection

Dans la protection des droits de la personne éclosent les doctrines du droit naturel sur les valeurs constitutives de l'être humain dont la transmission générationnelle assure la pérennité de la race et du genre. Quoique discutées, voire contestées²⁰, ces valeurs consacrées depuis la charte du Manden ainsi que par les révolutions américaine et française, sanctifiées peu après leur création par l'organisation des Nations-Unies, doivent leur positivité par la reconnaissance et la protection qu'en assurent les juridictions dédiées. Ce qui relève de l'essence de l'être humain comme la vie, la liberté, l'égalité et la propriété ainsi que ce qui apparaît comme indispensable à son existence et sans qui l'essence perdrait de sens sont constitutifs de valeurs dont l'affirmation de la juridicité relèvent, à titre principal, de la juridiction qui en a la charge. A travers la règle, ce sont les valeurs que protège le juge.

Dans la décision Dame Adèle FAVI, c'est la valeur vie et, en particulier, intégrité de la personne humaine que la Cour constitutionnelle a entendu protéger dans une décision du 4 juin 2002²¹.

La requérante, une vendeuse, fut arrêtée le mercredi 06 février 2002 aux environs de 20 heures, de retour de son lieu de vente habituel, situé non loin de la Présidence de la République, en voulant traverser la route, par des éléments de la Garde présidentielle qui lui ont porté des coups de pieds « sans que l'arrivée du chef de l'Etat ne soit encore annoncée ». Ayant décidé de prendre la fuite, elle a été poursuivie, rattrapée et rouée de coups. Elle raconte qu'elle a « subi des

20 O. W. HOLMES, Collected legal papers, éd. H. J. Laski, New York, Hartcourt, Brace & Howe, 1920, p. 311-312 : «Les juristes qui croient au droit naturel – affirme Oliver Wendel HOLMES – semblent demeurer dans cet état d'esprit naïf, pensant que ce qui est connu et accepté d'eux-mêmes et de leurs voisins devrait être accepté partout et par tout le monde ».

21 **DCC 02- 058 du 4 Juin 2002**, voir aussi, Nicaise MEDE, « Note sous, Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 02-058 du 4 juin 2002 », Revue *Afrilex*, N° 4, décembre 2004, pp. 353-372., « <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/04jur17mede.pdf> ».

bastonnades, des coups de pieds de *rangers*, des chicottes, et trainée par terre jusqu'à une distance de 50 mètres avant d'être laissée inerte sans connaissance ». La plaignante poursuit qu'elle *s'est* retrouvée à l'hôpital grâce à des bienfaiteurs et que tout ce qu'elle avait sur elle est resté introuvable. Par conséquent, elle « porte plainte contre la garde rapprochée du Chef de l'Etat pour l'avoir soumise à un traitement inhumain et barbare et demande que justice soit faite ». Saisie le 11 février 2002 par cette plainte, la Cour constitutionnelle, se basant sur le certificat médical produit par la victime, constate que celle-ci souffre de « 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 jours ». Considérant d'une part que « ces lésions sont consécutives aux sévices et traitements cruels, inhumains et dégradants infligés à dame FAVI, et, d'autre part, que ni la réglementation en vigueur ni les explications fournies par le cabinet militaire du président de la République ne sauraient justifier de pareils traitements, la Cour constitutionnelle conclut que la garde rapprochée du président de la République a violé l'article 18, alinéa 1, de la Constitution relatif à l'interdiction de la torture et des sévices ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

C'est au profit de la valeur liberté individuelle que le juge constitutionnel a déployé son office dans une affaire emblématique sur les questions **d'arrestations arbitraires et de traitements inhumains et dégradants**, celle dite du « roi » EGBAKOTAN II²², non seulement par rapport aux parties en cause, puisqu'il ne s'agit plus de représentants de l'Etat dans l'exercice –ou non- de leurs fonctions,

22 DCC 02-014 du 19 février 2002.

mais aussi par rapport à la dimension religieuse et traditionnelle de la situation. Les faits sont les suivants : Le 08 décembre 1998, Monsieur Boris GBAGUIDI saisit la Cour constitutionnelle pour porter plainte contre le pouvoir royal de Dassa Zoumè pour « sévices corporels et violation de la personne humaine ». Le requérant expose ceci : « Pour un crime ou un délit commis, c'est le « roi » et sa cour qui décident du sort du coupable. En exemple, à Dassa - Zoumè, lorsqu'un citoyen vole quelque chose, le fameux roi, Egbakotan II, donne des instructions à ses associés afin qu'on lui mette la main dessus. Ensuite, il est conduit au Palais royal et là, il subit de véritables et humiliants sévices corporels qui lui sont honteusement administrés, et ce pour la plupart du temps par des bandits, les délinquants, les va-nu-pieds de Dassa - Zoumè ». Le requérant poursuit : « la même situation se produit également lorsqu'un citoyen est coupable de viol, d'inceste ou nie la paternité d'une grossesse qui, apparemment, lui appartient. Pendant ce temps, poursuit encore le requérant, il existe bel et bien une brigade de gendarmerie à Dassa - Zoumè (de même que) le tribunal de première instance d'Abomey.

Malgré tout cela, c'est le « Roi qui décide arbitrairement du traitement infamant à infliger aux mis en cause ». Saisie de cette requête et respectant la règle du contradictoire, la Cour constitutionnelle a diligenté des mesures d'instruction en direction du «Roi des Dassa». Ce dernier a répondu qu'effectivement, tout individu auteur sur le sol de Dassa -Zoumè de l'un des actes interdits par la tradition et les coutumes *Idaasha* et « dévoilé ou identifié par tous les moyens appropriés, est conduit au palais royal ». Il est aussitôt attaché par les cordes avant de subir un châtiment corporel consistant à le faire frapper de coups de chicottes car, ajoute le Roi, « la commission demeurée impunie desdits actes entraîne toujours des conséquences malheureuses et regrettables » telles que « maladie incurable, mort, folie, disparition définitive ». Sur cette base, le « roi » conclut que « Evolué fictif, l'auteur du recours. [Monsieur Boris GBAGUIDI]

peut être porté à prendre pour violation des droits de l'homme les sévices corporels dont il s'agit » or tous ces agissements se fondent, selon le « roi », sur le pouvoir religieux qu'il tient de la tradition *oro chiche*. Face à ces faits signalés par le requérant et confirmés par le « roi » de Dassa, la Cour constitutionnelle s'est prononcée. Rappelant le caractère républicain et laïc de l'Etat béninois²³, insistant sur la séparation des pouvoirs, l'indépendance de la justice et le monopole de la justice d'Etat sur les questions juridictionnelles, en particulier, les questions pénales²⁴, la Cour relèvera que le « roi » EGBAKOTAN II et sa cour se prévalent de prérogatives que ne leur donne pas la Constitution pour, prétendument, « rendre la justice ». « De surcroît, ajoute la Cour constitutionnelle, ils infligent des sévices corporels et des traitements inhumains et dégradants aux personnes mises en cause, au mépris de l'article 18, alinéa 1, de la Constitution ; ».

La haute juridiction conclut alors « qu'en agissant comme ils l'ont fait, 'même pour prévenir des châtements divins beaucoup plus cruels', le « roi » EGBAKOTAN II et sa cour violent la Constitution. ».

On peut également évoquer la protection de l'innocent telle qu'examinée par la Cour dans la décision **DCC 13-091 du 16 aout 2013**. La Cour y déclare, sur le fondement des articles 17 alinéa 1^{er} de la Constitution²⁵ et 7.1.b de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples²⁶ « *qu'un fait infractionnel commis dans une administration, un établissement ou une société peut également*

23 Article 1, alinéa 1, de la Constitution : « *L'État du Bénin est une République indépendante et souveraine* ». Article 2 de la Constitution : « *La République du Bénin est une et indivisible, laïque et indivisible* ».

24 Article 125 de la Constitution : « *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* ».

25 « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public durant lequel toutes les garanties nécessaires à sa libre défense lui auront été assurées ».

26 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend...le droit à la présomption d'innocence, jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie par une juridiction compétente ».

comporter un aspect disciplinaire autonome ; qu'aucune sanction disciplinaire n'a été prise à l'encontre de Frédéric TCHEDJI que par ailleurs, Monsieur Frédéric H. TCHEDJI incarcéré en février 2012, a été mis en liberté provisoire le 27 juin 2012 sous caution de la somme de F CFA trois millions (3.000.000) ; que jusqu'à la date du 30 janvier 2013 aucune décision définitive d'une juridiction compétente n'est intervenue ; que la culpabilité de Monsieur Frédéric H. TCHEDJI n'est donc pas légalement établie ; qu'en refusant de lui faire reprendre service entre le 27 juin 2012 et le 30 janvier 2013, date de la saisine de la Cour, Madame le Ministre de la Santé a méconnu le principe de la présomption d'innocence garanti par les dispositions suscitées de la Constitution ».

La valeur peut être même protégée sans la règle : sa seule reconnaissance suffit au juge. Le pouvoir de reconnaissance par la juridiction constitutionnelle de la valeur fondamentale dont le droit est porteur consacre la primauté de celle-ci sur celui-là et fonde également la liberté du juge.

2- La liberté de la juridiction constitutionnelle

Dans la protection des droits de l'homme, le juge saisi à titre principal n'est pas la bouche de la règle, il est le serviteur des valeurs que la règle est censée protéger. Ce pouvoir qu'il tient de ces normes de référence, notamment de la Constitution, fonde sa liberté à l'égard du législateur. C'est dans cet esprit que la Cour constitutionnelle a pu alors affirmer, dans une décision de principe que *« lorsqu'une requête élève à la connaissance de la Cour une situation de violation d'un droit fondamental ou de remise en cause d'un impératif ou d'un principe à valeur constitutionnelle, la Cour peut se prononcer d'office... »*²⁷. Les droits fondamentaux, les principes à valeur constitutionnelle ou les impératifs constitutionnels constituent

27 Décision DCC 18-141 du 28 juin 2018, in RCC, n°000, Cotonou, 2019, p. 164.

ainsi une partie du manche du glaive de la justice constitutionnelle qui échappe à la loi. Sous la même échappée, la Cour définit son rapport à sa propre décision. Puisque son office se définit sous l'onction, non de la « chose jugée » mais de la « norme interprétée », la Cour exclut toute vocation à l'irrévocabilité de son interprétation. Elle a pu en effet considérer dans une autre décision de principe que « ... l'application des dispositions de l'article 124 al. 2 et 3 de la Constitution ne s'oppose 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, à condition que le recours soit a posteriori par voie d'action ou d'exception, dans les termes de l'article 122 de la Constitution et que la loi en question ait été préalablement adoptée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée conformément à la Constitution afin que l'application en révèle les contrariétés dénoncées »²⁸. Quoiqu'il en soit, la construction méthodique de cette approche réaliste passe par le recours aux procédés adaptés.

B- Les procédés de la méthode réaliste

Sans être nouvelle, la boîte à outil méthodologique n'en est pas moins renouvelée. Aussi, aux procédés classiques (1), la Cour recourt-elle à un procédé nouveau (2).

1- Les procédés classiques

L'interprétation de la règle selon la méthode téléologique est essentielle au dévoilement par le juge des valeurs *a priori* qu'elle renferme. L'interprète qui vise alors la finalité du texte, la trouve de

28 Décision DCC 21-269 du 21 octobre 2021.

deux façons. Soit il considère que la portée de la règle se détermine au moyen de la formule littérale du texte et le but social poursuivi au moment de son élaboration ; la formule littérale étant l'élément fixe et le but social l'élément mobile qui peut être réalisé suivant des moyens différents. Soit, l'interprète recherche plutôt l'objectif qui a présidé à l'élaboration de la règle, notamment dans la politique législative qui permettrait d'en établir le sens.

Mais cette méthode pourrait ne pas suffire alors même que la valeur à protéger paraît réelle au plan des droits de la personne humaine. La liberté dont il peut se pourvoir à l'égard de la règle permet au juge constitutionnel de sortir de son lit naturel pour résoudre cette impasse épistémologique.

Sous cette vue, le parapluie épistémologique des principes et des objectifs à valeur constitutionnelle lui sert de rempart.

A l'origine, le « principe » procéderait de *primo* et de *capere*. L'un a le sens de « premier » et l'autre de « prendre ». Le *princeps* serait alors celui qui « prend la première place ». Le prince est devenu le chef, la tête, le soldat de première ligne. En droit, on peut considérer, à la suite du Doyen CORNU, que c'est la « règle ou norme générale, de caractère non juridique d'où peuvent être déduites des normes juridiques »²⁹. Le principe apparaît, dans une approche causale, comme le recours à la légitimation du droit, le fondement à sa justification. On n'est pas loin d'une métaphysique juridique et, particulièrement de la signification ontologique du « principe ».

A la recherche de l'essence de toute réalité et de toute connaissance, l'être humain regarde le ciel pour y puiser la cause efficiente. Avec Dieu, il découvre le « principe ». Mais celui-ci est également considéré comme un « secours », au plan de la logique aristotélicienne. Il est alors perçu comme la règle qui éclaire le droit. Sous cette vue, le Doyen CORNU définit le

29 CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Capitant, PUF, Coll. *Quadrige Dico de poche*, dernière édition mise à jour, Paris, 2013, p. 797.

« principe » comme la « règle juridique établie par un texte en termes assez généraux destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »³⁰. Il peut alors « régner » sur le droit, selon le mot de BOULANGER, les règles juridiques n'en deviennent que des applications ou des exceptions³¹. Mais le « principe » semble peu enclin à être privé de sa pluralité, de sa variété. Du reste, convient-on, en s'efforçant à la synthèse, à distinguer entre les principes généraux, les principes fondamentaux et les principes directeurs, même si cet effort de classement n'a pas de prétention à l'exhaustivité.

A l'instar des standards³², les principes généraux, de source constitutionnelle, se présentent comme ces règles « métanormatives » qui ont vocation à la suppléance et à la complétude de l'insuffisance de nature des normes positives à appréhender l'ensemble du phénomène juridique³³. Ils apparaissent comme des compléments de la norme qu'ils transcendent ou dépassent. Certains ont un caractère fondamental en étant intégrés à la Constitution ou dont la valeur constitutionnelle est affirmée³⁴. Ayant pour repère le « genre », certains désignent une catégorie de normes qui régissent un phénomène déterminé³⁵. Régnant sur l'ensemble du droit substantiel, les principes généraux énoncent les valeurs les plus élevées qui fournissent à la règle de droit sa légitimation positive. Comme le souligne un auteur, « le principe général tient

30 CORNU (G.), *ibid.*

31 BOULANGER (J.), « Principes généraux de droit et droit positif », in, RИPERT (G.), « Etudes », LGDJ, 1950, t.1, pp. 51 et s.

32 Procédé de modulation et de régulation de la règle de droit, le standard permet « d'adapter la règle à la diversité des situations et à l'évolution de la société, en la pérennisant ». CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, PUF, dernière éd. mise à jour, Paris, 2013, p. 978. En rupture avec l'autosuffisance de la loi, le standard suggère, depuis GENY, une subjectivation voire une individualisation de son application. Cf. BLOUD-REY (C.), « Standard », in ALLAND (D.), RIALS (S.) (Dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, LAMY PUF, Paris, 2012, 1439-1441.

33 LIBCHABER (R.), *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*. LGDJ, Lextenso éditions, Paris, 2013, n°256 et s.

34 LIBCHABER (R.), *op. cit.* p. 342.

35 Les principes généraux rapprochent de la perspective de droit substantiel. Synonymes de « principes juridiques », ils sont les fenêtres par lesquelles le droit naturel éclaire le droit positif. Ils assurent du reste l'interprétation des règles posées. L'analyse motulskyenne permet de distinguer, en leur sein, les « principes généraux philosophiques », lesquels traduisent l'origine jusnaturaliste, d'avec les « principes généraux techniques » dont le caractère herméneutique est prégnant. MOTULSKY (H.), *Ecrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, Paris, 2010, p. 62.

du principe la vocation naturelle à occuper le premier rang [...], la généralité ajoute à l'idée de primauté celle d'extension ».³⁶ Principes auxquels l'on recourt constamment, qu'il s'agisse du législateur national³⁷ ou international³⁸ les principes généraux sont, tantôt normatifs³⁹, tantôt instrumentaux⁴⁰.

- 36 SOURIOUX (J.-L.), « *Le concept de principe général* », in *Les principes généraux du droit. Droit français, droit des pays arabes, droit musulman. Dénominateurs communs*. Cedroma, Établissements Emile Bruylant, 2005, p. 59-63, à retrouver dans : *Ecrits du Professeur Jean-Louis SOURIOUX*. Par le droit, au-delà du droit, *LexisNexis, Paris 2011, pp. 187-188*.
- 37 C'est d'abord la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 qui confie, en son article 98 al. 2 à la loi la détermination des « principes fondamentaux ». Mais le procédé se retrouvait déjà dans le Code civil. Il est en silhouette dans l'article 565 qui dispose, en droit béninois que : « Le droit d'accession, quand il a pour objet deux choses mobilières appartenant à deux maîtres différents, est entièrement subordonné au *principe de l'équité naturelle* ». Très explicitement, l'article 1584 sur les modalités de la vente l'invoque. L'aliéna dernier de ce texte dispose en effet que : « Dans tous ces cas, son effet est réglé par *les principes généraux* des conventions ». Mieux, à la suite du législateur français de la loi du 15 juin 2000, celui du Bénin a ouvert le Code de procédure pénale par un livre préliminaire consacré aux « principes généraux de la procédure pénale ».
- 38 Les statuts de la Cour permanente de justice internationale recourent, en leur article 38, §1, c) aux « principes généraux de droit reconnus par les Nations civilisées ». Pareillement, le protocole additionnel aux conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) consacre d'abord son article 1^{er} aux « Principes généraux et champ d'application », desquels il ressortit, notamment, que : « Dans les cas non prévus par le présent protocole ou par d'autres accords internationaux, les personnes civiles et les combattants restent sous l'empire des principes du droit des gens, tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité... ». Art. 1^{er}-2. La même disposition, en son point 4 visant par ailleurs les « principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États... ». Enfin, selon cet instrument (art. 2-b), les « principes » sont incorporés aux « règles du droit international applicable dans les conflits armés », tels qu'ils sont reconnus et applicables aux conflits armés. On retrouve également les « principes généraux du droit pénal » dans les statuts de Rome sur la Cour pénale internationale (adoptés le 17 juillet 1998 et entrés en vigueur le 1^{er} juillet 2002) où un chapitre entier leur est consacré (chapitre 3).
- 39 Les principes normatifs assurent une fonction de validité à l'égard d'une norme préexistante dans l'ordre juridique concerné dont l'existence contrarie la fin recherchée par le droit. Ils constituent l'une des fenêtres essentielles du droit naturel dans l'ordre juridique. De caractère extra-textuel ou extra legem, ces principes répudient les normes pathologiques ou corrompues, s'y substituent en les nettoyant : « Le principe s'oppose à des normes dont il stérilise l'impératif juridique. Il s'insurge par essence aux dispositions du droit en vigueur », MORVAN (P.), *op. cit.* p. 1203. Ce faisant, le principe normatif conduit le juge à rendre implicitement un arrêt de règlement à partir d'une espèce. On peut citer, à leur égard, le principe de la responsabilité du fait des choses, la théorie de l'apparence, l'abus du droit, la maxime *fraus omnia corrumpit*, la règle *nemo auditur...* Cf. LIBCHABER (R.), *op. cit.*, n°258 et s. ; CARSOLA (F.), « *Les principes directeurs du procès pénal, principes généraux du droit ? Essai de clarification* », in, PRADEL (J.) (Mél.), *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, CUVAS, Paris, 2006, pp. 53-70.
- 40 Les principes instrumentaux ont pour vocation d'assurer la migration de solutions d'un ordre juridique où elles sont en suffisance vers un ordre juridique où elles sont en attente. Ils apparaissent alors comme un instrument technique qui assure « le transport des messages qui relient entre eux des systèmes apparemment autonomes », DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun, Le Seuil, 1994, p. 103*. Aussi, SCELLE (G.), *La notion d'ordre juridique, RD publ., 1944, p. 85* ;

Finalement, les principes généraux sont des idées, aussi essentielles que générales, dont la valeur normative, fondamentale ou instrumentale ressortit de l'application qui en est faite. Ils procèdent à la fixation de l'esprit général d'un texte. Ces idées sont fondées sur la morale et le droit naturel dont elles assurent l'incursion en droit positif. Les principes directeurs relèvent d'autres fins bien qu'ils ressortissent de causes identiques. Ils sont, en effet, généraux⁴¹, sans être nécessairement fondamentaux⁴².

Le juge constitutionnel béninois a très tôt découvert dans les principes, un procédé qualitatif de protection juridictionnelle des droits de la personne. C'est ce procédé qui lui permet d'imposer l'inamovibilité du magistrat comme source de son statut et marqueur de la qualité de la justice dans sa décision DCC 97-033

VISSCHER (*de*)(Ch.), *Théorie et réalités en droit international public*, Pedone, 4^{ème} éd., Paris, 1970, p. 419). Aussi, le droit communautaire ou la *lex mercatoria* voient-ils migrer vers eux les solutions éprouvées par les ordres juridiques internes. Il s'établit alors une solidarité impulsée par le voisinage systémique dont les principes instrumentaux sont porteurs.

41 Le caractère général de ces principes tient, d'une part, à leur formulation abstraite et, d'autre part, à leur vocation à gouverner tous les procès. En droit français, en dépit de son caractère réglementaire, on a pu considérer que leur « rayonnement particulier » leur confère « la généralité dans l'application » de sorte qu'ils constituent un « motif autonome et suffisant de cassation » CORNU (G.), « *Les principes directeurs du procès civil par eux-mêmes (fragments d'un état des questions)* », in, BELLET (P.) (Études) p. 85. Or, en droit béninois, les principes sont contenus dans un code institué par la loi dont le caractère général n'est plus discuté.

42 La fundamentalité des « principes généraux » reste discutée. Pour certains, sont fondamentaux, les principes dont la serve puise dans la constitution ou, en amont, dans les instruments internationaux de protection des droits humains. A s'en tenir à cette analyse, tous les principes se fondamentaliseraient, en raison de la constitutionalisation accentuée du droit et, en particulier, du droit privé. FAVOREU (L.), « *La constitutionalisation du droit* », in DRAGO (R.), *L'unité du droit*, (Mél.), Economica, Paris, 1996, p. 24 et s. ; AGBENOTO (K.M.), « *La constitutionalisation du droit privé* », in, POUGOUE (P.G.), *De l'esprit du droit africain*, (Mél.), Wolters Kluwer, CREDIJ, Paris, 2014, pp. 57-86. On conviendrait plutôt avec Loïc CADIET que « cela supposerait d'admettre que la fundamentalité soit un élément de la définition du principe directeur et, pour le dire autrement, que les principes directeurs du procès ne soient rien d'autre que les exigences du procès équitable. Or, il est permis de douter que tel soit bien le cas : toutes exigences du procès équitable ne figurent pas au nombre des principes directeurs du procès et tous les principes directeurs du procès ne relèvent pas des exigences du procès équitable ». CADIET (L.), « *Et les principes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès* », in, NORMAND (J.) *Justice et droits fondamentaux*, (Études), Litec, Paris, 2003, pp. 83-84. En réalité, en dépit de leur « vertu directive » CORNU (G.), *op. cit.*, p. 95 et de leur généralité affirmée, tous les principes directeurs du procès ne sont guère des principes fondamentaux.

du 10 juin 1997⁴³. Il procédera à l'identique, en ce qui concerne le respect des droits de la défense, notamment du préalable du contradictoire dans le cadre d'une sanction administrative⁴⁴.

Les objectifs sont les buts prévisibles ou les résultats recherchés par la politique législative dont la Constitution est la source. Dynamiques, ces objectifs sont découverts par la juridiction constitutionnelle qui lui confère une valeur équivalente à celle de la norme positive de référence.

2- Le procédé nouveau

Dans la conquête et l'affirmation de sa liberté, la Cour constitutionnelle a complété sa boîte à outil par l'impératif constitutionnel. L'impératif constitutionnel fut évoqué, pour la première fois, par la décision DCC 18-126 du 21 juin 2018, dans laquelle la Cour considère que « *la nature représentative et le caractère majoritaire constituent un impératif constitutionnel de la démocratie béninoise dont le consensus, qui en demeure l'un des idéaux politiques, ne saurait en constituer un obstacle dirimant* ». Elle a poursuivi par la décision DCC 18-141 du 28 juin 2018, dans laquelle elle considère que « *lorsqu'une requête élève à la connaissance de la Cour une situation de violation d'un droit fondamental ou de remise en cause d'un impératif ou d'un principe à valeur constitutionnelle, la Cour peut se prononcer d'office ; 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 sécurité, à la justice, à la défense et à la mobilisation des ressources*

43 Annuaire béninois de justice constitutionnelle, I-2013, n°44, p. 617-619, obs. J. DJOGBENOU.

44 Décision DCC 98-005 du 08 janvier 1998, Annuaire béninois de justice constitutionnelle, I-2013, n°43, pp. 611-615, obs. J. DJOGBENOU. Aussi, à l'étranger, CE, 26 oct. 1945, ARAMU-LEBON, p. 213, D. 1946. 158, note G. MORANGE, S. 1946.3.1, concl. R. ODENT. A l'instar d'autres arrêts qui imposent le respect des droits de la défense, cette décision recourt aux « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte ». Avec l'arrêt BOUDIER, la Cour de cassation fonda l'enrichissement sans cause sur un « pourvoi... tiré de la fausse application des principes de l'action de *in rem verso* ». Req. 15 juin 1892, DP 1892.596, S. 1893. 1. 281, note LABBE.

publiques indispensables à l'existence de l'Etat et à la construction de la Nation ». L'impératif constitutionnel apparaît comme l'objectif supérieur et fondamental que vise à atteindre la Constitution dont le défaut mettrait irrémédiablement en cause les droits fondamentaux ou saperait les bases de l'Etat et de la Nation.

CONCLUSION

La méthode ou la technique est un outil méthodologique d'identification de la valeur que voile la règle positive ou que celle-ci suggère. Pour le juge constitutionnel confronté à l'exigence de protection des droits de la personne humaine, elle constitue tantôt un recours, qui complète l'œuvre d'identification de la valeur et la renforce, tantôt un secours qui le sauve lorsque s'impose à lui une impasse épistémologique.

A bien des égards, la méthode syllogistique qui, à juste raison, confine le juge en charge de la protection des intérêts subjectifs, réduit le pouvoir du juge constitutionnel dans sa protection des droits de l'homme considérés comme des valeurs essentielles dont l'humanité est tenue d'assurer la préservation pour sa propre pérennité.

Aussi, fallait-il rechercher une méthode qui colle à cette exigence axiologique et qui assure la primauté des valeurs humaines sur la règle posée.

Le juge constitutionnel béninois sollicite ainsi des méthodes et des techniques importantes et variées pour protéger les droits fondamentaux. Mais l'œuvre de protection des droits de l'homme ne peut se résumer à son seul office. La Commission béninoise des droits de l'homme, les organisations de la société civile, les organes d'application des lois tels que l'administration publique, la police et les juridictions ordinaires devront aussi redoubler d'ardeur afin que l'œuvre commune de protection soit et demeure un combat et un succès permanents.

LA FABRICATION DES CONSTITUTIONS EN AFRIQUE

Paterne MAMBO

*Agrégé des facultés de droit, Professeur de droit public
à l'Université Félix Houphouët-Boigny d'Abidjan,
Doyen honoraire de la faculté de droit de l'Université
Jean Lorougnon Guédé de Daloa,
(République de COTE D'IVOIRE).*

Théodore Holo est, on peut le dire, une Institution, un Monument, une Bibliothèque véritablement juridique. Son passage dans la Haute Administration comme Ministre, à la Cour Constitutionnelle comme Président, dans les Universités comme Professeur, restera à jamais gravé dans les mémoires, tant il a brillé partout où des responsabilités lui ont été confiées, transformant en or tout ce qu'il a touché. L'hommage qui lui est rendu par la Cour Constitutionnelle du Bénin, dont il a été un excellent Président, est tout à fait mérité. Nous n'avons pas voulu manquer l'occasion d'y participer. La présente contribution qui lui est dédiée répond au besoin de saluer et d'immortaliser le Maître qu'il est devenu, qu'il a toujours été, qu'il ne cessera jamais d'être. Elle porte sur *La fabrication des Constitutions africaines*, normes avec lesquelles Théodore Holo a beaucoup travaillé et qui apparaissent comme le pont entre les différentes fonctions qu'il a si parfaitement occupées.

« Faire, défaire et refaire la Constitution »¹, telle est la tendance de la fabrication des Constitutions en Afrique. Le phénomène n'est pas sans conséquence. Le cas relativement récent du Burkina Faso en est une parfaite illustration. L'insurrection

1. Francisco Meledje Djedjro, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », in Charles Fombad and Christina Murray (editors), *Fostering Constitutionalism in Africa*, Pretoria University Law Press, 2010, p. 309-339.

populaire qui a conduit, le 31 octobre 2014, au renversement du Président Blaise Compaoré, après une révision constitutionnelle avortée, a ravivé les antagonismes autour de la Constitution dans les États africains et souligné sa capacité à fédérer ou à diviser la société. De plus en plus, la Constitution ressemble à une femme mariée dont l'époux ne tolère pas l'adultère. Le peuple², auquel elle est unie lors du référendum, surveille les gouvernants et veille à la pérennisation des valeurs auxquelles il a attaché son consentement, jusqu'à leur renouvellement démocratique. Il est devenu un défenseur vigilant, si bien que la fabrication de la Constitution, identité d'un pays, loi fondamentale et norme suprême de l'État, n'est plus laissée à la merci des gouvernants.

Fabricare, expression latine à l'origine de « fabriquer », signifie : façonner, élaborer, faire quelque chose (parfois sans grand soin). La fabrication désigne donc la manière de fabriquer, de produire ou de confectionner quelque chose. Rapportée à la Constitution, elle a une signification à la fois positive et négative. Dans un sens positif, la fabrication désigne le processus qui conduit à l'élaboration ou à la révision de la Constitution. Dans un sens négatif, elle renvoie à l'idée de manipulation, de bricolage ou de tripatouillage du texte constitutionnel. Dans les deux cas de figure, la fabrication met en avant l'idée de production et fait émerger le pouvoir constituant originaire³ lorsqu'il s'agit de l'établissement d'une nouvelle Constitution, ou le pouvoir constituant dérivé⁴ lorsqu'il s'agit de réviser la Constitution en vigueur.

-
2. Sur la question, voir Koffi Ahadzi, « Réflexions sur la notion de peuple », *Afrique juridique et politique* : La revue du Cerdip, janvier-juin 2002, n° 1, vol. 1, p. 86-130.
 3. Sur le sujet, voir Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la Théorie générale de l'État*, Tome 2, Paris, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1922, (rééd. Dalloz, 2004), p. 483 et s., Chap. IV : « Du pouvoir constituant ». Lire également Claude Klein, « Le pouvoir constituant », in *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 5-31.
 4. Sur la question, lire Arnaud Le Pillouer, « Le pouvoir de révision », in *Traité international de droit constitutionnel*, Tome 3, Paris, Dalloz, 2012, p. 33-65.

Ce pouvoir constituant est incarné par le peuple⁵, concurrencé par ses représentants et par des acteurs internationaux⁶.

Même si l'on s'en fait une idée⁷, la notion de Constitution n'est pas simple à définir⁸, en raison de son caractère polysémique et des mutations ou évolutions dont elle est régulièrement l'objet⁹. Le Doyen Meledje fait remarquer qu'en période de crise et dans sa confrontation avec le conventionnalisme constitutionnel, la notion de Constitution devient incertaine¹⁰. A la limite elle apparaît ambiguë¹¹, fuyante et insaisissable. Dominique Rousseau ajoute que la notion de Constitution s'est transformée sous la houlette du juge constitutionnel qui définit sans cesse la charte jurisprudentielle des droits et libertés¹². Il est vrai que la production des règles constitutionnelles ne relève pas que du politique, elle est également l'affaire du juge constitutionnel¹³.

5. Dmitri Georges Lavroff, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », in Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 348 ; Luc 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. 290.
6. Cf. Line Konan, *Le transfert du pouvoir constituant originaire à une autorité internationale*, Thèse de doctorat en droit public, Nancy 2, 2007, 441 p. ; Jean-François Flauss, « L'internationalisation de l'exercice de la fonction constituante : une nouvelle forme de constitutionnalisme ? », dans Essays in honour of Georgios I. Kassimatis. Athènes, Berlin, Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas, Berliner Wissenschafts-Verlag, Bruylant, 2004, p. 401 et s. ; Didier Maus, « L'influence du droit international contemporain sur le pouvoir constituant », in Mélanges en l'honneur de Gérard Conac, Paris, éd. Economica, 2001, p. 87 et s.
7. Paul Bastid, *L'idée de Constitution*, Paris, Economica, 1985 ; Dodzi Kokoroko, « L'idée de Constitution en Afrique », *Afrique contemporaine*, 2012, n° 242, p. 117.
8. Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, Paris, Presses Universitaires de France, 6^e éd., 2013, p. 183.
9. Stéphane Pierré-Caps, « Les mutations de la notion de Constitution et le droit constitutionnel », in *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 10, enero-junio 2004, p. 169-180 ; Francisco Meledje Djedjro, « Constitution et urgence ou le lien entre les contestations violentes de l'ordre constitutionnel et la régulation constitutionnelle des crises », *Revue ivoirienne de droit*, 2011, n° 42, p. 14.
10. Francisco Meledje Djedjro, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », précité, p. 335 et s.
11. Dmitri Georges Lavroff, « La Constitution et le Temps », in Mélanges Philippe Ardant, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1999, p. 208.
12. Dominique Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 9^e éd., 2010, p. 445 et s.
13. Adama Kpodar, *Rapport technique du colloque international de Lomé tenu les 16 et 17 juin 2010*, sur « L'Afrique et l'internationalisation du constitutionnalisme : actrice ou spectatrice ? », Lomé, Centre

La définition de la Constitution a tellement évolué qu'elle donne lieu, aujourd'hui, à des catégorisations variées. Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps distinguent ainsi entre Constitution coutumière et Constitution écrite, Constitution souple et Constitution rigide, Constitution formelle et Constitution réelle, Constitution descriptive et Constitution normative, Constitution politique et Constitution sociale (cette dernière distinction est chère au Doyen Maurice Hauriou¹⁴)¹⁵ ... Jean-Marie Denquin fait une autre classification à partir des notions de Constitution normative, institutionnelle, décisionniste et coutumière¹⁶, pour révéler le caractère dynamique de l'expression. La connaissance des différentes significations de

de droit public de l'Université de Lomé et Centre d'études et de recherche sur les droits africains et sur le développement institutionnel de l'Université Bordeaux 4-Montesquieu, 2010, p. 6.

14. Sur la distinction entre la Constitution politique et la Constitution sociale, voir spécifiquement Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1930, p. 117-et s., p. 237 et s. Pour résumer, on peut dire que la Constitution politique est relative à l'organisation et au fonctionnement de l'État, tandis que la Constitution sociale exprime, par la reconnaissance de droits et libertés aux citoyens, la philosophie politique de la société.
15. Vlad Constantinesco et Stéphane Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, op. cit., p. 185 et s. La Constitution est dite souple lorsque la procédure de révision est identique à la procédure d'adoption de la loi ordinaire ; la Constitution est dite rigide lorsque la procédure de révision est différente, en règle générale plus difficile et plus contraignante, de la procédure législative ordinaire. La Constitution formelle est celle qui n'existe que sur le papier, sans traduire la réalité et donc en décalage avec elle, tandis que la constitution réelle est celle qui résulte des rapports effectifs (de domination et d'alliance) que les forces politiques nouent entre elles. La Constitution descriptive est celle qui se limite à instituer et à décrire les institutions de l'État et énoncer les droits des citoyens, sans accorder à ses prescriptions la garantie d'une autorité et sans prévoir un mécanisme pour en contrôler le respect. La Constitution est normative lorsque la norme fondamentale se tient effectivement au sommet de toutes les normes. La Constitution coutumière est présentée comme une Constitution fondée sur le temps, consacrant, par le renouvellement des générations, l'actualisation permanente des engagements du passé. La notion de Constitution coutumière s'oppose ainsi à la notion de Constitution écrite.
16. Jean-Marie Denquin, « Sur le "respect de la Constitution" », in Dominique Chagnollaude (textes réunis par), *1958-2008 : Les 50 ans de la Constitution*, Paris, Litec, 2008, p. 116 et s. L'auteur indique que la Constitution est dite normative lorsque la loi fondamentale s'impose à toutes les normes et que le juge constitutionnel peut intervenir pour en assurer le respect. La Constitution institutionnelle est une Constitution qui crée, organise et détermine jusqu'à un certain point les institutions dont le fonctionnement rend possible l'existence concrète d'un système politico-juridique. (Définition quasiment similaire à celle de la Constitution descriptive). La Constitution décisionniste est celle qui traduit la décision fondamentale par laquelle une collectivité se définit comme une entité politique au sens le plus général du terme. La Constitution coutumière, plus large que la Constitution écrite, s'en écarte souvent et la supplée parfois. Ici la Constitution est vue comme un synonyme du régime politique, entendu comme un régime qui peut être objectivement décrit, non comme un régime tel qu'il devrait ou est censé devoir être.

la Constitution est utile, dans la mesure où, « pour appréhender de façon satisfaisante son objet, le juriste doit travailler simultanément avec plusieurs facettes de la notion de constitution, qui se complètent et sont toutes indispensables à son analyse »¹⁷. En réalité, la Constitution n'est pas qu'un bout de papier ; elle va au-delà du texte. Le Général Charles de Gaulle, à l'occasion d'une mémorable conférence de presse tenue le 31 janvier 1964, disait même de la Constitution qu'elle était un esprit¹⁸, une somme d'institutions et une pratique. Mais dans le cadre de cette étude, on retiendra l'approche qui distingue entre la Constitution formelle et la Constitution matérielle. En effet, « en définissant la constitution, on a toujours en vue deux perspectives : la première, matérielle, retient de la norme constitutionnelle un ensemble de règles se rapportant aux relations entre les gouvernants et les gouvernés de même qu'à l'organisation et au fonctionnement des institutions politiques ; le deuxième sens, formel ou organique, envisage la constitution comme un acte juridique contenant des règles édictées et révisables par un organe spécifique et selon une procédure particulière. La définition formelle comporte des conséquences juridiques véritables et présente au regard de notre étude un intérêt certain parce que les États auxquels elle se rapporte ont hérité d'une tradition de constitution écrite et, qui plus est, rigide ; du moins formellement »¹⁹.

À ce sujet, on doit relever que les premières Constitutions écrites sur le continent africain proviennent des pays d'Afrique du Nord ; elles sont même précoloniales. La Tunisie a ouvert le cycle en 1857 par l'adoption d'un Pacte fondamental, qui sera suivi d'une Constitution rédigée en 1861. En 1882, l'Égypte va imiter la Tunisie par la rédaction d'une Charte fondamentale qui sera proclamée²⁰. Le mouvement

17. Armel Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indiscrétion et incertitudes de la Constitution française », in Dominique Chagnollaud (textes réunis par), *1958-2008 : Les 50 ans de la Constitution*, op. cit., p. 149.

18. Sur ce point, lire Stéphane Pierré-Caps, « L'esprit des Constitutions », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Pactet*, Paris, Dalloz, 2003, p. 375-390.

19. Francisco Meledje Djedro, « La révision des Constitutions dans les États africains », *Revue du droit public*, 1992, p. 112.

20. Cf. Abderrachid Abdessemed, « La Constitution et son instrumentalisation par les gouvernants des pays arabes "républicains" : le cas de la Tunisie, de l'Égypte et de l'Algérie », in *Jus*

s'est poursuivi et amplifié pendant la période coloniale et à partir de la décolonisation. Plus généralement, le constitutionnalisme s'est forgé, en Afrique, par étapes et de manière progressive²¹.

On peut retenir que les Constitutions des États africains, fabriquées entre 1960 et 1990, sont vues et présentées comme des Constitutions clés en mains, rédigées par des Européens, en dehors du continent²². Elles sont considérées comme peu démocratiques, naturellement autoritaires du fait de la voie bureaucratique suivie pour les fabriquer. A partir de 1990 et de la démocratisation des régimes politiques africains, les États semblent reprendre la main pour écrire leurs Constitutions, bien entendu en associant accessoirement à l'opération des experts étrangers qui ne sont pas tous des Occidentaux. Dès lors, les Constitutions ont cessé d'être considérées comme des chiffons de papier²³ ; on insiste désormais sur l'idée qu'elles sont devenues sérieuses²⁴. Il est vrai que lorsqu'on se réfère à la fréquence des changements constitutionnels, à la manipulation des textes, à leur divorce avec la pratique du pouvoir, on peut douter de la sacralité des Constitutions rédigées en Afrique. Peut-on, à partir de ce constat, affirmer que les Constitutions bien fabriquées et démocratiques sont uniquement celles qui s'installent dans la durée, à l'image de la Constitution américaine ou même

politicum, 2013, n° 9, disponible sur [http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-les_constitutions_arabes_2_.pdf], p. 3 et 4.

21. Pour une réflexion détaillée, consulter Koffi Ahadzi, « 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. 35-38 ; André Cabanis et Michel-Louis Martin, *Le constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la-Neuve, Academia-Bruylant, coll. Publications de l'Institut universitaire André Ryckmans, 2012, 228 p.
22. Cf. Maurice Ahanhanzo Glélé, « La Constitution ou loi fondamentale », *Encyclopédie juridique de l'Afrique*, Tome 1 : L'État et le droit, Abidjan, Dakar, Lomé, Les Nouvelles Éditions Africaines, 1982, p. 35 et s. ; Jean du Bois de Gaudusson, « Les nouvelles constitutions africaines et le mimétisme », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *La création du droit en Afrique*, éd. Karthala, 1997, p. 315.
23. Albert Bourgi, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, n° 52, p. 725.
24. Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine. Droit constitutionnel jurisprudentiel et Politiques constitutionnelles au prisme des systèmes politiques africains*, op. cit., p. 579.

de la Constitution française ? Le caractère éphémère de certaines Constitutions suffit-il à les rendre antidémocratiques ? Où peut-on situer les Constitutions fabriquées en Afrique, par rapport à ces données ? Ces questions révèlent l'intérêt du sujet et donnent une idée de la difficulté à trouver des réponses définitives ou tranchées.

Il n'est pas évident d'établir des typologies à propos des Constitutions écrites en Afrique, parce qu'elles se distinguent les unes des autres²⁵ ; il ne faut jamais oublier de les placer dans le contexte particulier qui préside à leur rédaction.

Beaucoup a été dit et écrit, à tort ou à raison, sur les Constitutions produites en Afrique. Parmi les idées reçues, on peut citer celle qui présente les Constitutions des États africains comme une reproduction des textes constitutionnels des anciennes puissances coloniales²⁶. À côté de cette position catégorique, certains auteurs préfèrent rester dans la nuance et défendre l'idée que les Constitutions d'Afrique sont à la fois le produit d'une imitation des textes venus d'ailleurs et d'une particularité tirée de la culture africaine²⁷. D'autres auteurs rejettent catégoriquement la thèse du mimétisme et estiment plutôt qu'il existe aujourd'hui un phénomène de standardisation des normes constitutionnelles et un patrimoine constitutionnel commun dans lequel toutes les nations viennent puiser, au nom de l'universalisation des valeurs qu'elles promeuvent²⁸. Cette réflexion permettra de

25. André Cabanis et Babacar Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », *Droit sénégalais*, 2013, n° 11, p. 107 et s.

26. Voir dans ce sens Philippe Ardant, « La circulation du modèle juridique français au Maghreb et au Moyen-Orient », in *La circulation du modèle juridique français*, Journées franco-italiennes de l'Association Henri Capitant, Tome XLIV (Nice, Gênes, 1993), Paris, Litec, 1994, p. 215 et s. ; Delphine Pollet-Panoussis, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, n° 75, p. 451-498.

27. Parmi ces auteurs, on peut citer : André Cabanis et Michel-Louis Martin, « Les lois fondamentales du Maghreb francophone : un mimétisme tempéré », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *La création du droit en Afrique*, op. cit., p. 317 et s. ; Thierry Le Roy, « Le constitutionnalisme : quelle réalité dans les pays du Maghreb ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2009, n° 79, p. 554 et s. ; Mathieu Touzeil-Divina, « Un rendez-vous constituant manqué ? Où fleuriront au Maroc le jasmin et la fleur d'oranger », *Revue du droit public*, 2012, n° 3, p. 713.

28. Cf. Jean du Bois de Gaudusson, « Le mimétisme postcolonial, et après ? », *Pouvoirs*, 2009, n°

vérifier les différents argumentaires et de voir que la thèse du mimétisme, rapportée aux Constitutions des États africains, doit être relativisée. Nous sommes, en effet, à l'ère de la convergence des modèles constitutionnels²⁹ et aujourd'hui, en tout cas depuis la vague de démocratisation³⁰ qui a touché l'Afrique à partir de 1990, à la suite de la chute du mur de Berlin et des régimes communistes³¹, on peut dire que les Constitutions des différents pays exercent les unes sur les autres une influence réciproque due en partie sans doute à leur appartenance à la Communauté internationale³².

Du fait des révisions constitutionnelles à répétition³³, des changements fréquents de Constitution³⁴, l'Afrique est devenue un laboratoire constitutionnel, une usine de production de textes constitutionnels. Parallèlement, la Constitution devient un champ sans cesse labouré, un chantier permanent sujet à un mouvement de construction et de déconstruction³⁵. L'activité constitutionnelle, née des bouleversements en tous genres qui ont reconfiguré le paysage politique et institutionnel du continent africain, impressionne depuis quelques années.

129, p. 52 et s. ; Francisco Meledje Djedro, « Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest africaine », *Revue du droit public*, 2006, n° 3, p. 702 et s. ; Adama Kpodar, *Rapport technique du colloque international de Lomé tenu les 16 et 17 juin 2010*, précité, p. 5.

29. Cf. Sory Baldé, *La Convergence des modèles constitutionnels. Études de cas en Afrique subsaharienne*, Paris, Publibook, 2011, 538 p.
30. Expression empruntée à Samuel Huntington, *The Third Wave. Democratization in the Late Twentieth Century*, Norman, University of Oklahoma Press, 1991.
31. Cf. Babacar Guèye, « La démocratie en Afrique : succès et résistances », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 5 ; Jean du Bois de Gaudusson, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », in *Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 609.
32. Cf. Charles Rousseau (Mélanges offerts à), *La Communauté internationale*, Paris, éd. A. Pedone, 1974, 346 p.
33. Voir dans ce sens Francisco Meledje Djedro, « La révision des Constitutions dans les États africains », précité, p. 111 et s. ; André Cabanis et Babacar Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », précité, p. 104 et s. ; Jorge Miranda, « Les systèmes constitutionnels des pays africains de langue portugaise », *Revue française de droit constitutionnel*, 2003, n° 56, p. 863 ; Thierry Le Roy, « Le constitutionnalisme : quelle réalité dans les pays du Maghreb ? », précité, p. 545.
34. Pour un exemple, voir Grégoire Bakandjea Wa Mpungu, « La nouvelle Constitution de la République Démocratique du Congo : sources et innovations », in Charles Fombad and Christina Murray (editors), *Fostering Constitutionalism in Africa*, op. cit., p. 341-373.
35. Francisco Meledje Djedro, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », précité, p. 327 et s.

André Cabanis et Babacar Guèye notent, par exemple, qu'un travail intense de réécriture des textes constitutionnels a été engagé en Afrique francophone au cours des deux dernières décennies³⁶. Il faut peut-être réfléchir sur les ressorts de cette revitalisation, sur les fondements de cet activisme et sur les mécanismes imaginés pour y parvenir.

Par ailleurs, depuis 1990, on constate que la fabrication de la Constitution n'est plus réservée seulement à une élite, elle s'est ouverte aux apports de la rue et de la société civile, s'inscrivant dans une certaine relation dialectique entre l'élitisme et le populisme.

Tout ceci soulève la question suivante : dans un contexte de convergence et de standardisation des modèles constitutionnels, le mode ou le processus de fabrication de la Constitution en Afrique présente-t-il une certaine originalité ? Autrement dit, en matière de production constitutionnelle, l'Afrique a-t-elle innové ou s'est-elle contentée d'importer des modèles et des techniques venus d'ailleurs ? Il apparaît que l'Afrique a fait un choix situé au carrefour du donner et du recevoir. Du moins, elle a imaginé des processus constituants autant qu'elle en a importés. Les opérations constituantes explorées révèlent à la fois le maintien des procédés classiques (I) et l'émergence de nouveaux procédés (II).

I. Le maintien des procédés classiques

Dans la fabrication de ses Constitutions, l'Afrique est restée attachée à des modèles standards, maintenant les procédés classiques qui servent généralement à l'entreprise. On observe à la fois la naissance de procédés démocratiques (A) et la persistance des procédés autoritaires (B).

36. André Cabanis et Babacar Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », précité, p. 103.

A. La naissance de procédés démocratiques

Depuis 1990, date qui marque l'émergence du nouveau constitutionnalisme en Afrique, la fabrication démocratique de la Constitution sur le continent africain connaît une relative avancée. La montée en puissance du constitutionnalisme démocratique s'inscrit dans un contexte marqué par la démocratisation des régimes politiques. Les procédés démocratiques de production des textes constitutionnels sont mis en œuvre soit par des assemblées constituantes élues³⁷ soit par des assemblées constituantes non élues³⁸. Ces assemblées elles-mêmes sont quelques fois souveraines (dans ce cas elles adoptent le texte élaboré, sans intervention du peuple), d'autres fois non souveraines (dans ce cas, le texte élaboré est ratifié par voie référendaire). Le Printemps arabe³⁹ et les révolutions⁴⁰ qu'il a suscitées, rappellent la nécessité de poursuivre le processus de démocratisation des mécanismes de production constitutionnelle, révélé par les Constitutions écrites en assemblée (1), dont la rédaction est généralement débattue (2).

1. Des Constitutions écrites en assemblée

La particularité des Constitutions africaines produites dans cette période de démocratisation des régimes politiques est qu'elles sont généralement le résultat d'une Constituante. Ce phénomène traduit ou exprime le caractère collectif de la fabrication de la Constitution et met en évidence l'idée que la Constitution, qui doit appartenir à tous les citoyens, s'écrit avec l'aide de plusieurs acteurs. Cette tendance peut s'expliquer par le fait que la rédaction d'une Constitution est

37. La Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 est un exemple de Constitution rédigée par une Assemblée constituante élue le 23 octobre 2011 à la suite de la révolution qui renversa le Président Ben Ali.

38. La Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000 par exemple a été rédigée par une Assemblée constituante non élue, dénommée Commission consultative constitutionnelle et électorale.

39. Sur la question, consulter Ahmed Salem Ould Bouboutt, « Le printemps des constitutions arabes », in *Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson*, Tome 1, Presses Universitaires de Bordeaux, 2013, p. 479-509.

40. Ce fut le cas en Tunisie, au Maroc, en Libye, en Egypte... à partir de 2011.

une opération intellectuellement difficile à conduire, car il s'agit de penser politiquement un projet et de lui donner une figure juridique, de démontrer une capacité intellectuelle pour traduire les concepts et les principes qui constituent la structuration ou l'architecture d'un texte constitutionnel.

Les Constituantes au sein desquelles la norme constitutionnelle est fabriquée n'ont pas partout, en Afrique, la même composition ; elles sont organiquement hétérogènes du fait de la diversité des membres qui les animent. Tout dépend effectivement du mode de désignation de ces membres, parfois élus par le peuple⁴¹, parfois nommés par le pouvoir exécutif⁴². On peut néanmoins relever des points communs à ces assemblées constituantes, s'agissant de leur composition. Et à ce propos, la tendance est à la représentativité des différentes couches sociales (société civile, partis politiques, organisations non gouvernementales, groupes religieux, intellectuels, professionnels...). Ce sont des assemblées dans lesquelles les juristes jouent un rôle de premier plan généralement. Les professeurs de droit, dont certaines Constitutions portent le nom⁴³, sont indiscutablement des acteurs majeurs dans ces Constituantes.

Ces assemblées ont la particularité d'être constituées à la fois par des nationaux et par des étrangers⁴⁴. Les nationaux ne sont pas tous des

41. C'est le cas de la Constituante tunisienne issue du Printemps arabe. Cf. Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », in Mélanges en l'honneur de Jean du Bois de Gaudusson, Tome 1, op. cit., p. 534.
42. A titre d'illustration, il faut noter que les membres de l'assemblée constituante marocaine composée principalement de juristes, d'économistes et de sociologues, ont été nommés le 10 mars 2011 par le Roi Mohammed VI. (Cf. Omar Bendourou, « La nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011 : le changement entre mythe et réalité », *Revue du droit public*, 2012, n° 3, p. 641 ; Nadia Bernoussi, « La Constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et ruptures », *Revue du droit public*, 2012, n° 3, p. 667, note 14). De même, les membres de la Commission constitutionnelle burundaise créée par décret présidentiel le 21 mars 1991, pour élaborer un projet de Constitution et en assurer l'explication avant son adoption, ont été nommés par le Président Pierre Buyoya. (Cf. République du Burundi, Commission constitutionnelle, *Rapport sur la démocratisation des institutions et de la vie politique au Burundi*, Bujumbura, août 1991, p. 8).
43. Au Bénin par exemple, la Constitution du 11 décembre 1990 est considérée comme la Constitution Glélé, éminent juriste béninois, constitutionnaliste de renom.
44. André Cabanis et Babacar Guéye soulignent que cette tendance favorise les échanges entre les constitutionnalistes nationaux et étrangers et que la présence d'experts étrangers dans les assemblées constituantes développe une forme de « constitutionnellement correct » dont nul pays ne saurait

juristes ou des constitutionnalistes chevronnés. Parmi les étrangers, figurent des Africains et des Européens, cooptés pour leur expertise. La doctrine considère ces experts étrangers comme étant des pèlerins constitutionnels⁴⁵, des personnes qui voyagent pour fabriquer ou aider à la fabrication des textes constitutionnels. Il faut juste ajouter que, même si le phénomène est persistant, la présence et l'influence des pèlerins occidentaux dans les assemblées constituantes africaines tendent à s'amoinrir⁴⁶, dans la mesure où progressivement les Constitutions africaines deviennent véritablement des Constitutions écrites par les Africains eux-mêmes⁴⁷. Elles sont de plus en plus produites principalement par des nationaux⁴⁸, avec l'aide d'experts africains ou occidentaux éventuellement.

Ceci étant, il faut reconnaître que, s'agissant de la rédaction des projets ou avant-projets de Constitution, il est difficile de décrire les différentes phases du processus à l'occasion des Constituantes et d'apprécier la manière dont, progressivement, la Constitution est fabriquée. Il est donc malaisé d'esquisser une théorie ou de faire une systématisation à partir de données largement insuffisantes. L'accès aux Travaux préparatoires relève du miracle. Il est possible cependant, à la lumière de quelques données récoltées dans la littérature et des Travaux préparatoires de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000, de tenter une approche proche de la réalité.

s'écarter sans risque d'être ostracisé. Cf. « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », précité, p. 117 et 121.

45. Sur cette thématique, consulter Renaud Dorandeu, « Les pèlerins constitutionnels. Éléments pour une sociologie des influences juridiques », in Yves Mény (sous la direction de), *Les politiques du mimétisme institutionnel : La greffe et le rejet*, Paris, L'Harmattan, 1993, p. 83 et s.
46. André Cabanis et Michel Louis Martin, « Un espace d'isomorphisme constitutionnel : L'Afrique francophone », in *Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Paris, Dalloz, 2005, p. 345.
47. André Cabanis et Babacar Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », précité, p. 104 ; Stéphane Bolle, « Des Constitutions "made in" Afrique », Communication au VI^e Congrès français de Droit constitutionnel, Montpellier, 9, 10 et 11 juin 2005, disponible sur [<http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf>], 24 p., spéc. p. 2 et 4 : l'auteur explique que la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 a été écrite par les Béninois eux-mêmes.
48. Ouraga Obou, « Transition et nouveau constitutionnel : les dérives de la fièvre nationaliste », *Sentiers* : Mensuel d'informations et d'analyses, septembre 2000, n° 3, p. 23 et s.

Une Constitution se rédige avec méthode et en la matière on assiste à une diversification des méthodes définies par les assemblées constituantes pour construire le projet de texte constitutionnel. Tout dépend du degré d'ouverture démocratique des assises constitutionnelles. Certaines constituantes comme celle qu'a connue dernièrement le Maroc sont plutôt fermées⁴⁹, excluant du coup toute intervention extérieure ; d'autres, à l'image de la récente constituante tunisienne, sont plus ouvertes⁵⁰ parce qu'elles favorisent la participation du public à l'opération constituante.

Tout compte fait, chaque Constituante détermine sa méthode de travail, définit une méthodologie pour organiser le déroulement des travaux. Mais là également des points communs apparaissent. Avant la rédaction de l'avant-projet ou du projet de Constitution, les assemblées constituantes bien souvent se décomposent en sous-commissions pour répartir la charge de travail en fonction de ce qu'il y a lieu d'inscrire dans la Constitution. Les rubriques, thèmes et principes majeurs qui apparaissent comme la pierre angulaire du texte constitutionnel sont d'abord définis. Puis, des sous-commissions sont créées pour rédiger un projet de dispositions constitutionnelles en rapport avec la matière ou le chapitre qui incombe à chacune d'elles. Xavier Philippe, en décrivant le processus constitutionnel tunisien issu du Printemps arabe, indique que l'Assemblée nationale constituante, élue le 23 octobre 2011, a confié l'écriture de la Constitution tunisienne du 27 janvier 2014 à des commissions techniques⁵¹, dont la composition a été très disputée au regard des enjeux politiques du moment, surtout pour occuper les postes

49. Mathieu Touzeil-Divina, « Un rendez-vous constituant manqué ? Où fleuriront au Maroc le jasmin et la fleur d'oranger », précité, p. 691.

50. Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », précité, p. 535 et s.

51. Ibidem, p. 537 et s. On dénombre six commissions constitutionnelles, chargées chacune de la rédaction d'un chapitre : la commission du Préambule et des principes généraux ; la commission des droits et libertés fondamentaux ; la commission chargée des pouvoirs, des institutions et du régime politique ; la commission chargée de la justice ; la commission chargée des autorités indépendantes ; et la commission chargée des collectivités territoriales.

clefs. Il en va de même au Maroc, où Nadia Bernoussi remarque la mise en place de sous-commissions techniques au sein de la Commission consultative de révision de la Constitution (chargée curieusement de rédiger une nouvelle Constitution !), pour écrire la Constitution marocaine du 29 juillet 2011⁵². L'exemple ivoirien est également caractéristique ; les Travaux préparatoires de la Constitution du 1^{er} août 2000 le démontrent pertinemment. La lecture de ces travaux révèle en effet que la mise en place de sous-commissions au sein de la Commission consultative constitutionnelle et électorale s'est fondée sur un débat introductif entre les membres de la Constituante pour définir les éléments constitutifs de la future Constitution⁵³, en fonction desquels, pour traiter les différents chapitres retenus, des sous-commissions ont été désignées⁵⁴.

Pour faciliter le travail de rédaction des sous-commissions constitutionnelles, parfois une série de documents leur est communiquée ; ils ont vocation à servir de base à la réflexion⁵⁵. Dans la Constituante ivoirienne de 2000 par exemple, les membres des différentes sous-commissions ont reçu une documentation sur les anciens textes constitutionnels ivoiriens, afin de les aider à situer la nouvelle Constitution par rapport à la précédente⁵⁶. Bien évidemment, ces sous-commissions, soutenues par des cellules techniques de juristes dont le rôle était d'aider à la rédaction concrète⁵⁷, ont reçu également les Constitutions d'autres États,

52. Nadia Bernoussi, « La Constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et ruptures », précité, p. 667.

53. *Travaux de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000*, inédit, p. 2.

54. Ibidem, p. 129-130. On dénombre ainsi quatre sous-commissions : la sous-commission système judiciaire, haute cour de justice ; la sous-commission nouvelles autres institutions ; la sous-commission préambule, souveraineté, traité, coopération ; et la sous-commission Président de la République, gouvernement, parlement.

55. Il peut arriver que les travaux de la Constituante se fondent sur le principe de la « page blanche ». On citera l'exemple de l'assemblée constituante tunisienne qui a rédigé la Constitution du 27 janvier 2014 sans se référer aux textes anciens. Voir à ce sujet Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », op. cit., p. 535-536.

56. Ibidem, p. 3.

57. Idem, p. 3 et 526.

notamment les Constitutions française, américaine, béninoise, tchadienne, burundaise, camerounaise, nigérienne, malgache, algérienne, malienne, burkinabé, zimbabwéenne, togolaise, libérienne, djiboutienne, centrafricaine, équato-guinéenne...⁵⁸, ainsi que les projets de Constitutions rédigés par certains partis politiques⁵⁹. Cette diversité de références textuelles offre aux Constituants la possibilité de s'inspirer des expériences locales et étrangères pour rédiger la meilleure Constitution possible. Elle n'ouvre pas la voie au mimétisme mais à ce que Stéphane Bolle appelle un constitutionnalisme de précaution qui se nourrit des leçons tirées d'expériences passées⁶⁰.

Plus généralement, la rédaction des textes constitutionnels puise à des sources diversifiées et le pouvoir constituant se place sous l'influence de références variées. Il en va ainsi des Constitutions arabes dont la rédaction s'inscrit dans la mouvance des préceptes islamiques et des principes tirés de la Charia ou de la coutume⁶¹. De même, il est indiqué dans l'exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution nigérienne de mai 2010⁶², que cet avant-projet se nourrit à la sève normative de la Constitution du 9 août 1999, se fondant alors sur une source principalement nationale⁶³.

L'un des points d'orgue des travaux de la Constituante, une fois la répartition des tâches effectuée, se trouve être le moment de la rédaction à proprement parler des dispositions constitutionnelles ou en tout cas des normes que les assemblées constituantes envisagent de faire figurer dans la Constitution. Cette phase, qui renvoie au contenu de la Constitution, est assez sensible, car il s'agit ici déjà d'opérer des choix, de définir un

58. Idem, p. 79, 182, 225, 413, 452.

59. Idem, p. 257, 431, 452. Il s'agit du Front Populaire Ivoirien de Laurent Gbagbo, du Rassemblement des Républicains d'Alassane Ouattara et du Parti Ivoirien des Travailleurs de Francis Wodié.

60. Stéphane Bolle, « Des Constitutions "made in" Afrique », précité, p. 6.

61. Cf. A. S. Ould Bouboutt, « Le printemps des constitutions arabes », op. cit., p. 483 et s.

62. Cette Constitution nigérienne a été adoptée par référendum le 31 octobre 2010 et promulguée le 25 novembre de la même année.

63. Cf. République du Niger, Comité des Textes Fondamentaux, *Exposé des motifs de l'avant-projet de Constitution*, mai 2010, inédit, p. 2.

modèle de société, de procéder à des arbitrages. A ce sujet, on remarque une tendance à la convergence des modèles constitutionnels.

En effet, au regard du contenu des Constitutions africaines, on peut observer que les Constituants prévoient des règles ou des principes relatifs au Préambule, aux Droits et libertés, à l'Exécutif, au Législatif et à leurs rapports, à l'Autorité ou au Pouvoir judiciaire, à la Décentralisation... Les règles posées sur ces questions et d'autres sont assez classiques et on les retrouve un peu partout, surtout si l'on considère avec le Doyen Meledje que « Nous sommes à l'ère de la standardisation des systèmes constitutionnels »⁶⁴. Il faut relever, un peu partout sur le continent africain, l'enrichissement des nouvelles Constitutions par le renforcement des droits et libertés antérieurement consacrés, l'affirmation marquée de nouveaux droits et l'avènement de devoirs qui obligent à la fois les gouvernés et les gouvernants. En outre et de plus en plus, les rédacteurs des Constitutions africaines ont la volonté d'imprimer leurs marques, d'affirmer une certaine autonomie par rapport aux anciennes puissances coloniales, et de se décoloniser juridiquement en restant en même temps ouverts à l'universalisation de certains principes constitutionnels⁶⁵. En règle générale, le contenu des projets ou avant-projets de textes constitutionnels oscille entre rupture et continuité⁶⁶. Ce contenu est ensuite débattu.

2. Une rédaction débattue

Les avant-projets ou projets de Constitution sont généralement débattus lorsque le processus de fabrication de la norme

64. Francisco Meledje Djedro, « Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest africaine », précité, p. 702.

65. Pour une analyse détaillée, lire Sébastien Lath, *Les évolutions des systèmes constitutionnels africains à l'ère de la démocratisation*, Thèse de droit, Abidjan, 2008, p. 329 et s.

66. Lire par exemple Nadia Bernoussi, « La Constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et ruptures », précité, p. 663-685 ; Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », op. cit., p. 531-547.

constitutionnelle se veut démocratique. Plusieurs raisons plaident en faveur de ce débat ; on peut en citer au moins deux.

La première raison souvent avancée est que la Constitution doit être le résultat d'un consensus ou d'un compromis⁶⁷ et à ce titre elle est censée être le produit d'une négociation. La Constitution est vue et appréhendée comme un pacte social. Les États africains se sont d'ailleurs, à travers la Déclaration de Bamako adoptée le 3 novembre 2000, engagés à ce que la Constitution élaborée ou révisée soit le fruit d'un consensus national, présenté comme étant une limite au risque de fraude à la Constitution⁶⁸.

La seconde raison qui semble justifier la nécessité du débat dans le processus de conception et de confection des textes constitutionnels est qu'au final, pour durer, une Constitution doit être simple et claire⁶⁹. Cette simplicité et cette clarté, indispensables à la longévité du texte constitutionnel, résulteraient par conséquent des échanges au cours des opérations constitutives.

Cela dit, il faut reconnaître que le jeu de la délibération constitutionnelle, qui donne lieu à des débats souvent électriques, est devenu un symbole des Constitutions démocratiquement fabriquées. André Cabanis et Babacar Guèye considèrent que le débat lors des opérations constitutives, devenu aujourd'hui banal en Europe, surtout pendant les révisions constitutionnelles, captive l'attention et suscite plutôt l'intérêt en Afrique⁷⁰. Il n'est pas toujours passionnant, en revanche il est généralement passionné.

67. Marie-Claire Ponthoreau-Landi, « La Constitution comme structure identitaire », in Dominique Chagnollaud (textes réunis par), *1958-2008 : Les 50 ans de la Constitution*, op. cit., p. 34 et s.

68. Sur cette notion, voir l'étude restée célèbre de Georges Liet-Veaux, « La fraude à la Constitution : essai d'une analyse juridique des révolutions communautaires récentes : Italie, Allemagne, France », *Revue du droit public*, 1943, p. 116 et s.

69. Marie-Claire Ponthoreau-Landi, « La Constitution comme structure identitaire », précité, p. 33 ; Arnel Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indisibilité et incertitudes de la Constitution française », in Dominique Chagnollaud (textes réunis par), *1958-2008 : Les 50 ans de la Constitution*, op. cit., p. 153.

70. Cf. A. Cabanis et B. Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », précité, p. 118 et s.

Le débat a lieu non seulement au sein de la Constituante, mais également en dehors du cadre où se tiennent les travaux de la Constituante ; il faut dire que la rédaction de la Constitution, dans ses différentes étapes, intéresse tous les citoyens.

D'abord au sein de la Constituante, l'écriture des avant-projets ou des projets de texte constitutionnel est discutée par les membres élus ou désignés pour conduire cette opération. Ces discussions peuvent déboucher sur un accord rapide (ce qui est plutôt rare sur des questions sensibles), ou sur un désaccord persistant (ce qui arrive fréquemment quand les assemblées sont minées par des intérêts partisans). On a pu le voir lors des travaux de l'assemblée constituante tunisienne élue en octobre 2011. La commission chargée de l'élaboration du régime politique s'est retrouvée confrontée à un conflit ouvert entre les partisans du régime parlementaire et les partisans du régime présidentiel, mettant cette commission devant l'impossibilité de choisir. Ceci s'est traduit par l'adoption de textes à options, c'est-à-dire de rédactions différentes pour un même article soumis à un comité de coordination chargé d'harmoniser les points de vue litigieux⁷¹. Les désaccords étaient si persistants au sein de l'Assemblée nationale constituante qu'il a été créé en 2013, près de deux ans après le début de l'opération constituante, une commission du consensus pour régler les différends apparus⁷². En Egypte également, on a pu constater que les travaux préparatoires de la Constitution, adoptée par référendum le 22 décembre 2012, et déjà abrogée, se sont déroulés dans une atmosphère pesante. La rédaction du texte constitutionnel, manifestement rythmée par des moments de tensions, donna lieu à des débats très houleux au point où l'opposition et les représentants de l'Église chrétienne copte s'étaient retirés de la commission chargée de préparer le projet,

71. Cf. Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », précité, p. 538 et s.

72. Hamadi Redissi, « Raison publique et laïcité islamique : la constitution tunisienne de 2014 », in [<http://www.esprit.presse.fr/news/frontpage/news.php?code=331>], 2 juillet 2014, p. 2 et s.

en excipant la domination des délégués islamistes. Par ailleurs, en consultant les Travaux préparatoires de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000, il apparaît que l'avant-projet de Constitution que la Commission consultative constitutionnelle et électorale devait présenter au Général Robert Guei, chef de la transition militaire à l'époque, même s'il renferme des dispositions sur lesquelles il y a eu rapidement consensus⁷³, a été écrit péniblement et dans une ambiance souvent délétère. Le Doyen Meledje rappelle à ce sujet que certaines dispositions ont été âprement disputées⁷⁴ ; elles ont divisé les constituants et par ricochet la classe politique et l'opinion publique. On peut citer, relativement à ces dispositions controversées, les règles touchant aux conditions d'éligibilité qui donnèrent lieu à un tango constitutionnel entre deux conjonctions de coordination : le «Et» et le «Ou», pour déterminer si le candidat à l'élection présidentielle devait avoir un seul parent ivoirien pour être éligible ou si, au contraire, ses deux parents devaient être ivoiriens⁷⁵. C'est le Général Guei qui a tranché unilatéralement le débat à quelques jours du référendum constituant, en modifiant par décret⁷⁶ le projet de Constitution déjà publié au Journal officiel. Mais, il est vrai que le Général Guei a pris sa décision après une tournée qui l'a conduit dans plusieurs localités du pays, en s'apercevant que les Ivoiriens étaient majoritairement favorables au «Et». Il n'est pas utile de revenir sur les conséquences de cette chicane constitutionnelle au regard des événements que la Côte d'Ivoire a vécus au cours de la précédente décennie. Par ailleurs, les esprits se sont échauffés pendant l'opération constituante lorsque le Président de la Commission constitutionnelle, le Doyen Ouraga Obou, a proposé un Préambule qu'il a rédigé seul, en concurrence

73. Cf. *Travaux de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000*, inédit, notamment p. 205 (l'option en faveur d'un Parlement monocaméral est majoritairement acceptée), p. 219 (les dispositions sur les pouvoirs de l'Assemblée nationale et sur la loi de finances sont vite adoptées).

74. Francisco Meledje Djedro, « Le système politique ivoirien dans la géopolitique ouest africaine », précité, p. 710.

75. Cf. *Travaux de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000*, inédit, p. 706.

76. Voir Décret n° 2000-497 du 17 juillet 2000 portant modification du projet de Constitution, in *Journal officiel de la République de Côte d'Ivoire*, n° 28 du jeudi 20 juillet 2000.

d'un autre adopté en plénière. On peut considérer ce moment comme un temps de fièvre constitutionnelle, dans la mesure où la tension à ce moment là est montée d'un cran⁷⁷. Au demeurant, la question de Dieu a divisé les rédacteurs de la Constitution : certains voulaient que la référence à Dieu figure dans le Préambule ; d'autres au contraire estimaient que Dieu n'avait pas sa place dans une Constitution, dès lors que les questions de foi sont privées et qu'elles ne méritent pas d'être inscrites dans la loi fondamentale d'un État laïque⁷⁸. Finalement, après des débats houleux, à la limite parfois de la courtoisie, la référence à Dieu a été supprimée de l'avant-projet de texte constitutionnel. Le sujet est sensible, peut-être tabou⁷⁹.

On peut tirer des conclusions des débats suscités par la rédaction des projets ou avant-projets de Constitution au sein des assemblées constituantes africaines, en relevant que les divisions observées pendant les opérations constituantes obscurcissent sérieusement le débat démocratique et l'éloigne bien souvent des aspirations des citoyens⁸⁰. Tout ceci révèle une tendance à la dispute autour de l'écriture des nouvelles Constitutions africaines et une certaine politisation des débats constitutionnels⁸¹. Le travail de confection de la Constitution se trouve alors ralenti dès lors que certains membres de la Constituante reviennent sur des questions déjà réglées⁸², provoquant ainsi des débats infinis. Le sentiment qui domine est celui d'une écriture exagérément longue et saccadée de la Constitution, parfois préjudiciable à sa qualité⁸³. Ce sentiment

77. Cf. *Travaux de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000*, inédit, p. 526 et s.

78. Cf. *Travaux de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000*, inédit, p. 526, 676 et s.

79. Alioune Sall, *Les tabous du constitutionnalisme en Afrique*, Synthèse des travaux du colloque organisé par l'Université de Lomé et l'Université Bordeaux IV-Montesquieu, Lomé, 13 et 14 juin 2011, 8 p., disponible sur [<http://la-constitution-en-afrique.org/page/5>].

80. Voir dans ce sens Xavier Philippe, « Les processus constituants après les révolutions du printemps arabe. L'exemple de la Tunisie : rupture ou continuité ? », précité, p. 538 et s.

81. Voir Albert Bourgi, « L'évolution du constitutionnalisme en Afrique : du formalisme à l'effectivité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, n° 52, p. 724 et 725.

82. Voir par exemple le cas ivoirien dans les *Travaux de la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000*, notamment p. 170, 192, 231, 519, 521 et s.

83. Pour un exemple, consulter Rafâa Ben Achour, « La Constitution tunisienne du 27 janvier

se renforce lorsque le débat déborde le cadre de l'assemblée constituante et oppose les citoyens pendant l'opération constituante.

Le débat populaire a sa place dans l'écriture d'une Constitution qui se veut démocratique. Il est initié en deux temps : d'abord lors de la rédaction des avant-projets et projets de Constitution ; ensuite pendant le référendum constituant.

S'agissant de la phase de rédaction du texte constitutionnel, il faut indiquer que les débats au sein des assemblées constituantes sont parfois le prolongement des débats entre citoyens qui expriment des besoins souvent légitimes et quelquefois contradictoires. Le rôle joué par les citoyens est sans doute déterminant ; l'influence de leurs actions n'est pas discutable. On a pu voir ainsi, en Tunisie, lors de la rédaction de la Constitution du 27 janvier 2014, que les manifestations et contre-manifestations de rue (signe d'un débat populaire), ont parfois obligé l'Assemblée constituante, pourtant élue, à reculer sur certaines questions, notamment en renonçant à inscrire la Charia⁸⁴ dans la Constitution⁸⁵. Le peuple tunisien ne voulait pas rester en marge du processus de fabrication constitutionnelle. Le Président de l'assemblée constituante tunisienne, Moustapha Ben Jaafar, indiquait à ce sujet que différentes couches de la société (les femmes, les syndicats, les milieux éducatifs...) avaient fait des propositions aux commissions chargées de rédiger le texte constitutionnel⁸⁶.

Au Maroc également, la rue a été écoutée ; le pouvoir a compris le discours de la rue et ses exigences pour un transfert du pouvoir du Roi vers le peuple. Cela s'est traduit par des mutations institutionnelles et principiellles, une reconfiguration politique et

2014 », *Revue française de droit constitutionnel*, 2014, n° 100, p. 784.

84. Pour simplifier, on dira que la Charia représente la loi islamique.

85. Cf. Ahmed Salem Ould Bouboutt, « Le printemps des constitutions arabes », précité, p. 498.

86. Moustapha Ben Jaafar, Interview au Journal *Le Temps*, 24 février 2012. Cité par Ahmed Salem Ould Bouboutt, « Le printemps des constitutions arabes », op. cit., p. 498.

géographique, des évolutions en matière de droits et libertés et sur les matières insusceptibles de révision constitutionnelle⁸⁷.

S'agissant du référendum constituant, il apparaît comme un moment sensible au cours duquel certaines passions se déchaînent, favorisant de profonds désaccords entre les partisans et les adversaires du « oui ». En Afrique, le débat référendaire sur le contenu du projet de texte constitutionnel est si vif que même à la veille d'un référendum constituant le projet peut être modifié. Ce fut le cas au Maroc pour la Constitution du 29 juillet 2011⁸⁸, ainsi que pour la Constitution ivoirienne du 1^{er} août 2000 sur la question des conditions d'éligibilité déjà évoquée, suite au débat mémorable sur le « et » et le « ou ». Même si le référendum n'est pas nécessairement un gage de démocratie, on peut estimer que le recours fréquent au référendum observé sur le continent africain, à l'occasion des opérations constitutives, symbolise un retour du constitutionnalisme démocratique. En effet, un peu partout en Afrique, le référendum devient un mode de ratification constitutionnelle, voire une mode, une tendance. Au Sénégal (le 7 janvier 2001), en Côte d'Ivoire (les 23 et 24 juillet 2000), au Maroc (le 1^{er} juillet 2011), en République Démocratique du Congo (les 18 et 19 décembre 2005), en Egypte (les 14 et 15 janvier 2014) par exemple, des référendums ont été organisés pour donner aux dernières Constitutions en date une certaine légitimité⁸⁹, qui peut cependant s'avérer néfaste.

En effet, la volonté de démocratiser le processus constituant n'a pas que de bons côtés. On observe même quelques inconvénients à exagérer la recherche systématique du consensus. A force de vouloir contenter tout le monde, on court le risque d'une inflation

87. Lire à ce sujet Nadia Bernoussi, « La Constitution marocaine du 29 juillet 2011 entre continuité et ruptures », précité, p. 668 et s. L'auteur indique que si les limites matérielles à la révision ne concernaient auparavant que la monarchie et l'islam, la Constitution de 2011 y inclut le choix démocratique et les acquis en matière de droits et libertés (p. 672).

88. Cf. Omar Bendourou, « La nouvelle Constitution marocaine du 29 juillet 2011 : le changement entre mythe et réalité », précité, p. 642.

89. D'autres exemples plus ou moins anciens de référendums existent sur le continent africain. Le Burkina Faso (le 2 juin 1991), le Burundi (le 13 mars 1992), le Ghana (le 28 avril 1992), Sao Tomé et Principe (le 22 août 1990) se sont effectivement dotés de Constitutions par la voie référendaire.

constitutionnelle, un phénomène qui guette la Constitution dans sa fabrication, une pathologie qui affecte sa qualité⁹⁰.

Même s'il faut tenir compte de l'opinion publique dans la production constitutionnelle⁹¹, la Constitution n'est pas un texte où il faut tout dire ou prévoir, au risque de la dévaloriser. La recherche du compromis ou du consensus, qui fait de la Constitution le produit d'un rapport de forces, ne doit pas justifier la banalisation de la norme constitutionnelle, dont le caractère inflationniste peut conduire à des incohérences, des redondances, des répétitions ou à des ambiguïtés⁹². Contrairement à ce que préconise Maurice Hauriou, une bonne Constitution n'est pas nécessairement brève⁹³ ; ni brève, ni fleuve, la Constitution doit trouver sa place dans la mesure et le parfait dosage nécessaires à sa valorisation. Malheureusement, cette valorisation de la Constitution est parfois compromise ou menacée par la persistance des procédés autoritaires.

B. La persistance des procédés autoritaires

On avait ainsi cru, à partir de 1990, que le vent de démocratisation des régimes politiques africains allait définitivement balayer les réflexes autoritaires en matière de production constitutionnelle. Les espoirs placés dans le renouveau des systèmes politiques africains de cette époque ont été rapidement déçus, au moins dans certains pays, si bien qu'on observe véritablement un retour en grâce des procédés autoritaires dans la fabrication de la Constitution. Les modes autoritaires de fabrication de la Constitution sont persistants en Afrique et refont surface périodiquement. Leurs manifestations sont visibles.

90. Pierre de Montalivet, « La dégradation de la qualité de la norme constitutionnelle sous la V^e République », *Revue du droit public*, 2012, n° 4, p. 925 et s.

91. André Cabanis et Babacar Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », déjà cité, p. 121.

92. La Constitution de la République démocratique du Congo a été décrite comme un modèle du genre. Cf. Delphine Pollet-Panoussis, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », précité, p. 451 et s.

93. Maurice Hauriou, *Précis élémentaire de droit constitutionnel*, op. cit., p. 81.

On constate ainsi le retour de la fabrication unilatérale (1) et la résurgence des méthodes de domestication des règles constitutionnelles (2).

1. Le retour de la fabrication unilatérale

L'Afrique présente un visage de Janus, une figure ambivalente, en matière de production de textes constitutionnels ; à côté des procédés démocratiques de fabrication subsistent des procédés autoritaires. Ces procédés autoritaires, en dévoyant les acquis démocratiques des années 1990, semblent inscrire le continent dans un passé que l'on croyait définitivement enterré. Avec leur résurgence ou résurrection, on assiste à une sorte de rétropédalage constitutionnel. Ce constat concerne les textes ou actes constitutionnels aussi bien dans la phase de leur élaboration que dans celle de leur modification. Bien des exemples illustrent cette idée.

S'agissant des textes ou actes constitutionnels élaborés de manière autoritaire, on peut citer l'exemple du Mali qui apparaît caractéristique. Dans son étude sur « L'histoire constitutionnelle du Mali »⁹⁴, marquée par la répétition des coups d'État militaires, le Professeur Eloi Diarra décrit bien la situation. L'auteur rappelle que l'on doit aux militaires maliens d'avoir produit, le 5 avril 1991, une ordonnance constitutionnelle (comportant 64 articles). Le 26 mars 2012, l'expérience de l'ordonnance constitutionnelle est renouvelée avec le renversement du Président Amadou Toumani Touré et la suspension, le 22 mars 2012, de la Constitution du 25 février 1992. En effet, le Comité National pour le Redressement de la Démocratie et la Restauration de l'État, avec à sa tête le Capitaine Amadou Haya Sanogo, prend une ordonnance portant Acte fondamental de l'État du Mali. L'ordonnance aura une vie de courte durée. Sous la pression des Chefs d'État d'Afrique occidentale et de l'Union africaine et

94. Eloi Diarra, « L'histoire constitutionnelle du Mali », *Revue juridique et politique*, 2010, n° 2, p. 229 à 260.

devant la désagrégation de l'armée malienne en proie à une rébellion armée dans le Nord du pays, le Capitaine Sanogo rétablira, le 1^{er} avril 2012, la Constitution du 25 février 1992 qu'il avait suspendue.

Cette Constitution malienne qui connaît un regain d'autorité reste en Afrique, avec la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, parmi les rares Constitutions qui n'ont jamais été révisées à ce jour.

S'agissant des révisions autoritaires de la Constitution en Afrique, les exemples sont légions. En règle générale, elles n'associent pas le peuple à l'opération constituante, ni au début ni à la fin ; c'est dire que ces modifications constitutionnelles ne sont ni débattues ni sanctionnées par un référendum. Même quand le pouvoir exécutif associe le Parlement ou le peuple, il s'agit bien souvent d'une opération cosmétique, de camouflage, destiné à rassurer les bailleurs de fonds et l'opinion internationale. Tout cela suppose, à bien y regarder, que la procédure de révision prévue par la Constitution elle-même n'est pas respectée, conduisant à ce que Georges Liet-Veaux appelle la fraude à la Constitution. Le Cameroun a connu ce genre de révision constitutionnelle qui a l'apparence d'une révision démocratique mais qui, dans la réalité, présente tous les symptômes de la révision autoritaire, ainsi que le démontre Mathieu Mebenga dans une étude documentée⁹⁵. Décrivant le processus de révision de la Constitution du 2 juin 1972, qui donna naissance le 18 janvier 1996 à une loi constitutionnelle, l'auteur fait observer que cette révision voulue par le Président Paul Biya est inconstitutionnelle, parce qu'elle est fondée sur un débat national non prévu par la Constitution du 2 juin 1972 et exécutée par des comités techniques que la Constitution n'a pas mandatés pour travailler à sa révision. La participation populaire que privilégie le pouvoir politique camerounais est présentée comme un paravent

95. Cf. Mathieu Mebenga, « La participation du citoyen à la création du droit : l'exemple du "large débat national" sur la réforme constitutionnelle au Cameroun », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *La création du droit en Afrique*, op. cit., p. 197 à 216.

pour dissimuler la stratégie présidentielle d'exercice solitaire du pouvoir constituant originaire, du fait d'un Parlement à la solde du pouvoir. La révision constitutionnelle se fait d'ailleurs sous la direction du Chef de l'État camerounais. L'opération constituante se déroule dans les locaux et la confidentialité du cabinet présidentiel, laissant peu de place à un véritable débat. A l'image de l'essuie-glace, est initiée une opération solitaire, unilatérale, de déconstitutionnalisation et de reconstitutionnalisation, gravitant autour de la volonté du Président de la République⁹⁶.

Autre exemple significatif de révision constitutionnelle autoritaire, la révision togolaise intervenue après le décès du Président Gnassingbé Eyadéma, le 5 février 2005. A une vitesse digne d'un scénario hollywoodien, la Constitution togolaise du 14 octobre 1992 est révisée dès le 6 février 2005, au lendemain de la mort du Président Eyadéma, pour placer son fils, Faure Gnassingbé, en situation de lui succéder à l'issue de la période d'intérim qui s'ouvrirait. L'Assemblée nationale togolaise, dominée par le parti au pouvoir, a été mise à contribution pour procéder au montage juridique nécessaire, en méconnaissance de la procédure prévue pour modifier la Constitution. Les protestations de la communauté internationale obligeront les parlementaires togolais à revenir sur les modifications faites en violation de la Constitution togolaise⁹⁷.

On peut citer enfin l'exemple du Niger où le Président Tandja a voulu, en 2009, imposer une révision constitutionnelle, en touchant à la clause limitative du mandat présidentiel consacrée par la Constitution, et ceci en dépit de l'opposition du Parlement et du Conseil constitutionnel. La suite de cette aventure est connue.

96. Sur tous les points évoqués, consulter Mathieu Mebenga, précité.

97. Cf. El Hadji Omar Diop, « Autopsie d'une crise de succession constitutionnelle du chef de l'État en Afrique. L'expérience togolaise (5-26 février 2005) », *Politeia*, 2005, n° 7, p. 115-173 ; Stéphane Bolle, « Des Constitutions "made in" Afrique », précité, p. 9.

En tout état de cause, cette dérive autoritaire, qui vise à imposer un ordre constitutionnel nouveau en dehors des procédés démocratiques consacrés, donne le sentiment, en Afrique, que le véritable titulaire du pouvoir constituant n'est pas le peuple, mais plutôt le Chef de l'État. On assiste en effet à ce propos à un détournement du pouvoir constituant reconnu au peuple, puisque la particularité des ces textes constitutionnels imposés réside dans l'absence de participation déterminante des gouvernés au processus constituant. Ceci contribue à la résurgence des méthodes de domestication qui visent à manipuler les normes constitutionnelles, et renforce l'idée d'un constitutionnalisme autoritaire ou résultant en tout cas de procédés autoritaires.

2. La résurgence des méthodes de domestication des règles constitutionnelles

Au-delà du processus de fabrication unilatérale de la Constitution, il apparaît que des méthodes sont parfois définies par les gouvernants pour manipuler les normes constitutionnelles et servir les intérêts de leur clan. Des normes sont ainsi produites sans faire l'objet de débats. Elles sont purement et simplement imposées. De telles pratiques, qui visent à détourner la volonté du pouvoir constituant et à inscrire la Constitution dans une perspective patrimoniale, ont pour effet de domestiquer ou apprivoiser les dispositions de la Constitution pour en tirer profit. Dans un tel contexte, la Constitution n'est pas vue comme devant appartenir à la communauté, mais comme un texte personnalisé destiné à servir un clan, une classe politique au pouvoir ; la Constitution doit servir à asservir. Elle devient, par conséquent, la Constitution de quelques uns, que les autres, souvent la majorité, rejettent parce qu'ils ne se reconnaissent pas dans ses dispositions et dans l'identité travestie qu'elle reflète.

Le risque de patrimonialisation des normes constitutionnelles lors de la rédaction des projets ou avant-projets de constitution reste présent. Mais c'est surtout à l'occasion de la modification des textes constitutionnels que les dispositions de la Constitution subissent davantage le phénomène de leur domestication qui conduit, fatalement, au travestissement de la loi fondamentale. L'Afrique offre quelques exemples de ces manipulations constitutionnelles qui continuent, dans certains États, de faire florès. Au-delà des révisions constitutionnelles à répétition, qui ne sont pas nécessairement une mauvaise chose, dans la mesure où la Constitution est faite et refaite pour évoluer avec son temps⁹⁸, c'est l'instrumentalisation de la norme fabriquée qui pose problème. Il apparaît pénétrant d'observer que, sous couvert de modification de la Constitution, la Constitution a été parfois abrogée et remplacée par un ensemble de règles posées pour servir les intérêts d'un clan, d'un groupe ou d'une classe politique au pouvoir. La Constitution se trouve dans ce cas refabriquée – et sans doute trafiquée -, dans un contexte marqué par l'exclusion de toute participation populaire. Et même si tel est le cas, on assiste à une forme de parodie de participation au moyen du référendum qui, dans cette hypothèse, s'ouvre à une instrumentalisation. Les révisions constitutionnelles gabonaise du 22 avril 1997 et malgache du 8 avril 1998 sont des révisions-abrogation qui ont pour effet de remanier les dispositions de la Constitution dans un sens favorable au parti au pouvoir⁹⁹.

Parfois même, la révision n'est pas totale, mais à force d'être répétée et de toucher à un très grand nombre de dispositions, elle finit par dénaturer la Constitution elle-même. Ce genre de révisions

98. Voir à ce sujet la contribution de Dmitri Georges Lavroff, « La Constitution et le Temps », précité, p. 207-227.

99. Voir à ce sujet Jean du Bois de Gaudusson, « Point d'actualité sur les modalités de production du droit constitutionnel dans les États africains francophones », in *Mélanges Patrice Gélard*, Paris, Montchrestien, 1999, p. 341-342.

successives, qui modifient sans abroger, change l'identité de la Constitution et déconstruit l'ordre constitutionnel initial. On ne peut pas dire qu'elles sont déconstitutionnalisantes, puisque de toute façon elles sont reconstitutionnalisantes. Mais, en tout état de cause, elles remettent en question le consensus qui semblait prévaloir autour de la Constitution initiale. On a parfois le sentiment d'avoir affaire, une fois ces révisions tactiques effectuées, à une nouvelle Constitution avec des règles orientées dans le sens d'une pérennisation du parti au pouvoir. En partant de l'exemple de la Côte d'Ivoire, le Doyen Meledje explique bien le phénomène. L'auteur relève que « En 1998, la révision [de la Constitution ivoirienne du 3 novembre 1960] a touché un nombre extrêmement important de dispositions constitutionnelles, à tel point qu'on s'est demandé si l'opération n'avait pas consisté en fait à l'établissement d'une nouvelle Constitution, cinquante-trois articles sur soixante-seize ayant été plus ou moins affectés par ladite révision. Il est vrai que cette révision avait plutôt pour orientation de renforcer les pouvoirs du chef de l'État et qu'il n'y avait pas de changement de régime politique »¹⁰⁰. Ailleurs, au Cap-Vert, la révision constitutionnelle du 5 août 1992 a modifié l'économie générale de la Constitution du 14 février 1981. Cette révision a été présentée comme établissant une nouvelle Constitution en rupture radicale avec l'inspiration et l'équilibre des pouvoirs de la Constitution initiale¹⁰¹. Par ailleurs, en 2007 sous Moubarak, une révision de la Constitution égyptienne du 11 septembre 1971 a choqué l'opinion publique, surtout qu'elle a conduit, d'une certaine manière, à dévaloriser la Constitution, en favorisant l'introduction dans la Constitution de dispositions de rang inférieur pour les faire échapper au contrôle de constitutionnalité. La révision a même été un moyen de consacrer des règles relatives à la création d'une commission électorale

100. Francisco Meledje Djedro, « Faire, défaire et refaire la Constitution en Côte d'Ivoire : un exemple d'instabilité chronique », précité, p. 324.

101. Sur les détails, voir Sébastien Lath, *Les évolutions des systèmes constitutionnels africains à l'ère de la démocratisation*, Thèse précitée, p. 333, note 969.

chargée de superviser le scrutin présidentiel, dont les décisions sont définitives et immunisées contre tout recours en inconstitutionnalité. Au cours de l'opération, le pouvoir n'a modifié que les dispositions gênantes et ignoré les revendications en faveur d'une modification de la Constitution en certaines de ses dispositions qui créent une inégalité entre les religions et favorisent la présidence à vie¹⁰².

Mais de plus en plus, on observe en Afrique l'émergence d'une forme de résistance au tripatouillage constitutionnel ; les consciences s'éveillent ; les peuples veillent et surveillent leurs Constitutions, pour éviter que les gouvernants y touchent au gré de leurs intérêts. Les récents événements au Burkina Faso, en République Démocratique du Congo et au Bénin, en 2014, où des manifestations plus ou moins violentes ont fait barrage à la révision tactique de la Constitution, vont dans le sens de cette prise de conscience que la Constitution appartient à la société qu'elle organise. On a même dit que, suite au renversement du Président Blaise Compaoré, qui a échoué à réviser une énième fois la Constitution burkinabé, le Président béninois Yayi Boni a renoncé dans la foulée à son projet de révision constitutionnelle¹⁰³. Certains, dans l'opinion, ont même parlé de jurisprudence Compaoré destinée à servir de leçon aux manipulateurs et autres tacticiens constitutionnels.

Le juge constitutionnel n'est pas en reste dans ce combat pour une Constitution consensuelle. L'exemple le plus éloquent a été donné par la Cour constitutionnelle du Bénin qui s'est opposée, en 2006, à la révision de la Constitution béninoise visant à proroger la durée du mandat des députés, au motif que cette révision violait les idéaux qui

102. Pour une analyse édifiante, voir Nathalie Bernard-Maugiron, « Nouvelle révision constitutionnelle en Égypte : vers une réforme démocratique ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2007, n° 72, p. 843-860, spéc. p. 859 et s.

103. Blaise Compaoré est renversé le 31 octobre 2014 à la faveur d'un soulèvement populaire ; dès le 3 novembre, la presse et les médias (dont France 24 et Africa 24) annoncent le retrait du projet de révision constitutionnelle déposé à l'Assemblée nationale béninoise par le Président Yayi Boni. Mais l'information sur ce retrait est contestée.

ont présidé à l'adoption de la Constitution, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle¹⁰⁴.

Tout récemment, par une décision du 20 novembre 2014, la Cour constitutionnelle du Bénin est intervenue dans le débat sur le projet de révision constitutionnelle initié par le Président Yayi Boni en vue de briguer en 2016 un troisième mandat.

La Cour s'est prononcée contre toute révision de la Constitution permettant au Président béninois de briguer un nouveau mandat et de faire sauter le verrou de la limitation des mandats¹⁰⁵.

Pour clore ce chapitre, l'on observera que la fabrication de la Constitution en Afrique se fait généralement de manière classique ; à ce sujet des procédés démocratiques ou autoritaires sont mobilisés. Mais dans ce processus, on assiste également à l'émergence de nouveaux procédés.

II. L'émergence de nouveaux procédés

En Afrique, les Constituants ne se contentent plus de reproduire mécaniquement les schémas classiques de production constitutionnelle. Le processus de fabrication de leurs Constitutions est présenté quelquefois comme un processus innovant et singulier¹⁰⁶, en raison de la rénovation des procédés politiques (A) et de l'avènement de procédés juridictionnels (B).

A. La rénovation des procédés politiques

L'avènement de la démocratie et les revendications sociales pour un ordre constitutionnel nouveau à partir des années 1990 ont donné lieu à des Constitutions écrites ou inspirées par les Conférences

104. Voir Cour constitutionnelle de la République du Bénin, Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, publiée et commentée dans Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 311 et s.

105. Cour constitutionnelle de la République du Bénin, Décision DCC 14-199 du 20 novembre 2014.

106. Voir dans ce sens Ahmed Salem Ould Bouboutt, « Le printemps des constitutions arabes », précité, p. 480 ; Hamadi Redissi, « Raison publique et laïcité islamique : la constitution tunisienne de 2014 », précité, p. 1.

nationales (1) qui ont essaimé en Afrique à cette période. Par ailleurs, les crises politiques à répétition qui secouent le continent ont favorisé l'émergence de Constitutions écrites en deux temps : dans ce cas de figure, la fabrication des Constitutions définitives est précédée par la rédaction de Constitutions intérimaires (2).

1. Des Constitutions écrites ou inspirées par des Conférences nationales

L'expérience des Conférences nationales, en matière de fabrication constitutionnelle, est inédite. Maurice Kamto a même parlé d'invention proprement africaine, considérant ce modèle comme étant l'une des plus grandes trouvailles de l'Afrique post-coloniale¹⁰⁷, apparue dans la mouvance des transitions démocratiques inaugurées à partir de 1990. Il n'est pas inutile de présenter la Conférence nationale avant d'analyser sa contribution innovante à la production des Constitutions en Afrique. « Du point de vue terminologique, l'introduction en terre africaine de l'expression «conférence nationale» semble revenir au Congo-Brazzaville où Marien Ngouabi l'employa pour la première fois en 1972 »¹⁰⁸. La Conférence nationale se présente comme une assemblée consultative réunie dans le but de proposer des solutions à une crise politique provoquée par le blocage de régimes autoritaires à parti unique. Dans la pratique, les Conférences nationales se sont érigées en assemblées constituantes¹⁰⁹. Il est vrai que la finalité de leur institution réside dans l'adoption de nouvelles Constitutions destinées à mettre un terme au droit constitutionnel autoritaire¹¹⁰ qui prévalait.

107. Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », in Dominique Darbon et Jean du Bois de Gaudusson (sous la direction de), *La création du droit en Afrique*, op. cit., p. 177 et s.

108. Daniel Bourmaud et Patrick Quantin, « Le modèle et ses doubles : Les Conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », in Yves Mény (sous la direction de), *Les politiques du mimétisme institutionnel : La greffe et le rejet*, op. cit., p. 168.

109. Ibidem, p. 166 et 167.

110. Jean du Bois de Gaudusson, « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », précité, p. 612 ; Daniel Bourmaud et Patrick Quantin, « Le modèle et ses doubles : Les Conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », précité, p. 181.

Mais on a pu constater que l'expérience des Conférences nationales s'est limitée aux États francophones, développant les mêmes réflexes d'un pays à l'autre en raison de ce que certains auteurs ont appelé un phénomène de contagion¹¹¹. Daniel Bourmaud et Patrick Quantin font observer que « l'absence de conférences dans les pays d'expression anglophone peut être partiellement expliquée par la nature différente des vecteurs étrangers venus soutenir la transition du régime à parti unique. (...) dans ces pays, (...) les spécialistes dépêchés (...) ne touchèrent pas aux constitutions et concentrèrent très pragmatiquement leur savoir-faire et leurs moyens sur la régularité des élections, celles-ci ne pouvant être que «free and fair». Pour ces experts, le souci central a donc résidé dans la mise en place de listes électorales, le découpage des circonscriptions, sans parler des enquêtes concernant la liberté d'expression durant la campagne et le repérage des fraudes »¹¹².

En Afrique francophone, où elle a fait fortune, la Conférence nationale a débuté au Bénin en février 1990, lequel est imité par le Gabon (mars-avril 1990), le Congo (février-juin 1991), le Niger (juillet-novembre 1991), le Mali (juillet-août 1991), le Togo (juillet-août 1991), le Zaïre (décembre 1991-décembre 1992), le Tchad (janvier-avril 1993). Le phénomène de contagion est si persistant qu'il finit par atteindre quelques pays non francophones comme la Guinée-Bissau et l'Éthiopie¹¹³. Elle a conduit partout à un phénomène de déconstitutionnalisation et de reconstitutionnalisation, c'est-à-dire que la Constitution en vigueur a été abrogée et remplacée par une nouvelle Constitution inspirée ou proposée par la Conférence nationale.

La contribution des Conférences nationales à la production constitutionnelle n'est pas homogène. Chaque État a vécu une

111. D66+

112. Ibidem, p. 181.

113. Cf. Jean-Jacques Raynal, « Les Conférences nationales en Afrique : au-delà du mythe, la démocratie ? », *Penant*, octobre-décembre 1994, n° 816, p. 311-312.

expérience spécifique, selon que la Conférence nationale était souveraine ou non souveraine, selon la nature des forces en présence et selon le bilan qu'il est possible de faire à partir de cette expérience inédite. Il faut donc distinguer entre les États où l'organisation de la Conférence nationale a favorisé une expérimentation constitutionnelle par des mécanismes innovateurs. Quelques illustrations devraient suffire à étayer le propos.

Le Bénin apparaît, à cet égard, comme un exemple caractéristique de la contribution des Conférences nationales au renversement des Constitutions autoritaires et à l'avènement de textes constitutionnels nouveaux, fondés sur des principes démocratiques. La Conférence nationale béninoise, qui s'est proclamée souveraine, a commencé ses travaux en abrogeant la Constitution alors en vigueur. Sa composition hétérogène, marquée par la présence remarquable des forces vives de la nation (partis politiques, société civile, syndicats, chefs traditionnels, organisations féminines, groupements religieux, experts nationaux et internationaux...), était dès le départ inscrite dans une dynamique révolutionnaire au sens où il s'agissait de bâtir avec des hommes nouveaux sur de nouveaux fondements. Mais les conférenciers béninois n'ont pas rédigé eux-mêmes le texte de la Constitution du 11 décembre 1990, ils se sont contentés de faire des propositions dans ce sens¹¹⁴. La Conférence va inspirer par conséquent les rédacteurs de la future Constitution béninoise, en donnant les orientations pour sa rédaction qui doit être pénétrée par une vision démocratique de la société. Cette mission d'écriture d'une nouvelle Constitution est confiée à une commission constitutionnelle que présidera le Professeur Maurice Ahanhanzo Glélé¹¹⁵ ; elle est composée de quinze membres parmi lesquels on compte des magistrats et des professeurs d'université. La recherche du consensus n'a pas empêché le débat

114. Cf. Jean-Jacques Raynal, « Les Conférences nationales en Afrique : au-delà du mythe, la démocratie ? », précité, p. 313 et 317.

115. Fabien Eboussi Boulaga, *Les conférences nationales en Afrique noire. Une affaire à suivre*, Karthala, 1993, p. 76 et s.

d'idées. Les débats au sein de la Constituante ont été parfois animés. Sur la nature du régime par exemple, deux tendances s'affrontèrent : la première, conduite par Bertin Borna, membre actif du Présidium, était favorable à la mise en place d'un régime présidentiel ; la seconde préconisait l'adoption du régime parlementaire. Il n'empêche que le sérieux des travaux de la Constituante a été salué à plusieurs reprises¹¹⁶. C'est donc logiquement qu'ils ont été ratifiés par la Conférence, qui, bien que souveraine, n'a pas hésité à soumettre au référendum le projet de constitution écrit d'après les directives qu'elle a données. Le référendum souhaité s'est tenu le 2 décembre 1990 dans des conditions jugées satisfaisantes, avec un taux de participation de 63,5 %¹¹⁷.

A propos du Bénin, la conclusion que tire Jean-Jacques Raynal est édifiante. Il écrit que « la Conférence nationale a été une réussite au Bénin parce qu'elle a été brève (10 jours) et bien préparée, que les délégués étaient relativement peu nombreux (520 personnes) et soucieux de sauver un pays à l'agonie. Ils ont mis l'accent sur ce qui les rassemble plutôt que sur ce qui les divise, aidés en cela par le sens du compromis du président de la Conférence, Monseigneur de Souza »¹¹⁸. Peut-on en dire autant ailleurs ?

Au Mali, la Conférence nationale n'a été que partiellement souveraine, étant limitée à un ordre du jour défini, mais elle est considérée comme la seule à avoir rédigé un projet de texte constitutionnel¹¹⁹, duquel procède la Constitution du 25 février 1992 toujours en vigueur. La Constitution malienne a été préparée dans un contexte de transition militaire et avec l'aide d'experts nationaux et internationaux. Le projet de Constitution est discuté

116. Voir Afise Adamon, *Le renouveau démocratique au Bénin. La Conférence nationale des forces vives et la période de transition*, L'Harmattan, coll. Points de vue concrets, 1995, p. 118 et s.

117. Magalie Besse, « La Conférence nationale souveraine, un pouvoir constituant original », in [<http://www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC3/BesseTXT.pdf>], p. 11.

118. Cf. « Les Conférences nationales en Afrique : au-delà du mythe, la démocratie ? », précité, p. 319.

119. Voir dans ce sens Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », précité, p. 185.

en juillet 1991 et soumis au référendum pour adoption le 12 janvier 1992. La Constitution malienne issue de la Conférence nationale est appréhendée et vue comme le produit des revendications sociales, un agrégat d'éléments diversifiés qui ont émergé progressivement¹²⁰.

Par ailleurs, au Zaïre (aujourd'hui République Démocratique du Congo), la souveraineté a été reconnue à la Conférence nationale, dont les vagues révolutionnaires n'ont pas épargné la Constitution du 10 juillet 1990 qui consacrait pourtant le multipartisme, suite au « discours historique du Président Mobutu le 24 avril 1990 »¹²¹. La tâche technique de rédaction de la nouvelle Constitution a été confiée à une commission constitutionnelle créée et mise en place par la Conférence nationale¹²². « On relève cependant, dans le contexte congolais, que la souveraineté de la conférence nationale a été fortement contrariée par les tentatives de récupération entreprises par les tenants du statu quo qui se recrutaient principalement dans le camp présidentiel. C'est en ce sens que l'on doit comprendre la dualité institutionnelle et constitutionnelle qui s'en était suivie. Un ordre constitutionnel et institutionnel avait été établi par la Conférence nationale souveraine en 1992 avec un gouvernement et un Parlement ; un autre par les partisans du Président Mobutu qui s'en tenaient à la loi constitutionnelle de 1990. Cet imbroglio institutionnel avait conduit à deux textes constitutionnels distincts : l'acte constitutionnel harmonisé relatif à la période de la transition du 2 avril 1993 et l'acte portant dispositions constitutionnelles relatives à la période de la transition adopté le 2 août 1992 par la conférence nationale souveraine. Le premier texte institue un régime parlementaire, le second un régime semi-présidentiel (parlementarisme rationalisé) »¹²³. Un texte de compromis sera

120. Eloi Diarra, « L'histoire constitutionnelle du Mali », précité, p. 254 et s.

121. Cf. Grégoire Bakandja Wa Mpungu, « La nouvelle Constitution de la République Démocratique du Congo : sources et innovations », précité, p. 350 et s.

122. Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », précité, p. 187.

123. Ibidem, p. 352 et s.

finalement adopté pour résorber la crise et débloquer la situation ; il en résultera un acte constitutionnel de transition du 9 avril 1994 qui instaure un régime hybride, mi-parlementaire, mi-présidentiel. Plus tard, la Conférence nationale souveraine du Zaïre va élaborer une Constitution adoptée le 27 décembre 1996, qui ne sera jamais promulguée. La rébellion armée conduite par Laurent Désiré Kabila va procéder à l'inhumation de cette Constitution mort-née.

Au Gabon en revanche, la Conférence nationale était non souveraine ; le processus constituant a été par conséquent placé sous le contrôle du Président Omar Bongo¹²⁴.

Au Togo par contre, la souveraineté de la Conférence nationale est sujette à caution ; un décret du 26 août 1991, pris par le Président Gnassingbé Eyadema, va même suspendre provisoirement la Conférence nationale¹²⁵.

La commission chargée de rédiger le projet de Constitution a même été mise en place par le gouvernement de transition¹²⁶.

Au Tchad, on a visiblement assisté à un hold-up constitutionnel. L'influence présidentielle était telle que le projet de Constitution préparé a été remis au Président de la République qui en modifia le contenu. Les récriminations des partis d'opposition, scandalisés par ce procédé peu démocratique, n'ont pas changé fondamentalement la donne¹²⁷.

Au regard de ce qui précède, il apparaît que les Conférences nationales, « cette invention, cette contribution africaine à la théorie de la démocratisation », se sont soldées par des résultats variables et par un bilan largement mitigé. En dehors du Bénin, et du Mali dans une moindre mesure, on ne peut dire que l'expérience ait été

124. Daniel Bourmaud et Patrick Quantin, « Le modèle et ses doubles : Les Conférences nationales en Afrique noire (1990-1991) », précité, p. 170.

125. Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », précité, p. 185.

126. Ibidem, p. 187.

127. Magalie Besse, « La Conférence nationale souveraine, un pouvoir constituant original », précité, p. 9 et s.

vécue et reçue comme un succès retentissant. D'un côté on avait les Conférences nationales souveraines, dans lesquelles le droit a été secrété en dehors des formes classiques ; de l'autre, les Conférences nationales non souveraines, dans lesquelles la fabrication du droit n'était pas à l'ordre du jour¹²⁸. Si les premières sont regardées comme dotées du pouvoir constituant originaire auquel elles s'identifient, les secondes apparaissent au mieux comme des conseillers du législateur, au pire comme des scènes où les demandes de droit de la société sont exprimées¹²⁹. De toute évidence, en dehors du Bénin et du Mali dans une certaine mesure, les Conférences nationales ont très peu débouché sur une fabrication démocratique de la Constitution. A partir des expériences vécues, quelques symptômes de la fabrication autoritaire sont apparus. Au demeurant, on a parfois le sentiment qu'avec les Conférences nationales, le visage du constitutionnalisme africain n'a pas été significativement transfiguré. Il existe en effet « un fort contraste entre la véhémence des propos tenus dans le cadre de ces conférences nationales, le caractère très ouvert des débats, l'audace des propositions... et le caractère finalement fort classique des lois fondamentales qui en résultent. On renoue souvent avec les textes adoptés aux lendemains des indépendances »¹³⁰.

Il reste que les Conférences nationales sont des espaces inédits où des modes singuliers de fabrication constitutionnelle prédominent, à l'image des mécanismes permettant d'écrire la Constitution en deux temps.

2. Des Constitutions écrites en deux temps

Plutôt que de réviser leurs Constitutions, certains États africains optent pour une succession de Constitutions en temps de crise.

128. Maurice Kamto, « Les conférences nationales africaines ou la création révolutionnaire des constitutions », déjà cité, p. 180 et s.

129. Ibidem, p. 180 et s.

130. André Cabanis et Babacar Guèye, « Dire le droit constitutionnel en Afrique francophone », déjà cité, p. 115.

C'est une méthode originale par laquelle il est d'abord procédé à la rédaction d'une Constitution intérimaire, puis à celle d'une Constitution définitive, comme pour inscrire l'écriture de la loi fondamentale dans une sorte de chronologie rédactionnelle. Le phénomène est rare, mais expérimenté de plus en plus. Il marque la volonté des Constituants de fédérer, autour de la Constitution finale, les positions antagoniques qui sont à l'origine de la crise politique, en commençant par poser les bases de la Constitution définitive dans une Constitution de transition.

Parmi les exemples significatifs, il faut sans doute mettre l'accent sur les expériences de la République Démocratique du Congo et de l'Afrique du Sud, dans la mesure où elles apparaissent suffisamment démonstratives d'une ingénierie constitutionnelle relativement originale. A ce sujet, il faut relever d'emblée qu'elles présentent des spécificités qui amènent naturellement à les dissocier dans l'analyse qui va suivre, même si elles ont quelques points communs mineurs qu'on présentera certainement.

Dans un climat de crise politique et militaire, la République Démocratique du Congo a choisi de rédiger deux Constitutions selon une méthodologie et une procédure particulières¹³¹ ; d'abord une Constitution de transition, ensuite une Constitution définitive.

S'agissant de la Constitution de transition, promulguée le 4 avril 2003, il importe de souligner le processus de sa fabrication inédite. En effet, cette « petite Constitution » résulte de l'application de l'accord global et inclusif, né du Dialogue inter-congolais, et signé à Pretoria le 17 décembre 2002. Elle a été rédigée et négociée par des acteurs politiques, en dehors de la volonté du peuple souverain. El Hadj Mbodj considère cette Constitution de transition comme étant non

131. Sur la question, voir El Hadj Mbodj, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République Démocratique du Congo », *Revue du droit public*, 2010, n° 2, p. 441-471 ; Grégoire Bakandjea Wa Mpungu, « La nouvelle Constitution de la République Démocratique du Congo : sources et innovations », précité, p. 341-373.

démocratique¹³². Nous pensons au contraire que, vu le contexte de crise qui prévalait au moment de la préparation du texte, le processus de sa fabrication apparaît démocratique, surtout que le texte rédigé a été débattu par les forces politiques en présence.

S'agissant de la Constitution définitive du 18 février 2006, qui fait suite à la Constitution de transition, sa fabrication est plutôt considérée comme démocratique parce qu'elle a été adoptée par référendum, permettant alors à la volonté souveraine du peuple de s'exprimer¹³³. L'avant-projet de Constitution a été rédigé par le Sénat, en collaboration avec des experts nationaux et internationaux, sur une durée de près de deux ans. Cet avant-projet a ensuite été soumis à l'Assemblée nationale pour discussion et adoption. « Ceci explique parfois les difficultés d'interprétation de certaines dispositions, l'écriture au niveau du Sénat ayant subi des corrections et autres amputations qui rendent difficile leur lecture et leur signification »¹³⁴. La Constitution du 18 février 2006 emprunte de nombreuses dispositions à la Constitution zaïroise élaborée sous la Conférence nationale souveraine, mais qui n'avait pas été publiée¹³⁵. Elle reste surtout influencée par les bases posées par la Constitution de transition du 4 avril 2003 et motivée par la volonté de résorber définitivement une crise qui dure depuis plus de 45 ans, ainsi que par la recherche d'un équilibre des pouvoirs. Les règles qu'elle pose visent à promouvoir les valeurs locales, nationales, régionales et internationales dans le Préambule, et à instaurer véritablement un État de droit dans le Corps de la Constitution¹³⁶.

132 El Hadj Mbodj, « La Constitution de transition et la résolution des conflits en Afrique. L'exemple de la République Démocratique du Congo », précité, p. 447.

133. Ibidem, p. 466 et s.

134. Grégoire Bakandja Wa Mpungu, « La nouvelle Constitution de la République Démocratique du Congo : sources et innovations », précité, p. 344.

135. Ibidem, p. 358.

136. Ibid., p. 358. L'auteur cite notamment les principaux instruments régionaux et internationaux auxquels le Préambule fait référence et donne une idée de la philosophie politique qui traverse la Constitution.

Comprenant 229 articles, elle est longue et n'utilise pas les techniques connues en la matière ; c'est une Constitution fleuve¹³⁷, dont on a beaucoup critiqué les répétitions et les maladroites rédactionnelles¹³⁸.

L'Afrique du sud a également expérimenté ce modèle de rédaction constitutionnelle en deux temps, en procédant d'abord à l'écriture d'une Constitution intérimaire, puis à celle d'une Constitution définitive, la première préparant à la rédaction de la seconde¹³⁹. Comme dans le cas de la Constitution congolaise de transition, la Constitution intérimaire sud-africaine, adoptée le 22 décembre 1993 par le Parlement, est l'aboutissement de plusieurs mois de négociations difficiles entre les acteurs de la vie politique. Il s'agit précisément de négociations multipartites qui vont déboucher sur la formulation de 34 principes constitutionnels. Mais derrière ces partis politiques qui négocient pour l'élaboration de la Constitution intérimaire, on retrouve des juristes qui vont participer matériellement et techniquement à sa rédaction¹⁴⁰. Au final, La Constitution intérimaire est une Constitution rédigée et adoptée sur la base du consensus, à la différence de la Constitution définitive adoptée sur la base de la règle de la majorité¹⁴¹.

Cette Constitution définitive, adoptée le 8 mai 1996, a été rédigée, deux années durant, par une Assemblée constituante composée par l'Assemblée nationale et le Sénat¹⁴². Au-delà du processus de fabrication

137. Ibid., p. 358 et 372.

138. Voir dans ce sens la contribution documentée de Delphine Pollet-Panoussis, « La Constitution congolaise de 2006 : petite sœur africaine de la Constitution française », précité, p. 454-455 : l'auteure observe que la rédaction est sujette à critique, elle relève de nombreuses répétitions et souligne une dilution de l'information, un manque de clarté et de rigueur, des contradictions, des dispositions superflues et des lacunes, en citant des exemples tirés du texte constitutionnel pour justifier son propos. Voir également Grégoire Bakandja Wa Mpungu, « La nouvelle Constitution de la République Démocratique du Congo : sources et innovations », précité, p. 358 : l'auteur note une confusion et une dénaturation de certaines expressions se rapportant au vocabulaire juridique.

139. Sur le sujet, voir Gerhard Erasmus, « Les Constitutions en Afrique du sud : entre imitation et innovation », in Babacar Kanté et Marlies E. Pietermaat-Kros (sous la direction de), *Vers la renaissance du constitutionnalisme en Afrique*, Dakar, Gorée Institute, 1998.

140. Voir Xavier Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, 2009, n° 129, p. 157-168, spéc. p. 158 et 159.

141. Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 291.

142. Luc Sindjoun, op. cit., p. 226.

démocratique, ouvert à la société civile et à l'expertise nationale et internationale, que des travaux éclairants ont remarquablement décrit¹⁴³, ce qui frappe c'est bien l'idée que la Constitution définitive, dans sa rédaction, devait se conformer aux 34 principes constitutionnels consacrés par la Constitution intérimaire, avant son entrée en vigueur. Le Parlement réuni en Assemblée constituante a produit un projet de Constitution qui a été transmis à la Cour constitutionnelle sud-africaine pour certification. Il s'agissait pour le juge de vérifier la conformité du projet aux principes constitutionnels consacrés par la Constitution intérimaire. Le projet a été retoqué une première fois par la Cour constitutionnelle comme étant non conforme à certains principes de la Constitution intérimaire comme les principes 2 (protégeant les droits et libertés), 25 (garantissant des pouvoirs fiscaux appropriés aux gouvernements locaux), 28 (protégeant le droit individuel des employeurs à engager des négociations collectives), etc. Renvoyé à l'Assemblée constituante pour modification, il n'a été validé qu'après ce travail de modification¹⁴⁴.

Le phénomène est inédit en matière de production constitutionnelle. Il est rare en effet de voir le pouvoir constituant originaire être désavoué ou confronté à des limitations dans le cadre d'une opération constituante et dans l'exercice de sa souveraineté. On peut se demander si, pendant que le juge devient un co-constituant, le pouvoir constituant originaire n'est pas transfiguré en pouvoir constituant dérivé.

143. Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 185-297 ; Tobias Van Reenen, « Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du sud », *Revue française de droit constitutionnel*, 2002, n° 50, p. 355-375 ; Xavier Philippe, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », précité ; Gérard Conac, « L'insertion des processus constitutionnels dans les stratégies de paix. Cinq exemples des Constitutions post-confliktuelles », dans *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 25-66.

144. Pour une analyse pénétrante, voir Luc Sindjoun, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, op. cit., p. 185-297, où l'auteur commente la décision rendue le 6 septembre 1996 par la Cour constitutionnelle d'Afrique du sud. Voir également, à propos des deux décisions rendues par le juge constitutionnel sud-africain, la contribution de Tobias Van Reenen, « Tendances actuelles dans l'interprétation de la Constitution de l'Afrique du sud », précité, p. 357-358.

En tout état de cause, la conformité de la Constitution définitive aux principes de la Constitution intérimaire est une condition obligatoire de sa promulgation qui interviendra finalement le 10 décembre 1996.

L'expérience a montré que, sur la scène constitutionnelle, dans certains États africains, le juge constitutionnel n'est plus un spectateur, mais plutôt un acteur qui monte en puissance. Cette ascension contribue d'ailleurs, dans le processus de fabrication de la Constitution, à l'avènement de procédés juridictionnels.

B. L'avènement de procédés juridictionnels

Pendant longtemps, le juge constitutionnel africain a été considéré comme un ami du pouvoir, incapable d'être plus que « la bouche de la Constitution ». Or, les mutations intervenues dans les États africains, au cours des dernières décennies, ont révélé un autre visage du juge constitutionnel, devenu sur la scène constitutionnelle un acteur de la production constitutionnelle. Ce juge constitutionnel, que Louis Favoreu appelait un aiguilleur¹⁴⁵, que Dominique Rousseau appelle le miroir du peuple souverain¹⁴⁶, étend ses compétences, dans un environnement évolutif où tout se régénère. On peut parler désormais d'un juge investi de la fonction de co-constituant ou de constituant bis¹⁴⁷, et à l'origine de ce que le Professeur Kpodar appelle le Printemps jurisprudentiel¹⁴⁸, une saison marquée par la floraison de décisions innovantes dans le jardin du droit.

Dans le processus de fabrication de la Constitution, le juge constitutionnel innove à un double point de vue : d'une part, il secrète

145. Louis Favoreu, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Pouvoirs*, 1993, n° 67, p. 74.

146. Dominique Rousseau, « La jurisprudence constitutionnelle, quelle nécessité démocratique ? », in Guillaume Drago, Bastien François et Nicolas Molfessis (sous la direction de), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, coll. Études juridiques, 1999, p. 367.

147. Luc Sindjoun, op. cit., p. 583 et s. ; Adama Kpodar, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », in *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, 2006, n° 16, p. 104 est s.

148. Adama Kpodar, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », précité, p. 124.

la Constitution informelle en complétant la Constitution formelle (1) ; d'autre part, il réécrit la Constitution écrite en la révisant (2).

1. Des Constitutions complétées par le juge constitutionnel

Dans le nouveau constitutionnalisme africain, on peut dire du juge constitutionnel qu'il participe et contribue à la fabrication de la Constitution, en devenant un pouvoir constituant secondaire. On assiste de plus en plus à l'émergence et à la consolidation d'un mode d'écriture juridictionnelle de la Constitution. La Constitution devient un acte vivant¹⁴⁹, un espace ouvert¹⁵⁰ à l'intervention du juge et à son pouvoir créateur qui résulte d'une interprétation authentique du texte constitutionnel¹⁵¹ ; cela dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité effectué par voie d'action ou par voie d'exception suscite de nouvelles vocations chez les gardiens juridictionnels de la Constitution.

Le juge crée la norme et ajoute à la Constitution des règles jurisprudentielles destinées à résoudre potentiellement le problème de son incomplétude et de son inintelligibilité. En clair, lorsque la Constitution n'est pas claire ou paraît lacunaire, il arrive que le juge intervienne pour régler la difficulté. On peut considérer qu'il s'agit là d'une manifestation du gouvernement des juges¹⁵², tant redouté, ou même de la reconnaissance au juge constitutionnel d'un pouvoir dangereux¹⁵³. Il n'empêche qu'en matière de fabrication de la Constitution, la donne a véritablement changé, qu'elle s'est imposée et que l'activisme du juge est plutôt une bonne chose.

149. Armel Le Divellec, « Un ordre constitutionnel confus. Indicibilité et incertitudes de la Constitution française », précité, p. 155.

150. Dominique Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », *Revue du droit public*, janvier-février 1990, p. 15 et s.

151. Luc Sindjoun, op. cit., p. 583.

152. Sur cette question, voir l'ouvrage référence d'Édouard Lambert, *Le gouvernement des juges*, Paris, Dalloz, 2005, 276 p. ; voir également Michel Troper, *Le gouvernement des juges, mode d'emploi*, Presses de l'Université Laval, 2006, 56 p. A contrario, Cyril Brami, *Des juges qui ne gouvernent pas. Retour sur les idées constitutionnelles de Roger Pinto*, Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, 228 p.

153. Dmitri Georges Lavroff, « Le Conseil constitutionnel et la norme constitutionnelle », précité, p. 360 et s.

Quoi qu'il en soit, les exemples semblent se multiplier en Afrique, d'un juge constitutionnel qui produit la norme constitutionnelle et qui n'entend pas rester en marge de la marche ou de l'évolution du constitutionnalisme. Dans un arrêt rendu par la Cour suprême du Nigeria, le 20 avril 2007, le juge a ainsi créé une norme constitutionnelle des incompatibilités, non prévue par la Constitution, qui interdit au Vice-Président de la République fédérale du Nigeria, en conflit avec le Président Obasanjo, de critiquer ouvertement ce dernier, d'intégrer les rangs d'un parti politique d'opposition et de s'engager dans une campagne pour l'élection présidentielle, alors qu'il est en poste¹⁵⁴.

Dans une autre décision dite du Consensus national, rendue le 8 juillet 2006 par la Cour constitutionnelle du Bénin¹⁵⁵, le juge a également créé une norme constitutionnelle pour régir la révision de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990. En l'espèce, le juge béninois a censuré une loi constitutionnelle qui visait à proroger la durée du mandat des parlementaires, au motif qu'elle ne respecte pas les idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution. Précisément, le juge forge un principe à valeur constitutionnelle, à savoir le consensus national, qui n'est pas consacré par la Constitution béninoise et qui est destiné à la compléter. Il reconfigure le texte de la Constitution en ajoutant aux modalités expresses de sa révision. Le pouvoir créateur du juge béninois est parfois tel qu'on l'accuse, à tort ou à raison, d'en faire un peu trop. Sa hardiesse débordante l'a même conduit à reconnaître au Président de la République la faculté d'instituer un poste de Premier ministre, qui n'est pas prévu dans la Constitution béninoise¹⁵⁶. Il est vrai que le constituant béninois a opté pour un régime présidentiel de type américain, traversé cependant par quelques spécificités, notamment dans l'aménagement des pouvoirs institués¹⁵⁷.

154. Voir Cour suprême du Nigeria, arrêt S. C. 31/2007 du 20 avril 2007, présenté et commenté par Luc Sindjoun, op. cit., p. 88 à 122.

155. Voir Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 06-74 du 8 juillet 2006, publiée et commentée dans Luc Sindjoun, op. cit., p. 311 à 337.

156. Voir Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC n° 96-020 du 26 avril 1996.

157. Lire à ce sujet Koffi Ahadzi, « Les nouvelles tendances du constitutionnalisme africain : le cas

Dans le mouvement de la fabrication juridictionnelle, le juge nigérien n'est pas en reste. En effet, dans un arrêt du 5 septembre 1995, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême du Niger¹⁵⁸ définit la notion de régime semi-parlementaire et celle de régime semi-présidentiel, interprète les dispositions constitutionnelles et se réfère à l'esprit du constituant. Mieux, il donne une définition de la notion de cohabitation qui ne repose sur aucune disposition de la Constitution ; en l'espèce, la cohabitation est vue et appréhendée comme « l'existence de deux légitimités non convergentes sur leurs programmes politiques : le Président de la République, élu au suffrage universel et le Premier Ministre, issu d'une majorité parlementaire ; [...] cela résulte de l'esprit même de la Constitution du 26 décembre 1992 qui a institué un régime politique de type semi-présidentiel avec un exécutif bicéphale »¹⁵⁹. De la définition de la notion de cohabitation, le juge nigérien fait découler la définition du régime semi-présidentiel ou semi-parlementaire et indique qu'il s'agit d'un régime politique dans lequel les élections législatives décident de l'alternance ou de la pérennité au pouvoir, ce qui relativise véritablement l'importance de l'élection présidentielle¹⁶⁰. L'alternance politique elle-même est présentée comme réalisée dès lors que, à la suite des élections législatives, la majorité présidentielle ne coïncide pas avec la majorité parlementaire¹⁶¹.

Par ailleurs, le juge sénégalais participe à l'écriture juridictionnelle de la Constitution, en plaçant sa contribution sur le terrain de la régulation des pouvoirs publics. A l'image de ses homologues, il consacre quelques principes constitutionnels qui enrichissent et éclairent le texte de la Constitution. Dans une décision du 9 mars

des États d'Afrique noire francophone », *Afrique juridique et politique* : La revue du Cerdip, juillet-décembre 2002, vol. 1, n° 2, p. 75-79.

158. Voir Chambre Constitutionnelle de la Cour suprême du Niger, arrêt n° 95-05/CH.CON.S du 5 septembre 1995, publié et commenté dans Luc Sindjoun, *op. cit.*, p. 569-578.

159. Cf. Chambre Constitutionnelle de la Cour suprême du Niger, arrêt n° 95-05/CH.CON.S du 5 septembre 1995, in Luc Sindjoun, *op. cit.*, p. 571.

160. Voir Luc Sindjoun, *op. cit.*, p. 571 et 577.

161. *Ibidem*, p. 571.

1998 en effet, le Conseil constitutionnel du Sénégal va consacrer trois principes liés à l'élection des sénateurs. Il s'agit de la non délégabilité de la qualité du mandat d'élu, de l'égalité du suffrage et de la non discrimination entre les électeurs sénatoriaux¹⁶². Dans une autre décision, rendue le 23 juin 1996, le juge sénégalais va consacrer le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire en se référant au principe de l'autorité de la chose jugée. Il relève que « le principe de la séparation des pouvoirs interdit aux pouvoirs législatif et exécutif d'empiéter sur le pouvoir judiciaire en censurant ou en anéantissant les décisions de justice passées en force de chose jugée, et en privant les citoyens des droits garantis par la Constitution »¹⁶³. L'indépendance du juge constitutionnel sénégalais, vis-à-vis du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, sera même réaffirmée à l'égard des juridictions ordinaires dans une décision du 10 mars 1998. Le juge gabonais met également son talent au service de l'ingénierie constitutionnelle, par « quelques décisions dignes d'intérêt »¹⁶⁴.

En 1999 par exemple, saisie par le Premier ministre d'une demande d'interprétation, la Cour constitutionnelle du Gabon a relevé que la réglementation constitutionnelle de la procédure budgétaire comportait une lacune qu'il fallait impérativement combler : aucune disposition « ne traite du cas de défaillance imputable au Gouvernement, lorsque celui-ci ne serait pas arrivé à déposer le projet de loi de finances dans les délais requis ». Décidée à assurer le fonctionnement régulier des pouvoirs publics, la Cour constitutionnelle va proposer une réglementation détaillée qui confère un rôle décisoire au Parlement dans un contexte politique dominé par le pouvoir exécutif¹⁶⁵.

162. Voir Conseil constitutionnel du Sénégal, affaire n° 3/C/98 du 9 mars 1998.

163. Voir Conseil constitutionnel du Sénégal, décision n° 11-93 du 23 juin 1996.

164. Expression empruntée à Fidèle Mengue, « Où en est le processus de démocratisation au Gabon ? », *Juridis Périodique* : Revue de droit et de science politique, sept. 1998, n° 35, p. 97-107, spéc. p. 100.

165. Cour constitutionnelle du Gabon, décision n° 006/CC/99 du 12 novembre 1999. Cette réglementation sera respectée par l'exécutif.

Mais c'est surtout dans le domaine des droits et libertés fondamentales que le juge constitutionnel se fait, en Afrique, une réputation solide en matière de production de normes constitutionnelles. Par des ajouts ponctuels ou des précisions éclairantes, il donne à la Constitution une dimension autre que textuelle. Le principe de l'égalité des citoyens devant la loi est ainsi consacré ; le juge béninois précise à ce sujet que, en vertu de ce principe, « la loi doit être la même pour tous dans son adoption et dans son application et ne doit contenir aucune discrimination injustifiée »¹⁶⁶. L'application de ce principe constitutionnel, forgé par le juge, donne naissance sur le continent à d'autres principes tels que le principe de la protection de l'égalité contre la parité¹⁶⁷, le principe de la protection de l'égalité par le refus de la discrimination contre les homosexuels¹⁶⁸, le principe de l'égal accès à la fonction publique et au déroulement de la carrière¹⁶⁹, le principe de l'égalité entre les partis politiques¹⁷⁰, égalité qui « s'analyse comme une règle selon laquelle les personnes relevant de la même catégorie doivent être soumises au même traitement sans discrimination »¹⁷¹.

On s'aperçoit que le juge constitutionnel élabore, par une jurisprudence volontairement engagée, des règles constitutionnelles, en précisant les dispositions de la Constitution écrite et en comblant ses lacunes. Mais il ne s'arrête pas là, puisqu'il révisé parfois, et de manière informelle, la Constitution formelle ; on pourrait même dire qu'il lui arrive de réécrire la Constitution écrite.

2. Des Constitutions révisées par le juge constitutionnel

La logique du travail juridictionnel confère au juge constitutionnel la faculté de réécrire la Constitution et même d'abroger certaines

166. Voir Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 96-067 du 21 octobre 1996.

167. Voir, à titre d'illustration, Conseil constitutionnel du Sénégal, affaire n° 1/C/2007 du 27 avril 2007, publiée et commentée dans Luc Sindjoun, *op. cit.*, p. 430 à 434.

168. Voir Cour constitutionnelle d'Afrique du sud, décision du 1^{er} décembre 2005, publiée et commentée dans Luc Sindjoun, *op. cit.*, p. 434 et s.

169. Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 18-06 du 3 juin 1994.

170. Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC EL-95-001, 23 mars 1995.

171. Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 96-025 du 2 mai 1996.

dispositions constitutionnelles, lorsqu'il procède à son interprétation. Dominique Rousseau observe, à juste titre, que « Les dispositions du texte [constitutionnel] sont réduites à la qualité de simples mots qui ne prennent [un] sens juridique qu'après le travail juridictionnel d'interprétation »¹⁷². « Et c'est précisément ce travail juridictionnel qui fait de la Constitution un acte vivant, en création ou en formation continue, car le choix d'un sens n'est jamais définitif, l'interprétation du texte retenue à un moment donné peut toujours changer »¹⁷³.

La Constitution est devenue en effet un acte vivant depuis que le juge constitutionnel n'est plus seulement la bouche de la Constitution. C'est un acte que le juge fait vivre en donnant aux concepts juridiques un sens dynamique, qui va au-delà de la lettre du texte constitutionnel. Le juge détermine le sens et le contenu de la règle applicable ; ceci peut le conduire, autant que le constituant, à modifier la Constitution. Dmitri Georges Lavroff explique que le juge constitutionnel fait des interprétations-révisions de la Constitution et que, dans l'exercice de son contrôle de constitutionnalité, le juge écarte certaines normes constitutionnelles et les adapte aux nécessités du Temps¹⁷⁴. La jurisprudence, guidée par le souci de réguler la vie sociale, essaie d'adapter la Constitution à une société mouvante et complexe, confrontée à des défis nouveaux.

Généralement, l'exercice par le juge constitutionnel de son pouvoir d'interprétation conduit, dans les États africains, à deux situations essentiellement. L'intervention du juge donne en effet naissance quelques fois à des Constitutions contrefaites, d'autres fois à des Constitutions bonifiées. Stéphane Bolle décrit bien le phénomène¹⁷⁵ en situant la fabrication de la Constitution réelle, produit d'une jurisprudence constitutionnelle en éveil, dans le champ des révisions informelles de la Constitution formelle.

172. Dominique Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », précité, p. 16.

173. Dominique Rousseau, « Une résurrection : la notion de Constitution », précité, p. 17.

174. Dmitri Georges Lavroff, « La Constitution et le Temps », précité, p. 221-222.

175. Stéphane Bolle, « Des Constitutions "made in" Afrique », précité, p. 18 et s.

« La Constitution est contrefaite par le juge constitutionnel lorsque le juge use de sa liberté d'interprétation pour escamoter les équilibres institutionnels. A titre d'illustration, la Cour constitutionnelle du Gabon a pratiquement sabordé sa fonction de donneur d'avis sur les projets ou propositions de révision¹⁷⁶. Consultée, la Cour a, en général, certifié laconiquement que la révision envisagée était régulière et avait subi avec succès le test de compatibilité avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles¹⁷⁷.

Elle n'a jamais émis la moindre réserve désobligeante sur le fond de textes successifs défaisant l'œuvre du Constituant de 1991 ; elle n'a pas davantage expertisé les conséquences, par exemple, de l'instauration du bicaméralisme et de l'éclatement de la Cour suprême en trois hautes juridictions en 1994, ou du passage du quinquennat au septennat présidentiel en 1997. Cette extrême réserve a ruiné l'économie d'une procédure «d'alerte» prévue par la Constitution pour éviter la remise en cause sournoise du libéralisme politique »¹⁷⁸.

La Constitution est bonifiée, au contraire, lorsque le juge constitutionnel dégage l'esprit antiautoritaire d'un énoncé et lui donne « une extension que n'impliquait pas nécessairement la seule lecture »¹⁷⁹. Certains juges n'hésitent pas à corriger les Constitutions écrites, qui protègent insuffisamment les principes libéraux qu'elles

176. Aux termes de l'article 116 al. 3 de la Constitution révisée du 26 mars 1991 : « Tout projet ou toute proposition de révision est soumis, pour avis, à la Cour constitutionnelle ». La loi organique n° 9/91 du 26 septembre 1991 précise, en son article 57, que la Cour est saisie par le Président de la République ou un tiers des députés, et, en son article 58, que l'avis « porte notamment sur la régularité de la procédure et la compatibilité de la modification avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles », la Cour étant habilitée « à formuler toutes observations qu'elle juge utiles ».

177. La Cour constitutionnelle du Gabon, dans son avis n° 001/94/CC du 4 février 1994, s'est seulement opposée à l'attribution à la Cour suprême du pouvoir d'émettre un avis préalable sur la légalité du recours à la procédure du référendum. Dans ses avis n° 001/95/CC du 27 avril 1995 et n° 002/95/CC du 19 mai 1995, la Cour a seulement veillé à la concordance entre le projet de révision et les Accords de Paris, signés le 7 octobre 1997 entre partisans et opposants au Président Bongo, que ce projet avait vocation à traduire. L'avis n° 001/97/CC du 2à mars 1997 et l'avis n° 001/00/CC du 8 octobre 2000 ne comportent aucune observation sur le fond.

178. Stéphane Bolle, « Des Constitutions "made in" Afrique », précité, p. 19.

179. Pierre Pactet, « A propos de la marge de liberté du Conseil constitutionnel », in Mélanges Jacques Robert, Paris, Montchrestien, 1998, p. 290.

consacrent. On peut, à titre d'illustration, citer quelques exemples tirés de la jurisprudence constitutionnelle des États africains.

Et en la matière, le juge béninois est plutôt très actif. En 1995 en effet, la Cour constitutionnelle du Bénin a enjoint au législateur organique de favoriser la dépolitisation de la magistrature : « l'article 125 de la Constitution affirme l'indépendance du pouvoir judiciaire ; [...] pour garantir cette indépendance, le Conseil supérieur de la magistrature doit jouer un rôle prééminent ; [...] les avis qu'il est appelé à donner dans ce cadre lient le Chef de l'État ; [...] dès lors, l'avis mentionné à l'article 129 [préalable à la nomination des magistrats] doit s'entendre « avis conforme » »¹⁸⁰.

Cet activisme a été observé en décembre 2013 lorsque l'Assemblée nationale béninoise a rejeté le projet de loi de finances portant budget général de l'État, au titre de l'année 2014 qui se profilait. Dans une décision du 30 décembre 2013 qui a fait des vagues et suscité une vive polémique au Bénin, la Cour constitutionnelle, se référant à l'article 114 de la Constitution qui la mandate pour assurer le fonctionnement régulier des institutions et de l'activité des pouvoirs publics, a annulé le vote du Parlement, au motif « que la procédure suivie pour le vote de la loi de finances portant budget général de l'État, exercice 2014, par l'Assemblée nationale le jeudi 19 décembre 2013, est contraire à la Constitution »¹⁸¹. Tirant la conséquence de cette annulation, le juge va faire injonction à l'Assemblée nationale et l'inviter à voter impérativement la loi de finances le 31 décembre 2013.

Cette injonction, qui n'est pas nouvelle en droit jurisprudentiel béninois¹⁸², a été vécue par certains comme non fondée sur le texte

180. Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 95-027 du 2 août 1995.

181. Voir Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 13-171 du 30 décembre 2013.

182. Voir dans ce sens Cour constitutionnelle du Bénin : décisions EL P 96-008 et EL P 96-010 du 27 février 1996 ; décision DCC 03-078 du 12 mai 2003 ; décision DCC 04-065 du 29 juillet 2004 ; décision DCC 05-111 du 15 septembre 2005 ; décision DCC 05-121 du 4 octobre 2005 ; décision EL 07-001 du 22 janvier 2007 ; décision DCC 05-118 du 27 septembre 2007 ; décision DCC 09-002 du 8 janvier 2009 ; décision DCC 09-57 du 21 avril 2009 ; décision EP 11-006 du 14 février 2011 ; décision EP 11-014 du 22 février 2011 ; décision EL 11-006 du 27 avril 2011. Ces décisions

de la Constitution béninoise, mais comme tirant son origine d'une interprétation de la norme constitutionnelle à l'effet d'en modifier la lettre et l'esprit. Effectivement, la Cour constitutionnelle ne tient pas expressément de la Constitution ce pouvoir d'injonction qu'elle s'est reconnu et qu'elle semble substituer à l'obligation qui lui incombe d'assurer le fonctionnement régulier des institutions et de l'activité des pouvoirs publics. L'interprétation qu'elle fait ici de l'article 114 de la Constitution du Bénin modifie, manifestement, le sens et le contenu de la règle invoquée. On peut rétorquer que, en sa qualité d'organe régulateur, le pouvoir de régulation que détient le juge implique l'exercice par lui, dans certaines circonstances, d'un pouvoir d'injonction. Mais veiller à ce que les pouvoirs publics fonctionnent normalement ne saurait signifier nécessairement la reconnaissance au juge du pouvoir de donner des ordres. On constate pourtant ici que l'Assemblée nationale a fonctionné correctement et fait son travail et que le gouvernement n'est pas empêché de faire le sien malgré la situation de rejet du projet de loi de finances qui n'est pas définitivement compromis, à condition d'être modifié dans le sens voulu par les parlementaires béninois. Il est vrai que, quelque position que l'on prenne, elle est inévitablement discutable. En tout état de cause, par l'exercice répété d'un pouvoir d'injonction que ne lui reconnaît pas expressément la Constitution, le juge constitutionnel béninois élargit le champ de ses compétences, et change quelque peu le sens des dispositions constitutionnelles qui lui confient la mission de veiller à ce que les institutions fonctionnent bien et non le droit de donner des ordres¹⁸³. Il semble que visiblement une obligation a été modifiée en

sont présentées dans le communiqué du secrétariat général de la Cour constitutionnelle, rendu public le 4 février 2014 à la suite des réactions suscitées par la décision rendue le 30 décembre 2013. Cf. [<http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/dminutes/cmunique1.pdf>].

183. Voir sur la question Djibrilina Ouédraogo, « L'annulation par la Cour constitutionnelle du Bénin du rejet du budget 2014 par l'Assemblée nationale : Essai d'analyse d'une décision controversée. (Décision DCC 13-171 du 30 décembre 2013), *Afrilex* : Revue d'étude et de recherche sur le droit et l'administration dans les pays d'Afrique, septembre 2014, disponible en ligne à l'adresse suivante : [http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/1_annulation_par_la_Cour_constitutionnelle_du_Benin.pdf].

prérogative ; peut-être même que cette obligation est un droit implicite. Mais droit ou devoir, peu importe finalement ; ce que l'on note c'est que le sens de la norme constitutionnelle évolue, s'inscrivant dans une certaine dynamique inspirée par les problématiques nouvelles auxquelles la société et ses gouvernants sont confrontés.

Globalement, le juge constitutionnel est devenu, presque partout, un acteur majeur du nouveau constitutionnalisme. Célébré ou contesté, la lecture qu'il a de la Constitution écrite n'est pas toujours en phase avec la lettre et l'esprit de celle-ci. Il faut redouter et souhaiter à la fois la mise en œuvre d'un tel pouvoir. Le redouter parce que le juge constitutionnel, en modifiant le sens de la norme constitutionnelle interprétée, peut impunément violer la Constitution : il faut sans doute garder le gardien de la Constitution, pour éviter les abus ou les excès de pouvoir. Le souhaiter également dans la mesure où la Constitution n'est pas un texte attrape-tout et les Constituants ne peuvent avoir tout prévu au moment où ils rédigeaient la Constitution : la contribution du juge pour l'actualiser et l'adapter aux situations nouvelles engendrées par les transformations du temps devient par conséquent réellement nécessaire.

CONCLUSION

Cette étude a permis de relever que la fabrication de la Constitution se fait selon un processus qui s'inspire à la fois des standards constitutionnels internationaux et des mécanismes spécifiquement africains ; elle se situe à la croisée des chemins, entre rupture et continuité.

Mais la vie et la survie d'une Constitution ne sauraient dépendre uniquement des techniques éprouvées qui conduisent à sa fabrication.

D'ailleurs, la rédaction d'une Constitution est un travail de longue haleine, perfectible et permanent. C'est dans le temps et dans la pratique que s'affirment la solidité et l'efficacité d'une Constitution.

Le temps, en effet, construit ou déconstruit l'autorité de la Constitution. Il permet de faire la démarcation entre l'édifice constitutionnel longuement mûri, patiemment construit et celui qui a été réalisé dans l'urgence¹⁸⁴. Si les Constitutions sont si souvent contestées en Afrique, si leur légitimité est discutée, il faut peut-être l'imputer à la précipitation avec laquelle elles sont élaborées ou révisées. Pourtant, pour éviter à la Constitution d'être une succession de contradictions ou de paraître inintelligible dans le milieu des profanes, ses rédacteurs doivent prendre du temps, le temps qu'ils auront jugé nécessaire.

La pratique joue également un rôle majeur dans la performance et l'ajustement d'une Constitution. A certaines occasions, il apparaît que l'application du texte constitutionnel par les gouvernants modifie le contenu des textes, complète les dispositions écrites de la Constitution et contribue à la fabrication de normes constitutionnelles¹⁸⁵.

Mais au-delà de ce phénomène, il faut noter que c'est à la pratique que se révèlent les forces et les faiblesses de la Constitution.

De ce point de vue, une Constitution doit être régulièrement évaluée pour la situer par rapport à la question de l'évolution de ses dispositions qui peut se poser à tout moment. Certains pays ont donné l'exemple et « Déjà, de nombreux exercices d'évaluation ont été effectués soit, avant de procéder à des réformes, par les États eux-mêmes (on pense au Mali avec l'organisation d'un vaste forum en 1999 ou encore au Bénin avec la mise en place en avril

184. Sur la question, lire Meledje Djedjro, « Constitution et urgence ou le lien entre les contestations violentes de l'ordre constitutionnel et la régulation constitutionnelle des crises », *Revue ivoirienne de droit*, 2011, n° 42, p. 11-33.

185. Dmitri Georges Lavroff, « La Constitution et le Temps », précité, p. 225 et 227.

2007 d'une commission chargée d'évaluer le système électoral et constitutionnel) soit par les organisations internationales ; ainsi, en adoptant le 3 novembre 2000, la *Déclaration de Bamako* qui fait de la démocratie un principe cardinal de la Francophonie, les États et gouvernements de l'Organisation Internationale de la Francophonie se sont-ils engagés «à faire en sorte que les textes fondamentaux régissant la vie démocratique ... soit l'objet d'une adaptation et d'une évolution régulière» »¹⁸⁶. L'expérience étant un bon maître, le Mali a évalué à nouveau sa Constitution en 2008. Le 20 février précisément, le Chef de l'État a confié à la Commission Daba Diawara¹⁸⁷ le soin d'examiner la Constitution afin de proposer les modifications qui devaient permettre un meilleur fonctionnement de l'État et de la démocratie. Cette Commission a formulé, dans ce sens, une série de propositions qui ont été remises au Chef de l'État le 13 octobre 2008, lors d'une cérémonie officielle¹⁸⁸.

Même s'il n'existe pas de texte constitutionnel parfait, il est indispensable de limiter les imperfections pour consolider les bases politiques et juridiques de l'État. La Constitution doit être bien écrite pour influencer positivement sur l'écriture des règles infra-constitutionnelles. Le bilan de santé de la légistique en Afrique dépend sans doute de la satisfaction de cette exigence.

186. Jean du Bois de Gaudusson, « Constitution sans culture constitutionnelle n'est que ruine du constitutionnalisme. Poursuite d'un dialogue sur quinze années de "transition" en Afrique et en Europe », in *Mélanges en l'honneur de Slobodan Milacic*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 346.

187. Du nom de son Président.

188. Sur ce point, voir Eloi Diarra, « L'histoire constitutionnelle du Mali », précité, p. 259.

L'EMPREINTE DU CONSTITUTIONNEL
SUR LE DROIT PÉNAL AU BÉNIN

Moktar ADAMOU
*Agrégé, Doyen de la FDSP,
Université de Parakou.*

La présence des professeurs de droit dans les cours constitutionnelles éveille la curiosité, très certainement car ils cristallisent l'image d'une institution dont la composition reflèterait la confrontation de deux idéaux-types : celui des « juristes » et celui des « politiques ». On a peine à croire que la pratique de l'institution ne fasse pas apparaître, quant au contentieux, l'omniprésence d'un tel clivage, qu'on a envie de caractériser comme opposants “professionnels” (du droit) et “amateurs”. Le professeur de droit incarne l'image de l'universitaire dans une institution où l'hétérogénéité des profils place en vis-à-vis la figure du savant et celle du politique ou du praticien, symbolisant chacun, dans l'exercice du contrôle de constitutionnalité, une légitimité qui lui est propre.

La Cour constitutionnelle du Bénin n'est pas seulement l'arbitre des conflits entre les princes mais, comme la Cour suprême des *États-Unis*, le protecteur des droits du citoyen. Voici en substance résumé le séjour du professeur Théodore HOLO au sein de cette institution (2008-2018).

Homme de grande culture, celui-ci marqua la Cour constitutionnelle d'un sceau indélébile. C'est ce qui justifie d'ailleurs le choix du sujet en guise d'hommage : “**L’empreinte du constitutionnel sur le droit pénal**”.

L’empreinte du constitutionnel sur le droit pénal est un phénomène qui est très largement connu et suivi par les criminalistes. Le Doyen J. Magnol écrivait en 1928 que le « droit pénal a des rapports étroits avec le droit constitutionnel »¹ et ce fut à l’époque l’un des premiers pénalistes à l’affirmer. En effet, pendant longtemps les pénalistes et les constitutionnalistes ont semblé s’ignorer les uns les autres. Pendant tout le XIX^e siècle et une bonne partie du XX^e, les pénalistes ne prêtèrent aucune attention au droit constitutionnel. De leur côté, les constitutionnalistes se contentaient de décrire les institutions politiques de leur pays, sans même deviner que le droit pénal peut (ou doit) se bâtir sur des bases constitutionnelles. Or, dans les dernières décennies du xxe siècle, la situation allait radicalement changer. Tous les ouvrages de droit pénal d’aujourd’hui consacrent plusieurs pages à décrire les racines constitutionnelles de la procédure pénale (et du droit pénal). Désormais, toute loi pénale importante donne presque systématiquement lieu à une saisine de la Cour constitutionnelle. Ce changement s’explique par divers facteurs dont le principal est la création de la Cour constitutionnelle par la Constitution du 11 décembre 1990 et du rôle qu’elle s’est rapidement accordée.

Le droit constitutionnel correspond à l’une des branches du droit public. C’est l’ensemble des règles relatives aux institutions grâce auxquelles l’autorité s’établit, se transmet ou s’exerce dans l’Etat. Le droit constitutionnel tire son importance de la Constitution qui, selon le principe de la hiérarchie des normes et notamment de la pyramide de Kelsen, se trouve au sommet de toutes les normes juridiques.

Dans le langage ordinaire, l’« empreinte » est une marque, une trace, un impact. Le sujet évoque clairement la constitutionnalisation du droit pénal. En un premier sens, elle désigne la reconstruction du droit pénal autour de l’axe constitutionnel². La Constitution répartit en effet

1 *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 1928, p. 67, n° 53-1.

2 L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, 9^e éd., 2006, p. 140.

les compétences entre les diverses autorités normatives s'agissant de telle ou telle branche du droit. Dans un autre sens, l'expression implique que certaines règles ou certains principes, applicables au droit pénal revêtent une valeur constitutionnelle. Le sujet désigne alors l'attraction de certains principes du droit pénal dans la sphère constitutionnelle. Il s'agit donc de l'emprise croissante de la Constitution sur la matière pénale du fait de l'enrichissement des principes constitutionnels et de la diversification des contrôles de constitutionnalité. De cette manière, l'on espère prémunir le corps social des tentations liberticides d'un législateur versatile et trop facilement circonvenu. Il n'est donc pas étonnant que le droit constitutionnel et le droit pénal se soient rencontrés, d'autant que le droit pénal est un droit qui met à l'épreuve les libertés fondamentales, dont la Cour constitutionnelle se veut la gardienne (article 114 de la constitution). Ce n'est pas un hasard si plusieurs articles de la constitution béninoise se rapportent directement au droit pénal : article 16 (principes de légalité des peines et de non-rétroactivité) ; article 17 (présomption d'innocence) principes qui s'inspirent de ceux dégagés par Cesare de Beccaria dans son Traité des délits et des peines, publié en 1764. Chacune de ces dispositions a permis à la juridiction constitutionnelle de préciser les contours constitutionnels du droit pénal, à telle enseigne que le livre préliminaire du code de procédure pénale (institué par la Loi n° 2012-15 portant code de procédure pénale en République du Bénin modifiée et complétée par la loi n° 2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale en République du Bénin, modifiée et complétée par la Loi n° 2018-14 du 18 mai 2018), est directement inspiré des principes mis en évidence par la constitution.

De son côté, le droit pénal peut être défini comme l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'État vis-à-vis des infractions et des délinquants, ou le droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'elle engendre ou encore comme l'ensemble des

normes juridiques qui réglementent le recours de l'État à la sanction pénale. L'expression « droit pénal » englobe, dans le cadre de cette réflexion, le droit substantiel et procédure. La procédure pénale couvre la manière de procéder pour constater les infractions et les juger conformément à la loi.

Véritable ruse de l'histoire, la constitutionnalisation du droit pénal marquerait la revanche du droit constitutionnel, permettant son repositionnement dans le champ pénal. Droit commun à tous les autres droits, le droit constitutionnel deviendrait apte à fonder le droit pénal, devenant ainsi le droit-mère, le droit matrice³. Par là-même, il affirmerait la primauté du droit public sur le droit privé, ressuscitant sous une autre forme le phénomène de « publicisation » du droit privé. Dès lors, le mouvement de constitutionnalisation du droit pénal semble s'effectuer à rebours⁴. Comme le souligne le doyen Vedel, ce n'est pas dans la Constitution que les notions fondamentales puisent leur existence, « c'est la Constitution qui s'enracine dans des notions fondamentales préexistantes »⁵. C'est ainsi qu'a pu être évoquée la civilisation du droit constitutionnel⁶ ou encore sa privatisation⁷.

Parmi les différentes disciplines juridiques, le droit constitutionnel pénal est certainement l'un de ceux qui, ces dernières années, a connu le plus grand développement. Traditionnellement, les pénalistes ne s'intéressent guère aux Constitutions, sauf pour quelques dispositions qui perturbent la répression, notamment pour les juridictions d'exception ou les infractions à caractère politique, ou bien qui la tiennent en échec comme l'immunité ou l'inviolabilité parlementaires, le droit de grâce ou le statut pénal du souverain. Mais force est de

3 L. FAVOREU, « Le droit constitutionnel, droit de la Constitution et constitution du droit », R.F.D.C., n° 1, 1990, p. 88.

4 Voir G. VEDEL, préface à S. OULD BOUBOUTT, *L'apport du Conseil Constitutionnel au droit administratif*, PUAM, Economica, 1987.

5 G. VEDEL, Avant-propos in *La constitutionnalisation des branches du droit*, M. VERPEAUX et B. MATHIEU (Dir), op. cit., p. 15

6 C. ATIAS, « La civilisation du droit constitutionnel », R.F.D.C., 1991, p. 435.

7 N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, not. p. 9.

constater que le “tout constitutionnel” est en train de “colorer”, voire « coloniser » progressivement l’ensemble des branches du droit⁸. Aucune discipline juridique ne peut être aujourd’hui enseignée sans se référer aux principes constitutionnels qui la fondent. Cette coloration – ou encore imprégnation, irrigation, intégration voire irradiation – des différentes branches du droit n’est pas propre au domaine pénal⁹. Dans maints domaines, elle s’impose aujourd’hui comme une évidence¹⁰ : constitutionnalisation du droit budgétaire et des finances publiques, du droit fiscal, du droit administratif, du droit des étrangers, du droit électoral, du droit disciplinaire, du droit civil, de la procédure civile, du droit social et du droit du travail, des droits de l’homme, du droit économique ou encore du droit de l’environnement¹¹.

- 8 L. FAVOREU, « L’influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit », in *Mélanges Léo HAMON*, Paris, Economica, 1982, p. 235, spéc. p. 244 – voir également « L’apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1980, 13, p.17.
- 9 v. A. CAPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal : pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, 2014.
- 10 L. FAVOREU dans sa préface à la thèse publiée de M. FRANGI, *Constitution et droit privé. Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, PUAM, 1992.
- 11 L. PHILIP, « La constitutionnalisation du droit budgétaire français », in *Mélanges Gaudemet*, Paris, Economica, 1984, p. 49 – « La constitutionnalisation des finances publiques », in *La constitutionnalisation des branches du droit*, (Dir.) M. VERPEAUX et B. MATHIEU, IIIe congrès de l’Association française des constitutionnalistes, p. 65 – Droit fiscal constitutionnel, Economica, 1990 ; - P. DELVOLVÉ, « La constitutionnalisation du droit administratif », in *1958 – 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, s.d. B. MATHIEU, Dalloz, 2008, p. 397 ; J. KISSANGOULA, « La constitutionnalisation du droit des étrangers », in *La constitutionnalisation des branches du droit, préc.*, p. 147 ; R. GHEVONTIAN, « La constitutionnalisation du droit électoral », IIe congrès français de droit constitutionnel, 13-15 mai 1993, atelier 1 à 3 ; F. LAURIE, « La constitutionnalisation du droit disciplinaire », VIe Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, 9-11 juin 2005, Atelier 2 ; L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale : vers un droit constitutionnel pénal », in *Mélanges Vitu*, Paris, Cujas, 1989, p. 169 - F. SEUVIC, « Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal », in *La procédure pénale en quête de cohérence*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 93 et s. ; F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTDC, 1982, p. 245 - B. MATHIEU, « Droit constitutionnel et droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau », RTDC, 1994, p. 59, spéc. p. 62 à 65 – « Droit constitutionnel civil », *Jcl Administratif*, 1993, p. 7 ; N. MOLFESSIS, « La constitutionnalisation du droit civil », in *1958 – 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française, préc.*, p. 419 ; S. GUINCHARD, « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges Pierre Drat*, 2000, p. 355 ; X. PRÉTOT, « Droit constitutionnel social », *Jcl Administratif*, 1993, p. 16 ; O. DUTHELLET DE LAMOTHE, « La constitutionnalisation du droit du travail », in *1958 – 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française, préc.*, p. 435 ;

Le droit pénal n’a pas échappé à ce mouvement, et le professeur Philip a pu parler, dès 1985, de la «constitutionnalisation» du droit pénal français¹².

De façon très majoritaire, la doctrine présente, actuellement, la Constitution comme une norme (ou un ensemble de normes juridiques) dont la qualité serait d’être **suprême(s)**. Selon cette conception dite « normative », une « constitution est la loi **fondamentale** et suprême que se donne un peuple libre »¹³ ou encore « une charte jurisprudentielle des droits et libertés des citoyens »¹⁴. Selon une version théoriquement plus sophistiquée, d’inspiration post-kelsenienne, la constitution est « une **métarègle**, une règle qui organise la production d’autres règles »¹⁵.

Voilà désormais que, derrière une appellation plus prospère et au succès bien assuré, se propage l’idée d’une constitutionnalisation du droit pénal, sous l’égide du constitutionnel. **Quels sont les pans du droit pénal impactés par la constitutionnalisation ?**

L’intérêt dont la question fait l’objet, est maintenu par l’augmentation constante des principes constitutionnels en droit pénal. La constitutionnalisation est alors porteuse de légitimation pour le droit pénal : la consécration et le respect de principes supérieurs d’inspiration humaniste ont vocation à susciter l’adhésion du justiciable, amené à percevoir le droit pénal comme juste et justifié.

P. TERNEYRE, « La constitutionnalisation du droit économique », in *1958 – 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, préc., p. 427 ; M. PRIEUR, « La constitutionnalisation du droit de l’environnement », in *1958 – 2008 : Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, préc., p. 489.

- 12 L. PHILIP, *Revue de science criminelle*, 1985, p. 711 – Une conférence s’est tenue le 16 mars 2006 à la Cour de cassation sur le thème : Force ou faiblesse de la constitutionnalisation du droit pénal. Les allocutions prononcées peuvent être consultées sur le site internet de la Cour de cassation : http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/penale_2006_8480.html
- 13 E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition mise à jour, PUF, 2021.
- 14 D. ROUSSEAU, *La constitution ou la politique autrement*, in *Le débat*, 1991/2 (64), pp. 176-180.
- 15 O. PFERSMANN, « Principe majoritaire et démocratie juridique. À propos d’un argument de Kelsen revisité par Michel Troper », in É. MILLARD, D. de BECHILLON (s.l.d.), *Mélanges Michel Troper*, Dalloz, 2006, p. 859-870.

Il en résulte que la constitutionnalisation marque le passage d'un droit pénal légal soumis à la constitution, c'est à dire un droit pénal sans cesse rapproché de la constitution de par ses sources (I) que de par les principes supérieurs (II) garants de sa légitimité.

I. La constitutionnalisation des sources du droit pénal

D'où provient le droit pénal aujourd'hui applicable au Bénin ? L'expression « sources du droit » est une métaphore servant à désigner les origines des normes juridiques. Partant de cette définition, les sources du droit pénal désignent tout d'abord les normes qui ont compétence pour porter des incriminations pénales, définir et encadrer les règles du procès pénal et qui seront appliquées à cette fin par le juge pénal¹⁶.

Aux sources internes (A) et positives, nous pouvons désormais ajouter les sources dérivant des conventions internationales (B) qui vont peser sur la production ou l'application de la loi pénale en déterminant le contenu de la norme élaborée par le parlement ou en permettant la non-application de la norme pénale contraire au texte international.

A. La constitutionnalisation des sources internes

La règle de droit criminel est écrite, d'où il résulte que la coutume et les usages ne peuvent créer ni infractions, ni peines. Hors le cas de la Constitution, les sources internes se répartissent entre la loi et le règlement. En revanche, le contrôle de constitutionnalité des lois pénales est expressément dévolu par la Constitution à une cour constitutionnelle ; d'où l'existence d'un contrôle institutionnel de constitutionnalité des lois au Bénin et non pas juridictionnel.

16 V. V. MALABAT, Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque, *in* Revue de droit d'Assas, n° 5, févr. 2012, p. 84. Cette perte de monopole de la loi en tant que source de droit pénal est omniprésente dans la Constitution de 1990 et le partage de compétences entre les domaines législatif et réglementaire, dont les conséquences sont désormais actées aux articles 2 et 3 du nouveau code pénal. En admettant en effet que le règlement puisse définir une infraction pénale, même de faible gravité, la Constitution ouvre une brèche dans le principe de légalité entendu dans son sens formel qui réserve à la loi la compétence en matière pénale pour éviter que le droit de punir ne soit laissé à l'arbitraire de quelques-uns, qu'il s'agisse de celui des juges ou des gouvernants.

L’édiction de la loi pénale est conditionnée par le principe de séparation des pouvoirs consacré par la constitution béninoise. Ainsi, existe-t-il une compétence partagée entre les deux entités en matière de création du droit pénal.

Selon l’article 98 de la constitution, « *Sont du domaine de la loi, les règles concernant : - la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; - l’amnistie ; - l’organisation des juridictions de tous ordres et la procédure suivie devant ces juridictions, la création de nouveaux ordres de juridiction, le statut de la magistrature, des offices ministériels et des auxiliaires de justice* ». Cette intervention législative a permis par exemple l’adoption du nouveau Code pénal en 2018.

Depuis la Constitution de 1990, le pouvoir exécutif dispose d’un domaine d’intervention spécifique, un pouvoir réglementaire autonome, qui constitue une source non négligeable pour le droit pénal puisqu’il intervient pour fixer les contraventions de police. Selon l’article 100 de la constitution, « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ».

A la lecture de l’article 98 de la Constitution, on pourrait penser que la compétence en matière d’élaboration des règles pénales appartient, en principe, au parlement, le constituant d’un côté et le gouvernement de l’autre, n’ayant que des pouvoirs résiduels. Cependant, avec le développement du contrôle de la constitutionnalité des lois et l’élargissement du bloc de constitutionnalité, on a vu se multiplier des empiètements de l’exécutif dans le domaine législatif et vice versa.

En France, le Conseil¹⁷ s’est attaché à maintenir la suprématie de la loi en lui permettant de créer une contravention dès lors que le gouvernement ne s’y oppose pas lors des débats.

17 Cons. const. 30 juill. 1982, *Blocage des prix*, Rec. Cons. const., p. 57, n° 82-143 DC, considérant n° 11.

Cette logique aurait voulu que le Conseil veille, également, à ce que le législateur épuise sa compétence en décrivant lui-même la totalité des éléments constitutifs d'une infraction et en édictant la peine qui l'assortit, conformément à la lettre de l'article 34 de la Constitution qui pose que la loi « détermine » le crime ou le délit. Une entorse à cette exigence a pourtant été admise : « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même¹⁸ » ; a ainsi passé le contrôle de constitutionnalité l'incrimination de manquements fixés par une convention collective. Cette admission de l'incrimination par renvoi, outre qu'elle complique l'accessibilité intellectuelle à l'interdit pénal, favorise la multiplication des incriminations dans les domaines les plus variés. Par la suite, cette souplesse paraît disparaître pour demander au législateur « de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale, de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis pour permettre la détermination des auteurs d'infractions et d'exclure l'arbitraire dans le prononcé des peines, et de fixer dans les mêmes conditions le champ d'application des immunités qu'il instaure¹⁹ ». Le Conseil demande encore à la loi de déterminer, elle-même, les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager la responsabilité pénale des intéressés²⁰, ce qui est non seulement plus conforme à la lettre de l'article 34 de la Constitution française, mais encore à l'esprit originel du principe légaliste.

18 Cons. const. 10 nov. 1982, *Rec. Cons. const.*, p. 64, n° 82-145 DC, considérant n° 3.

19 Cons. const. 5 mai 1998, *Rec. Cons. const.*, p. 245, n° 98-399 DC, considérant n° 7.

20 Cons. const. 27 juill. 2000, *Rec. Cons. const.*, p. 121, n° 2000-433 DC, considérant n° 61.

Le législateur ne saurait donc consentir au démembrement de la loi pénale et devrait s’astreindre à une description complète du comportement qu’il souhaite voir puni. Des auteurs²¹ admettent, cependant, la délégation à une tierce autorité — convention internationale, autorité réglementaire, convention collective, voire professionnels de la normalisation technique — du pouvoir de fixer des éléments de détails d’une incrimination dont le principe reste légal. Pourtant, la concentration du pouvoir incriminateur dans les seules mains du législateur reste le moyen de favoriser la cohérence de la politique pénale. Mais il est vrai que, même si le Conseil n’admettait plus, dans l’avenir, ce système de renvoi par la loi à une norme inférieure, le législateur pénal resterait soumis à la concurrence du droit supranational qui occupe une place grandissante dans le droit répressif et ne permet plus au Parlement d’être le seul maître des choix de pénalisation. Cette perte de monopole pose une question de légitimité politique : « l’atteinte aux libertés individuelles n’est tolérable que si elle est décidée par les représentants du Peuple²² ».

Dans son arrêt Labonne du 8 août 1919²³, le Conseil d’État a pour la première fois depuis 1789 reconnu que l’exécutif pouvait s’immiscer dans le domaine législatif. Le Conseil affirme que l’exécutif peut édicter des normes pénales lorsque le législateur n’est pas intervenu, dans des domaines relevant d’un besoin impérieux de réglementation. Ainsi, le Conseil d’État a expressément admis qu’une incrimination pouvait avoir une source exécutive, contrairement à ce que prévoient la séparation des pouvoirs et le principe de légalité criminelle au sens

21 Par exemple, Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal général*, 2^e éd., coll. « Cours magistral », Paris, Ellipse, 2006, n° 112 : « La réelle question, qui se pose ici est à un autre niveau, c’est uniquement celle de savoir si une intervention pénale est réellement nécessaire dans ces domaines. Mais si on la résout par l’affirmative, il est clair que le législateur ne peut tout régler à lui seul et qu’une délégation partielle est indispensable et acceptable au moment que la loi se réserve l’essentiel : le principe de l’incrimination et la sanction. La règle contraire ne s’impose que si la délégation attribuée à une autorité tierce prive, sans l’intervention de celle-ci, la loi elle-même de toute consistance en sorte que c’est finalement l’autorité tierce qui décide ».

22 Philippe CONTE et Patrick Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^e éd., Paris, A. Colin, 2004, n° 107.

23 CE 8 août 1919, Labonne, n°56 377.

des révolutionnaires de 1789. Dès lors, le pouvoir exécutif ne fera que prendre de l'ampleur dans l'élaboration d'incriminations, devenant ainsi une réelle source directe du droit pénal. Ce nouveau paramètre du droit pénal porte alors atteinte au principe de légalité criminelle.

Enfin, avec l'avènement de la Constitution, le rôle de la cour constitutionnelle s'est accru dans le contrôle des lois pénales. Aux termes de l'article 114 de la constitution, « La Cour constitutionnelle est la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi ». L'épreuve de constitutionnalité est tout entière passée devant la Cour constitutionnelle, laquelle fait seule la part des dispositions constitutionnelles et inconstitutionnelles. Au bout du compte, les incidences pénales de cette constitutionnalisation apparaissent principalement théoriques, lesquelles résident dans le nouveau fondement constitutionnel de principes classiques. La constitutionnalisation de la matière pénale y est présentée dans ses rapports avec la loi pénale qu'elle a pour effet de subordonner aux principes constitutionnalisés. Ce serait donc un phénomène qui concernerait seulement la prévision législative des lois pénales et qui n'aurait pas d'incidence sur leur application judiciaire d'autant plus que le juge pénal est incompétent pour apprécier la constitutionnalité d'une loi. C'est pourquoi il pourrait être réduit dans l'exposé des sources de la matière pénale. Dans ces conditions, la constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale semble surtout relever du droit public, étant donné qu'elle se joue exclusivement entre la cour constitutionnelle et le législateur et laisse de côté le juge pénal. Le droit pénal en recueille les effets sur ses sources sans que son application judiciaire en soit affectée.

A l'opposé de ce contrôle direct, le contrôle indirect s'exerce sur renvoi par une juridiction saisie d'une exception d'inconstitutionnalité. Il ne concerne que les lois²⁴.

24 Voir art. 122 de la Constitution.

En principe, les décisions de justice sont exclues du contrôle de constitutionnalité. Mais selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, cette soustraction des décisions de justice au contrôle du juge constitutionnel ne joue que dans la mesure où ces dernières ne violent pas les droits de la personne. A travers sa jurisprudence, la Haute juridiction a progressivement étendu sa compétence aux décisions de justice qui méconnaissent les droits humains. Ce mouvement, mis en route depuis 1996 a connu son épilogue le 11 novembre 2003 où la Cour, par la décision DCC 03-166²⁵, a jugé que « les décisions de justice n'étaient pas des actes au sens de l'article 3 al. 3 de la Constitution que pour autant qu'elles ne violent pas les droits de l'homme ».

B. La constitutionnalisation des sources internationales

Le double mouvement de constitutionnalisation et d'internationalisation du droit pénal a contribué à diversifier ses sources et à modifier la teneur du principe de la légalité des délits et des peines. En effet, les conventions internationales sont une source importante en droit pénal. L'article 147 de la constitution dispose effectivement que « 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 ». Cet article indique donc que les textes internationaux visés ont une valeur supralégislative.

Il faut, de prime abord, savoir que la constitutionnalisation des sources internationales du droit pénal s'explique par le fait qu'il existe actuellement, un socle de normes internationales (*jus cogens*, obligations *erga omnes* et traités-lois) qui, en raison de leur valeur supérieure et impérative, s'applique en théorie, à toute la société internationale. Cette constitutionnalisation prend en compte, mais à des degrés différents, l'apport de chacune des branches du droit international général, parmi lesquelles le droit pénal. Celui-ci, en

25 Recueil des décisions et avis de la cour constitutionnelle, 2003, p. 673 et s.

raison de son caractère rigide et répressif, souvent en lien avec les ordres publics internes et international, occupe une place de choix dans la normativité constitutionnelle internationale. Généralement, on estime qu'une règle juridique est une norme dont la violation est sanctionnée²⁶. Cela est encore plus évident en droit international pénal, constitué de l'ensemble des règles et juridictions internationales réprimant les « violations graves d'obligations découlant d'une norme impérative du droit international général »²⁷. En ce sens, il fait partie du « noyau dur » des normes internationales dont la violation toucherait la conscience de toute l'humanité, et toute la communauté internationale serait habilitée (*actio popularis*) à faire valoir la responsabilité des bourreaux²⁸ : individus ou États. Pour Hans Kelsen, la norme qui constitue le fondement de validité d'une autre norme est supérieure, « *lex superior* »²⁹ par rapport à cette dernière. Les normes impératives du droit international correspondent à cette théorie Kelsénienne de la hiérarchie des normes, puisque toutes autres règles du droit international qui les contrediraient, seraient frappées d'une nullité absolue³⁰.

Cependant, dans certains cas, si les conventions internationales peuvent créer des incriminations, les peines, quant à elle, relèvent souvent de la seule souveraineté des États. C'est dans ce sens que l'article 5, alinéa 2 du Traité fondateur dispose que « Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale, les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ». Ce qui signifie qu'ils peuvent ne pas en inclure. Du moment où l'Acte uniforme en contient, ces dispositions doivent être comprises comme le

26 F. HAMON et M. TROPER., Droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 2011, p. 213.

27 E. WYLER., « Du crime d'État à la responsabilité pour violations graves d'obligations découlant de normes impératives du droit international général », in P.-M. DUPUY (dir.), Obligations multilatérales, droit impératif et responsabilité internationale des États : colloque international de Florence, 7 et 8 décembre 2001, Paris, A. Pedone, pp. 105-120, p. 114.

28 Ibid.

29 V. CHAMPEIL-DESPLATS, Leçons de théorie constitutionnelle, Paris, Dalloz, 2010, pp. 67 et s.

30 Art. 53 de la Convention de Vienne relative au droit des traités entre États de 1969.

« minimum commun » aux Etats parties qu’aucun législateur national ne saurait entamer en dépénalisant sur son territoire des comportements saisis par l’Acte uniforme.

Cette internationalisation des sources du droit pénal peut s’expliquer de plusieurs manières, notamment de par l’expansion des échanges entre pays, de la nécessité d’appréhender des phénomènes criminels transfrontaliers comme le terrorisme, la criminalité organisée ou encore la criminalité environnementale.

Au niveau international, la Cour pénale internationale est la meilleure illustration de droits fondamentaux communs car, comme l’a souligné Robert BADINTER, « La mondialisation politique et économique va s’accompagner d’un mouvement similaire de mondialisation de la justice »³¹. Dès lors, un noyau dur d’infractions internationales relèvera de la loi internationale, si bien que, dans ce cas, les relations du droit constitutionnel et du droit pénal se trouvent transcendées par un « ordre public international », avec « application d’un véritable droit commun », ainsi que le soutient le professeur Delmas-Marty³². En tout état de cause, en dehors de cette dernière hypothèse, droit constitutionnel, droit pénal et droit international, en dépit de la concurrence éventuelle, sont amenés à s’harmoniser, s’intégrer et s’enrichir mutuellement. Naturellement, il revient au législateur et aux juges, nationaux et internationaux, d’assurer cette cohérence. C’est dire un nouveau droit se construit, adossé à une protection accrue des droits fondamentaux, alors que, parallèlement, un phénomène d’internationalisation modifie le visage d’un droit mâtiné de souverainisme, et que de nouveaux modes de régulation se sont avérés indispensables. D’ailleurs, « La justice pénale présente un des aspects primordiaux de la souveraineté de l’État [...] la justice

31 M-F VERDIER, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », *Politeia*, n°5, 2004, p. 101.

32 *Idem*.

pénale est la clef de voûte de l'État »³³. En effet, le droit pénal est celui qui sanctionne tout comportement portant atteinte à la société³⁴. Il est donc le protecteur et le garant des valeurs d'un État. Le droit pénal est ainsi la matière la plus représentative de la souveraineté nationale et ne peut être exercé que par l'État lui-même³⁵.

Cependant, la plupart des constitutions reconnaissent une primauté, une valeur supérieure à un texte international.

La primauté du droit peut se définir comme « l'autorité supérieure d'où résulte parfois, pour la norme qui en est dotée, la vocation à s'appliquer, en cas de contrariété, de préférence à une norme inférieure »³⁶. L'arrêt Costa confirme et proclame le principe de primauté du droit communautaire – aujourd'hui droit de l'Union européenne – sur le droit interne³⁷. La France a reconnu cette primauté pour tous les actes dans deux arrêts de principe du 24 mai 1975³⁸ et 20 octobre 1989³⁹. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se fondent sur l'article 55 de la Constitution conférant une autorité supérieure aux traités et accords internationaux. La loi étant inférieure aux traités, elle est alors inférieure au droit dérivé qui est issu des différents traités européens. Les dispositions prises par les institutions internationales ont priorité sur

33 J. Pradel et G. Corstens, *Droit pénal européen*, Dalloz, 2009, p. 3.

34 A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et procédure pénale*, 6ème éd., Ellipses, coll. Dictionnaires de Droit, 2016, « droit pénal interne ».

35 V. notamment M. MASSE, « L'influence du droit communautaire sur le droit pénal français », RSC, 1996, p.935 ; J. BORE, « La difficile rencontre du droit pénal français et du droit communautaire », in *Droit pénal contemporain : Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 25 et p. 45 ; M. DELMAS-MARTY, « Union Européenne et droit pénal », *Cahier de droit européen*, 1997, p. 608 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5ème éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2015, n° 64 p.85.

36 4 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 11ème éd., Association Henri Capitant, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2016, « primauté ».

37 C.J.C.E. 15 juill. 1964, Costa, 6/64, Rec. C.J.C.E. p.1141 : « 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 ».

38 Ch. Mixte, 24 mai 1975, Société des Cafés Jacques Vabres, n° 73-13556 : « en raison de sa spécificité (du Traité de Rome), l'ordre juridique qu'il a créé et directement applicable aux ressortissants de ces États et s'impose à leurs juridictions ».

39 CE 20 oct. 1989 Nicolò, Rec. Lebon p. 190.

la loi interne des Etats qui les ont ratifiées. Ainsi, selon la définition de la primauté, la loi doit se conformer au droit dérivé en cas de contrariété. La loi pénale qui serait déclarée contraire à la norme internationale devra être écartée et ne sera pas appliquée. Cependant, cela ne signifie pas que la loi est abrogée. En effet, elle reste en vigueur, mais elle ne pourra pas s’appliquer au litige en question⁴⁰. Bien que cette primauté n’oblige pas directement le législateur à revoir la loi pénale contraire au droit international, in fine, si le législateur ne la modifie pas, elle sera systématiquement écartée. C’est pour cela que la notion de neutralisation⁴¹ de la loi pénale semble appropriée. Elle existe toujours mais ne produit plus d’effets. C’est l’effet négatif du droit international⁴². Cette neutralisation va contraindre le législateur à revoir la loi pénale afin de la mettre en conformité avec la norme internationale, sous peine de se voir systématiquement censuré et faire ainsi perdre tout effet à la loi pénale.

Ces exemples non exhaustifs démontrent que les conventions internationales vont plus loin qu’une influence sur la loi pénale, elles en sont la source. Elles incitent à prendre une loi pénale, à créer des infractions que le législateur n’aurait pas forcément mises en place sans elle. De même, elles vont modifier des infractions déjà existantes afin de les conformer au but exigé. De plus, elles orientent le contenu de cette loi pénale. Les institutions communautaires ont d’ailleurs eu progressivement tendance à définir les objectifs à atteindre avec tellement de précision, que la marge de manœuvre laissée aux États pour choisir les moyens de mise en œuvre est presque inexistante.

40 F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, coll. Corpus droit privé, 2009, n° 254 p. 192.

41 M. DELMAS-MARTY, « Union Européenne et droit pénal », *Cahier de droit européen*, 1997.

42 J. PRADEL, G. CORSTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. Précis Dalloz, 2009, n° 487 p. 518 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., PUF, 2015, n° 64 p. 85.

II. La constitutionnalisation des principes du droit pénal

Le fondement constitutionnel des principes fondamentaux du droit pénal est sans aucun doute la manifestation la plus évidente de cette constitutionnalisation de la matière pénale. L'intérêt dont elle fait l'objet est maintenu par l'augmentation constante des principes constitutionnels. La constitutionnalisation du droit pénal a un double contenu, relevant d'une part d'une constitutionnalisation des principes directeurs du procès pénal (A) et d'autre part, d'une constitutionnalisation des principes fondamentaux du droit pénal (B).

A. La constitutionnalisation des principes directeurs du procès pénal

L'administration de la justice connaît depuis 1990 des principes qui perdurent aujourd'hui encore dans notre procédure. Certains principes tels que l'accès au juge (ou droit au juge), l'impartialité de la justice, ou encore le contradictoire, ont été inspirés par la constitution du 11 décembre 1990. Ces règles concernent bien évidemment la procédure pénale. Selon l'article 17 de la constitution : « Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public durant lequel toutes les garanties nécessaires à sa libre défense lui auront été assurées ». Il s'agit ici de principes directeurs du procès pénal.

L'expression « principe directeur » apparaît pourtant de façon aléatoire dans la doctrine pénale. A propos des règles qui régissent le droit de la preuve, le Professeur Bouzat explique que les textes du droit pénal « posent quelques principes directeurs mais ne se prononcent nullement sur la loyauté de telle ou telle méthode d'investigation »⁴³. Le pénaliste fait allusion au principe de

43 P. BOUZAT, La loyauté dans la recherche de la preuve, Mélanges Huguency, Sirey, Paris, 1964, p. 155.

légalité de la preuve ainsi qu'à celui de liberté de la preuve. Il évoque encore, sans les qualifier de principe, l'indépendance de la magistrature contenue dans l'article 125 de la Constitution selon lequel le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Le Code de procédure pénale entré en vigueur en 2013 connaît dans un livre préliminaire des principes directeurs.

La référence à des principes directeurs du procès pénal se révèle être un vecteur indispensable du rapprochement entre constitution et procédure pénale. Ce titre énonce de façon quelque peu arbitraire et désordonnée, un certain nombre de principes généraux. Il est ainsi rédigé : «

- I- *La procédure pénale doit être équitable et impartiale. La procédure pénale doit être contradictoire. Elle doit préserver l'équilibre des droits des parties.*

Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. La procédure pénale garantit l'égalité des justiciables devant la loi.

Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles sauf dérogation prévue par la loi.

- II- *Toute autorité en charge de la procédure à divers niveaux a le devoir d'informer les parties de leurs droits. Elle en assure la garantie au cours de toute la procédure.*

- III- *Toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi.*

Elle a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur, de se faire examiner par un médecin de son choix, de contacter et de recevoir un membre de sa famille ».

La Cour constitutionnelle du Bénin a été saisie d'une requête du 6 février 2020, par laquelle monsieur Armand ZIBO, détenu à la prison civile de Cotonou forme un recours pour détention arbitraire et anormalement longue. Le requérant expose, qu'inculpé pour homicide avec préméditation, pratique de charlatanisme et sorcellerie, il a été placé en détention le 13 novembre 2014 par le juge du 3^{ème} cabinet d'instruction du Tribunal de première instance de Cotonou, il n'a jamais été présenté à une juridiction de jugement. Invité pour le contradictoire, le juge du 3^{ème} cabinet d'instruction n'a jamais donné suite aux mesures d'instruction de la Cour. Se fondant sur le articles 7.1-d de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP) et 147 alinéa 7 du Code de procédure pénale. Conformément aux article 7 : 1.d CADHP « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : • le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale », et 147 du Code de procédure pénale « Les autorités judiciaires sont tenues de présenter l'inculpé aux juridictions de jugement dans un délai de cinq (05) ans en matière criminelle », la cour en a déduit que le délai maximal pour présenter un inculpé devant une juridiction de jugement ne saurait dépasser cinq ans. La cour en déduit que la détention provisoire de monsieur ZIBO est anormalement longue⁴⁴.

La Cour constitutionnelle veille scrupuleusement à ce que le juge judiciaire trouve, en chaque occasion, dans la loi des moyens suffisamment efficaces pour assurer sa mission. Cependant, il est évident que l'exercice effectif de cette mission dépend en dernière analyse de l'utilisation que le juge judiciaire fait des pouvoirs qui lui sont ainsi octroyés. De la part de la Cour constitutionnelle, l'exigence d'un contrôle prompt et effectif du juge judiciaire sur les atteintes à la liberté individuelle autorisées est tout à fait générale et rigoureuse.

44 Sur le sujet, voir E. MONTCHO, Le délai raisonnable, thèse, droit privé, U.A.C année 2008 ; J. DJOGBENOU, Les privations de la liberté individuelle de mouvement non consécutive à un jugement pénal de condamnation, Thèse, droit privé, U.A.C, année 2007.

Dans la mesure où il est inévitable que des limitations soient apportées à l’exercice de la liberté individuelle, l’essentiel tient aux moyens de contrôler ces limitations. Les mesures de contraintes dont une personne peut faire l’objet sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l’autorité judiciaire. Elles doivent être strictement limitées aux nécessités de la procédure, proportionnées à la gravité de l’infraction reprochée et ne pas porter atteinte à la dignité de la personne. Il doit être définitivement statué dans un délai raisonnable sur les faits mis à la charge de cette personne. Désormais, les décisions de la Cour constitutionnelle ou des juridictions de l’ordre judiciaire qui constatent un abus de garde à vue ou de détention provisoire pourront être traduites en une satisfaction pécuniaire au profit des victimes et à la charge de l’Etat. C’est dans ce sens que s’inscrit l’affaire Favi⁴⁵.

Inexistant dans l’ancien code, le législateur instaure un système, l’indemnisation à raison de la détention provisoire et de la garde à vue abusive par la création d’une Commission d’indemnisation près la Cour suprême (article 209). Le Livre préliminaire du Code de procédure pénale représente à lui seul une petite révolution dans la théorie des principes directeurs. Il constitue la première tentative de regrouper dans un même texte, des règles qui contiennent un caractère tout à la fois conceptuel, général et fondamental.

Ces illustrations montrent que la constitutionnalisation a presque atteint l’ensemble des principes directeurs de la procédure pénale. Il en est de même des principes fondamentaux du droit pénal général.

B. La constitutionnalisation des principes fondamentaux du droit pénal

Plusieurs principes fondamentaux du droit pénal ont été appréhendés par le constitutionnel. On sait que les principes constitutionnels sont

⁴⁵ Du point de vue jurisprudentielle, la Cour constitutionnelle par une décision DCC 02-058 du 4 juin 2002, affaire FAVI de 2001 a posé la célèbre formule : « ... ouvre droit à réparation... »

ceux qui sont expressément posés par les textes constitutionnels ou qui sont reconnus comme des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. À vrai dire, ces principes ne sont pas très nombreux en quantité, mais ils sont essentiels en qualité. Il s'agit notamment du principe de la légalité des délits et des peines⁴⁶ (Ce principe de la légalité sous-tend l'ensemble du droit pénal puisqu'il fonde non seulement le droit pénal général comme spécial, mais aussi la procédure pénale⁴⁷ et le droit des peines⁴⁸), du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁴⁹, du principe de la nécessité des peines⁵⁰, du respect de la liberté individuelle⁵¹ ou encore de la présomption d'innocence⁵². Mieux, aux termes de l'article 577 du Code de procédure pénale : « *Dans une affaire qui le concerne devant une juridiction, tout citoyen peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité de la loi appelée à s'appliquer à l'espèce.*

L'exception doit indiquer clairement le ou les articles de la loi incriminée avec à l'appui et par écrit l'exposé sommaire des moyens ».

La Cour constitutionnelle est donc à l'origine d'une prise en compte de plus en plus importante du droit pénal et de la procédure pénale. Il est aussi opportun de relever que ces différentes matières intéressent directement la sphère des libertés et visant soit à les protéger, soit à en faire primer une sur une autre ou bien à les mettre de côté au nom de l'ordre public. Plus précisément, les textes de

46 Voir aussi A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français. Aspects légistiques et jurisprudentiels », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2007.3.509 ; D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.1.249.

47 R. GASSIN, « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.2.300.

48 M-A AGARD-PEANO, « Le principe de la légalité et la peine », *Revue pénitentiaire et de droit pénal* 2001.2.289.

49 Cons. const., 19-20 janv. 1981.

50 Cons. const., 3 sept. 1986, déc. n° 86-215 DC ; Cons. const., 17 janv. 1989, déc. n° 88-248 DC ; Cons. const., 28 juill. 1989, déc. n° 89-260 DC ; Cons. const., 22 avr. 1997, déc. n° 97-389 DC.

51 Cons. const., 12 janv. 1977, *D.* 1978, jur. 173, note L. Hamon et J. Leauté ; Cons. const., 18 janv. 1995, déc. n° 94-352.

52 Cons. const., 2 févr. 1995, déc. n° 95-360.

valeur constitutionnelle auxquels se réfère la Cour constitutionnelle ainsi que les principes directeurs qu’il a érigés en tant que tels lui permettent de se prononcer sur l’ensemble des lois en devenir, mais aussi des lois déjà promulguées et appliquées qui lui sont déférées.

Le juge constitutionnel béninois est ainsi en mesure de donner corps à la constitutionnalisation du droit pénal : il a donc activement travaillé contre un développement trop conséquent du droit pénal, par nature répressif, mais aussi dans le cadre de la procédure pénale pour restreindre un certain arbitraire, autoritarisme.

Le Conseil constitutionnel français, par deux décisions célèbres (en 1971⁵³, puis en 1973), se donne les moyens de procéder à un contrôle interne de la constitutionnalité des lois, ouvrant ainsi la porte à un mouvement de constitutionnalisation du droit qui ne pouvait que s’étendre. Le Conseil s’est ensuite attaché à consacrer les principes, tant procéduraux que substantiels, qui font l’identité du droit pénal. En ce qui concerne le principe légaliste, afin de le solidifier, le Conseil a ancré au rang constitutionnel ses corollaires qu’il s’agisse de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁵⁴, de la rétroactivité de la loi pénale nouvelle plus douce⁵⁵ ou de l’interprétation stricte de la loi par le juge répressif⁵⁶. Était plus délicate la question du contrôle de la nécessité de l’incrimination ou de la peine puisqu’on entre ici dans l’hypothèse d’un contrôle plus direct des choix législatifs fait davantage d’appréciation d’opportunité. Le Conseil constitutionnel

53 Cons. const. 16 juill. 1971, *Rec. Cons. const.*, p. 29, n° 44-71 DC : décision fixant définitivement la valeur juridique du Préambule de la Constitution ; et Cons. const. 27 déc. 1973, *Rec. Cons. const.*, p. 25, n° 73-51 DC, qui constitue la première application de la Déclaration de 1789 comme texte de référence permettant de juger du contenu d’une loi.

54 Cons. const. 3 sept. 1986, *Rec. Cons. const.*, p. 130, n° 86-215 DC, considérant n° 23 ; Cons. const. 21 janv. 1997, *Rec. Cons. const.*, p. 23, n° 96-387 DC, considérant n° 21 : l’appréciation d’une culpabilité ne peut, conformément « au principe [...] de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère », être effectuée qu’au regard de la législation en vigueur à la date des faits.

55 Cons. const. 19 et 20 janv. 1981, *Rec. Cons. const.*, p. 15, n° 80-127 DC, considérant n° 75 : « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l’empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l’appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ».

56 Cons. const. 16 juill. 1996, *Rec. Cons. const.*, p. 87, n° 96-377 DC, considérant n° 11 : le

français a d'abord lutté contre l'élasticité des incriminations : il a déduit du principe de légalité l'obligation pour le législateur de « définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire »⁵⁷. En effet, l'exigence de légalité perd tout son sens lorsque l'incrimination est si large qu'elle peut comprendre toute une série d'actions impossibles à déterminer a priori. Le contrôle du juge constitutionnel porte ici sur la qualité de rédaction de la loi.

La jurisprudence relative à la qualité de la loi pénale est bien connue : la loi doit être d'une qualité rédactionnelle suffisante pour être prévisible, donc intellectuellement accessible⁵⁸. Les principes généraux de la procédure pénale au Bénin garantissent clairement que la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. Selon la jurisprudence constitutionnelle « les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition »⁵⁹. Il convient donc, avant tout, de vérifier la nature de la loi mise en cause afin de savoir si le principe constitutionnel est applicable. C'est ce qu'il faut retenir d'une célèbre décision de la Cour constitutionnelle du Bénin (DCC 03-166⁶⁰) dans l'affaire Nelly⁶¹. Les requérants exposent : « *Les articles 336 à 339 du Code Pénal en vigueur en République du Bénin, vestiges d'un*

législateur doit rédiger la loi « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire ».

57 Décision n° 80-127 DC du Conseil constitutionnel rendue les 19 et 20 janvier 1981.

58 D. 2012. 1372, note S. Detraz : « *Considérant que le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* ». V. aussi E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 2013, n° 281 s.

59 Cons. const., 12 juill. 2013, n° 2013-332 QPC, consid. n° 5, D. 2013. 1747 ; RDI 2013. 472, obs. G. Roujou de Boubée.+

60 Recueil des décisions et avis de la cour constitutionnelle, 2003, p. 673 et s.

61 *Madame Nelly HOUSSOU et son présumé complice sont poursuivis pour adultère par voie de citation directe devant un juge pénal du Tribunal de Première Instance de Cotonou. L'épouse,*

temps révolu, 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... ». Ils concluent que les articles 336 à 339 du Code Pénal en vigueur au Bénin violent les articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples qui consacrent le principe de l’égalité de l’homme et de la femme en droit. En effet, l’article 339 ancien du code pénal béninois disposait : *« 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 ».*

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. C’est donc, à bon droit, que la Cour conclut que « Les articles 336 à 339 du Code pénal sont contraires à la Constitution ».

L’enseignement à tirer est que, contrairement à ce que l’on peut croire, cette décision ne dépénalise pas en réalité l’adultère. Le mot « dépénalisation » a un sens large et un sens étroit. Pour M. Ancel et M. Beria, il s’agit, d’une façon générale, d’un affaiblissement de la réaction sociale qui tantôt abandonne la voie proprement pénale, tantôt

sans revenus fixes, avait contacté l’Association des Femmes Juristes du Bénin et le Wildaf qui l’ont orientée vers Maître ALAPINI-GANSOU qui assure sa défense. Celle du présumé complice est assurée par Maître Magloire YANSUNNU. Habitée par la peur d’être condamnée par les collègues de son mari sans que sa culpabilité soit prouvée, l’épouse se présente à l’audience du 17 avril 2009. C’est à cette occasion que Maître Ibrahim SALAMI substituant Maître Reine ALAPINI-GANSOU, soulève la question préjudicielle d’inconstitutionnalité contre les articles 336 à 339 du Code pénal béninois. In I. SALAMI, « L’adultère n’est plus un délit au Bénin », in le quotidien La Nouvelle Tribune du vendredi 4 septembre 2009, p. 5 et l’interview dans le même quotidien et du même auteur du 22 septembre 2009, p. 5.

la modère, tantôt y substitue d'autres voies, moins traumatisantes et plus efficaces⁶². Forme nuancée de la politique criminelle, dont le trait essentiel est la « désescalade », pour employer un terme à la fois actuel et imagé. C'est là ce que l'on peut appeler « dépenalisation au sens large et général. La dépenalisation au sens étroit du terme consiste à maintenir l'incrimination, mais à atténuer plus ou moins la répression, la rendant *en fait* exceptionnelle et plus douce⁶³. Cette dépenalisation ne peut qu'emprunter la voie législative. Puisque la détermination des délits et des crimes relève de la compétence législative (article 98 de la Constitution béninoise). D'ailleurs, la Cour l'a rappelé « *l'incrimination ou la non-incrimination de l'adultère ne sont pas contraires à la Constitution, mais que toute différence de traitement de l'adultère entre l'homme et la femme est contraire aux articles 26 de la Constitution, 2 et 3 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* ». La conséquence est que la Cour invite indirectement le législateur à incriminer plutôt la notion d'adultère sur des bases égalitaires.

Enfin, la décision de la Cour a à coup sûr eu une incidence remarquable législative, puisque le nouveau Code pénal de 2018 a dépenalisé l'adultère.

Le juge constitutionnel n'est plus un simple juge de la constitutionnalité des lois, mais il a été rendu aussi juge actif pénal des violations graves des incriminations prévues par le Code pénal. Au Bénin, les décisions de la Cour constitutionnelle intéressant le droit pénal sont particulièrement nombreuses. Le droit répressif est, en effet, fondé sur des principes ayant, pour beaucoup d'entre eux, reçu l'onction constitutionnelle et la multitude des réformes que connaît la matière favorise ces occasions de rencontre.

62 G. LEVASSEUR, Le problème de la dépenalisation, *Rapport de synthèse présenté aux troisièmes Journées Franco-italio- espagnoles de politiques criminelles d'Aix-en-Provence, septembre 1982.*

63 *Idem.*

L’application de ces principes substantiels dépasse les frontières du droit pénal pour régner sur l’ensemble, plus vaste, du droit punitif. Le droit pénal exporterait donc les principes qui le cimentent vers les branches qui le concurrencent, le complètent ou le copient, devenu une référence en terme de garanties afin d’éviter les fraudes consistant à sortir de son champ pour échapper à ses exigences.

En conclusion, l’emprise du constitutionnel sur le droit pénal est capitale : on serait presque tenté de voir dans le droit pénal une « colonie du droit constitutionnel » ; ce qui serait tout de même excessif. Mais ce qui est certain, c’est que les principes fondamentaux donnent une plus grande légitimité à la justice pénale en la soumettant à des principes supérieurs et difficilement contestables.

LA RIGIDITÉ DE LA CONSTITUTION BÉNINOISE DE 1990
À L'ÉPREUVE DES EXPÉRIENCES DE SA RÉVISION

Gilles BADET

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

S'il y a un auteur dont les travaux font autorité sur la Constitution en général¹, les constitutions béninoises en particulier², et de façon plus spécifique, la Constitution béninoise de 1990³, c'est bien le professeur Théodore HOLO⁴. Ce grand maitre qui nous a enseigné les grands problèmes politiques contemporains en maitrise, les transitions démocratiques africaines en Master, avant d'encadrer successivement notre mémoire de master sur le contentieux électoral devant la Cour constitutionnelle béninoise et notre thèse de doctorat sur les modèles de justice constitutionnelle, puis de nous choisir pour travailler à ses côtés, d'abord à la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, ensuite en qualité de chargé de mission du président de la Cour constitutionnelle qu'il était devenu, enfin, en tant que secrétaire général de la Cour constitutionnelle du Bénin, mérite tous les honneurs et toute la gratitude dus à son rang et au rôle majeur qu'il a joué dans les structures universitaires ou étatiques, nationales ou internationales, et spécifiquement dans notre vie et

1 « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : Régimes juridiques et systèmes politiques », in *R.B.S.J.A.*, n° 16, 2006, pp.17-41 ; « Constitutionnalisme et Etat de droit », Communication à l'atelier sur la promotion des transitions démocratiques pacifiques en Afrique-Bamako, Mali- Novembre 2008.

2 « Constitution et nouvel ordre politique au Bénin », in *R.B.S.J.A.*, n° 13, décembre 1989, pp. 1-10.

3 « L'esprit de la Constitution », Communication aux journées de réflexion sur la Constitution du 11 décembre 1990, Cotonou-Bénin-Août 2006.

4 Koffi AHADZI-NONOU, Dodzi KOKOROKO, Adama KPODAR et Frédéric Joël AÏVO, *Démocratie en questions, Mélanges en l'honneur du professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Presses universitaires de Toulouse, 2017.

dans notre carrière. Quel thème, mieux que celui sur la rigidité d'une Constitution à la rédaction de laquelle il a contribué pouvait être adapté aux modestes hommages que nous tentons de lui rendre ici ? « *Qu'est-ce qu'une loi fondamentale susceptible d'être modifiée à tout moment, au caprice des gouvernants ?* »⁵ s'interroge Charles CADOUX. Cet auteur attire ainsi l'attention sur une préoccupation fondamentale du droit constitutionnel contemporain, celle de la stabilité des constitutions. En théorie, la stabilité de la constitution est intimement liée à son statut, à la fois, de norme suprême et de norme adoptée par un pouvoir spécial. La constitution n'est pas une règle ordinaire⁶. Elle est « *l'ensemble des règles considérées comme étant fondamentales dans l'Etat, généralement relatives aux principes essentiels et aux normes de production de normes, et par conséquent situées au sommet de la hiérarchie des normes et protégées par une procédure de révision plus complexe que celle des autres lois* »⁷. Et si l'on remonte à la naissance d'un Etat, on peut dire de la constitution qu'elle est « *la règle juridique qu'une société politique qui s'organise en Etat se donne pour permettre la réalisation efficace du bien public* »⁸, c'est-à-dire « *l'acte créateur de l'Etat* »⁹, son « *acte de naissance* »¹⁰.

Il est donc normal qu'au regard de son contenu, c'est-à-dire *sur le plan matériel*, la constitution regroupe « *l'ensemble des règles juridiques les plus importantes de l'Etat* »¹¹. A ce titre, en tant que fondement de l'ordre juridique de l'Etat, la Constitution contient d'abord, « *nécessairement* », et « *au minimum* », un « *ensemble de*

5 Ch. CADOUX, *Droit constitutionnel et institutions politiques. Théorie générale des institutions politiques*, Paris, Cujas, 1995, p. 189.

6 A. HAQUET, *Droit constitutionnel en 11 thèmes*, Paris, Dalloz, 2017, p. 1.

7 M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, 3^{ème} édition, Paris, Montchrestien, 2006, p. 75.

8 F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 11.

9 Th. HOLO, « Constitution et nouvel ordre politique au Bénin », *Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives*, N° 13, Décembre 1989, p. 1.

10 M. VERDUSSEN, « Introduction », in, M. VERDUSSEN (dir.), *La Constitution belge, Lignes et entrelignes*, Bruxelles, Le Cri Editions, 2004, p. 16.

11 P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, 1986, p. 33.

règles relatives à la production des normes » au sein de l'Etat¹². C'est l'aspect normatif de la constitution.

Elle est ensuite « *l'instrument juridique d'organisation du pouvoir politique ... [Elle] est pour les gouvernants le fondement de leurs prérogatives et la loi de leurs fonctions* »¹³. C'est elle qui « *institue les composantes politiques de l'Etat..., Elle veille à l'articulation de leurs pouvoirs respectifs. Elle fixe le statut des principales autorités publiques (politiques, administratives et juridictionnelles) ... Elle trace le cadre à l'intérieur duquel devront se nouer les relations entre ces autorités et les citoyens. Elle met en place des mécanismes de résolution des conflits internes...* »¹⁴. C'est l'aspect régulateur de la constitution.

La constitution a enfin un « aspect protecteur » car « *elle offre aux citoyens une panoplie de droits fondamentaux* »¹⁵. Il en est ainsi car la constitution doit être un instrument de limitation des pouvoirs¹⁶.

En dehors de la définition matérielle ci-dessus évoquée, la constitution peut également être définie *de manière formelle* comme l'ensemble des « *des règles qui, soit ont reçu forme distincte (c'est le cas par hypothèse de la constitution écrite), soit ont été édictées ou ne peuvent être révisées que par un organe spécifique (par exemple, qui ont été édictées par une assemblée constituante), soit ont été édictées ou ne peuvent être révisées que selon une procédure spécifique (par exemple, qui ne peuvent être révisées qu'à la majorité des deux tiers des membres d'une ou de deux assemblées parlementaires ou après un referendum de ratification)* »¹⁷.

La constitution a ce statut et cette considération car on suppose qu'elle « *a été murement réfléchie lorsqu'elle a été élaborée et*

12 M-A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2006, pp. 72-73.

13 Th. HOLO, *ibid.*

14 M. VERDUSSEN, *ibid.*, p. 13.

15 *Ibid.*

16 Th. HOLO, *ibid.*; M. VERDUSSEN, *ibid.*

17 P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2011, p.61.

qu'elle est faite pour durer »¹⁸. Quelles que soient en effet l'acception qu'on en a et les nombreuses définitions qu'on pourrait en donner, « le dénominateur commun semble résider dans la supériorité et la stabilité particulière de ce texte »¹⁹. C'est en cela qu'on dit que les constitutions modernes écrites sont rigides. « La signification de la rigidité (...) est double : elle doit assurer une certaine stabilité et consacrer aussi la supériorité des normes fondamentales sur les normes ordinaires, spécialement celles qui émanent du législateur »²⁰. Une constitution rigide, à l'opposé d'une constitution souple, modifiable selon les procédures de la loi ordinaire²¹, est donc celle « dont la modification s'avère plus difficile en raison des procédures requises impliquant généralement l'intervention de différents organes et des votes à une forte majorité »²². L'une des formes les plus poussées de rigidité serait d'appliquer la théorie du parallélisme des formes en considérant que pour la réviser, il faut mettre en œuvre les mêmes procédures que l'on a utilisées pour établir la constitution. En général, les constitutions ne vont pas jusque-là car ce serait « irréalizable » ou « impossible »²³. Mais la stabilité recherchée par la rigidité est garantie par des règles spéciales concernant la procédure de révision, règles plus contraignantes, notamment quant aux majorités et aux délais, que celles imposées au législateur ordinaire²⁴.

Le pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire l'organe (ou le groupe d'organes ou d'autorités) en charge de la révision de la Constitution, est ainsi enfermé dans des limites touchant tant à la forme qu'au fond²⁵. Les limites de forme tiennent aux délais dans lesquels la procédure peut être entamée ou aux délais séparant diverses étapes de

18 P. PACTET, F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2011, p.67.

19 C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 33.

20 Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2012, p. 142.

21 Ch. CADOUX, *Droit constitutionnel et institutions politiques. Théorie générale des institutions politiques*, Paris, Cujas, 1995, p. 190.

22 *ibid.*

23 *Ibid.*, p. 192.

24 Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2012, p. 142.

25 G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 54 et 55.

la procédure, aux circonstances dans lesquelles la procédure peut être ou peut ne pas être ouverte ou poursuivie, aux majorités renforcées ou qualifiées exigées, au fractionnement de la procédure en différentes étapes, chacune pouvant être menée par un même organe ou par des organes différents, à l'implication directe du peuple par référendum, soit encore, à une combinaison de ces différentes contraintes.

En matière de révision de la constitution, toutes ces précautions sont prises car il s'agit de donner une forte légitimité à un processus de remise en cause d'un pacte, d'un texte placé exprès au-dessus de tous les organes et de tous les acteurs pour s'imposer à tous sans qu'aucun d'entre eux, n'en dispose à sa guise. La question prend une tournure accentuée dans le contexte africain. En effet, compte tenu des instrumentalisations dont la constitution est l'objet dans nombre d'Etats africains, il n'est pas facile d'envisager ou d'initier un processus de révision de la constitution²⁶ sans courir le risque d'être traité d'usurpateur, ou, pire, de tripatouilleur égoïste ne pensant qu'à sa propre perpétuation au pouvoir²⁷.

- 26 F. MELEDJE DJEDJRO, « La révision des constitutions dans les Etats africains francophones : Esquisse de bilan », *RDP*, 1992, n°1, pp. 111-134 ; P. TOGBE, *La révision de la constitution en Afrique. Contribution à l'étude des processus constitutants*, Thèse. Droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2017.
- 27 K. AHADZI-NONOU, « Constitution, démocratie et pouvoir politique en Afrique » in F.J. AIVO (dir.), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glélé*, Paris, L'Harmattan, p. 63 ; Th. HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, pp. 17-41 ; F.J. AIVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, janvier-février 2012, pp. 141-180 ; J.L. ATANGANA-AMOUGOU, « Rigidité et instabilité constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Afrique Juridique et politique*, Juillet-décembre 2006, Vol. 2, n° 2, pp. 42-87 ; Même auteur, « Les révisions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme africain », in <http://www.lc-doc.com/document/les-revisions-constitutionnelles-dans-le-nouveau-constitutionnalisme-africain-par-jean-louis-atangana-amougou/11637>, consulté le 06 février 2020 ; K. DOSSO, « Les pratiques constitutionnelles dans les pays d'Afrique noire francophone : cohérences et incohérences », *RFDC*, 2012/2(n°90), pp. 57-85 ; F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu de l'Afrique », Titre VII, n° 1, Septembre 2018, in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-sens-d-une-constitution-vu-de-l-afrique>, consulté le 28 janvier 2020 ; N.G. GBEOU-KPAYILE, « L'idée de Constitution en Afrique noire francophone », in http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Article_GBEOU-KPAYILE.pdf, consulté le 2 février 2020 ; I. DIALLLO, « Pour un examen minutieux de la question des révisions de la Constitution dans les Etats africains francophones », in http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/POUR_UN_EXAMEN_MINUTIEUX_DE_LA_QUESTIION_DES_REVISIONS_DE_LA_CONSTITUTION_DANS_LES_ETATS_AFRICAINS_FRANCOPHONES.pdf, consulté le 1^{er} février 2020 ; P. MAMBO, « Les rapports entre la Constitution et les accords politiques dans les Etats africains : Réflexion sur la légalité constitutionnelle en période de crise », *RD McGill*, 57 : 4, 2012, pp. 921- 952.

Et pourtant, comme l'affirme la Cour constitutionnelle du Bénin, « ... la Constitution n'étant pas immuable, il est parfois nécessaire de la modifier sur certains points sans que pour autant le régime politique soit remis en cause²⁸. ».

De fait, « *lorsque la constitution est trop rigide, le risque est grand que la procédure de révision ne soit pas respectée. La Constitution peut même être abandonnée au profit d'une nouvelle* »²⁹. Il en est ainsi car « *un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures* »³⁰.

La rigidité ne signifie donc pas que la constitution ne pourra pas être révisée, mais qu'elle ne pourra l'être que selon certaines formes, qu'elle a elle-même organisées et par les organes qu'elle a institués à cet effet³¹. Il existe à cet égard un idéal de révision (presque) parfaite. C'est celle qui se voit organisée sous trois différentes formes de légitimités³². Il s'agit d'abord d'une légitimité par la sagesse consistant en l'introduction de délais avant toute révision, entre deux révisions ou entre différentes étapes d'une révision, l'exigence de lectures successives du projet ou de la proposition de révision, l'interdiction de toute révision en périodes anormales ou l'organisation d'une certaine solennité, le tout, pour donner le temps de la réflexion, de l'écoute et de la maturation des idées aux acteurs de la révision. Il y a, ensuite, une légitimité par le consensus, comportant un consensus institutionnel (associer l'ensemble des organes de l'Etat au processus, de façon beaucoup plus marquée que pour les lois ordinaires) et un consensus politique (exigence de majorités qualifiées au Parlement pour obliger les différentes

28 Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 13-124 du 12 septembre 2013.

29 A. HAQUET, *Droit constitutionnel en 11 thèmes*, Paris, Dalloz, 2017, p. 15.

30 Article 28 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 Aout 1789 précédant la Constitution française du 24 juin 1793.

31 G. BURDEAU, F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1993, p. 53.

32 A. LE PILLOUER, « Le pouvoir de révision », in, M. TROPPER et D. CHALLOGNAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, pp.33-65.

familles politiques à s'entendre sur la révision). Il est évoqué, enfin, une légitimité par le consentement, soit du peuple (référendum par exemple), soit des entités fédérées (dans les Etats fédéraux) pour montrer que les parties au contrat sont associées à sa modification.

Dans leur processus de révision de la constitution, les Etats adoptent ces différentes formes de légitimité, soit isolément, soit en les combinant. Il n'y a, à cet égard, aucun modèle obligatoire. Il serait intéressant de situer le modèle béninois par rapport à ces standards élaborés à partir du droit comparé.

Depuis le 7 novembre 2019, soit vingt-neuf ans après son adoption, la constitution béninoise du 11 décembre 1990 a été révisée, c'est-à-dire que le pouvoir de « *créer, de supprimer ou de modifier une ou plusieurs de ses dispositions* »³³ a été exercé jusqu'à son terme. La loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin a été votée le 31 octobre 2019 par l'Assemblée nationale, par 83 voix sur 83. Le 6 novembre 2019, elle a été jugée conforme à la constitution, dans le fond, et moyennant une correction mineure sur la forme faite par le juge constitutionnel lui-même, s'agissant de l'intitulé de la loi de révision³⁴. Elle a enfin été publiée au Journal officiel de la République du Bénin le 8 novembre 2019.

33 A. LE PILLOUER, « Le pouvoir de révision », in, M. TROPPER et D. CHALLOGNAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, p.34.

34 DCC 19-504 du 6 novembre 2019. Extraits : « Considérant que la loi déferée porte « **loi constitutionnelle** portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin » ; que l'expression « **loi constitutionnelle** » ne ressortit d'aucune disposition de la Constitution et a fortiori, de celles relatives à la révision de la Constitution ; qu'au demeurant, une loi constitutionnelle est tantôt synonyme de la Constitution elle-même, tantôt désigne une loi de révision de la Constitution ; qu'enfin, la loi de révision ne saurait porter une dénomination différente de celle qu'elle révisé ; **Considérant** qu'il s'agit d'une erreur matérielle, c'est-à-dire, d'une inexactitude qui s'est glissée dans la rédaction de l'intitulé de la loi qui appelle une simple rectification sans qu'il soit besoin de la soumettre, pour cette raison, à la délibération de l'Assemblée nationale ; qu'il faut dès lors dire que la loi soumise à examen est intitulée : « Loi n° 2019-40 portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin » ; **Considérant** qu'en définitive, l'erreur matérielle corrigée, que la loi soumise à examen est conforme à la Constitution ; ».

Sur la forme, 47 articles sur les 160 ont été remaniés. Au regard de l'objet de la révision ³⁵, plusieurs modifications intervenues correspondent aux conclusions du dialogue politique qui a précédé l'adoption du texte. Il en est ainsi, tout d'abord, de la volonté d'organiser des élections générales pour éviter que le pays ne soit en campagne électorale tous les deux (02) ans en moyenne. Une telle situation occasionnait, tout à la fois, une charge importante sur les finances publiques, une déperdition des énergies des travailleurs et une trop forte politisation de l'administration. Le besoin d'oxygéner le rythme des élections apparaissait dès lors impérieux. Désormais, à partir de 2026, au cours d'une même année civile, auront lieu, à la fois, en janvier, des élections couplées (communales et municipales d'une part, législatives, d'autre part) et, en avril, l'élection présidentielle. L'occasion a été saisie pour fixer dans la constitution des dates de tenue des différents scrutins, celles de fin de mandat des autorités sortantes ainsi que celles de prise de fonction des autorités élues. Ces dates s'imposent désormais aux acteurs politiques et sont soustraites à leur arbitraire. (Titre XI nouveau, *Des élections générales*, articles 153-1 à 157-3). Il en est ainsi, ensuite, du fait que tous les mandats politiques ainsi obtenus, auront une même durée de 5ans (à titre transitoire, pour permettre les premières élections générales en 2026, les élus communaux choisis en 2020 ont un mandat de 6 ans et les députés élus en 2023 ont un mandat de 3 ans). Le mandat du président de la République reste toujours renouvelable une seule fois. Désormais, alors qu'aucune limitation n'était prévue pour les mandats de députés à l'Assemblée nationale, ces mandats seront limités à trois (3 x 5 ans) au maximum par personne. Les membres de la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC) ont aussi désormais la possibilité de voir leur mandat renouvelé une fois, ce qui n'était pas possible avant. Il en est ainsi, enfin, de l'amélioration de la représentation des femmes au

35 I. SALAMI, *La Constitution béninoise commentée (A jour de la loi n° 2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la Constitution)*, Cotonou, Édition CEDAT, 2020.

Parlement, rendue possible par la précision de cette faculté donnée au législateur à travers une modification de l'article 26 de la constitution.

En dehors de ces modifications justifiées par le dialogue politique, les députés ont profité de cette révision historique de la constitution du 11 décembre 1990 pour la moderniser sur certains sujets d'actualité, qui avaient déjà tous fait l'objet de débats lors de précédentes tentatives et qui ne semblaient pas soulever d'hostilité particulière. On peut citer à cet égard, l'abolition de la peine de mort, la création d'une Cour des comptes et de ses démembrements que sont les cours régionales des comptes pour améliorer la qualité de la gestion des finances publiques, la possibilité donnée au président de la République de ratifier directement les conventions de financement avant d'en tenir informé le Parlement dans les 90 jours, la reconnaissance de la chefferie traditionnelle, gardienne des us et coutumes (dans les conditions à fixer par une loi). Dans le même registre, un contenu concret a été donné au statut de Chef suprême des armées et de responsable de la sécurité nationale (articles 62 et suivants de la constitution) détenu par le président de la République en clarifiant le rôle des organes qui l'assistent en cette matière à savoir, d'une part, le Conseil supérieur de la défense et de la sécurité, prévu déjà dans la constitution de 1990, d'autre part, le Conseil national de renseignement, prévu auparavant par une loi ordinaire et qui, avec cette réforme, acquiert le rang d'organe constitutionnel.

Plusieurs leaders politiques ou de la société civile, insistant surtout sur la procédure extrêmement rapide de l'initiative et de l'adoption définitive, dénoncent un coup d'Etat³⁶. Certains n'hésitent pas à considérer que c'est manifestement une nouvelle Constitution qui a ainsi été adoptée³⁷.

36 <http://cotonouexpress.com/article/show/revision-de-la-constitution-lopposition-denonce-un-hold-up-sur-la-loi-fondamentale-du-benin>; Voir aussi, Réaction de monsieur Candide AZANAI, in, <https://www.beninplus.com/politique/vive-reaction-de-candide-azannai-apres-la-revision-de-la>; ou <https://lanouvelletribune.info/2019/11/revision-de-la-constitution-au-benin-nous-sommes-devant-une-delinquance-detat-selon-candide-azannai/>; Communiqué de Social Watch Bénin, <https://beninwebtv.com/2019/11/social-watch-benin-se-prononce-sur-la-revision-de-la-constitution/>.

37 F. OUSMAN, « Une révision constitutionnelle en rupture de consensus », in, <https://matinlibre.com>.

Cette révision réussie aussi facilement et les réactions qui s'en sont suivies sont d'autant compréhensibles que la constitution béninoise s'est révélée être, dans la pratique, depuis son adoption en 1990 et, en particulier, depuis 2003, l'une des plus difficile à réviser. La réputation de texte rigide collée à la constitution béninoise ne semblait pas usurpée jusqu'en novembre 2019.

Interrogeant l'histoire contemporaine, on réalise que la constitution béninoise a été adoptée à l'issue d'une « *révolution négociée* », c'est-à-dire à la suite de la toute première Conférence nationale en Afrique, espèce d'Etats généraux de la République tenue en début 1990³⁸ dont les options fondamentales, mises en forme par un groupe d'experts, ont été largement discutées par le peuple, puis approuvées par lui le 02 décembre 1990.

C'est cette base consensuelle, combinée avec des mobilisations coordonnées des syndicats, des universitaires, des médias, des organisations de la société civile, des partenaires techniques et financiers et des minorités parlementaires de blocage, qui a fait échec aux six tentatives de révision de la constitution intervenues entre 2005 et 2018.

Les règles de révision de la constitution paraissent pourtant claires. Une phase préalable prévoit que : « *L'initiative de la révision de la constitution appartient concurremment au Président de la République,*

com/2019/11/18/une-revision-constitutionnelle-en-rupture-de-consensus/.

38 F. EBOUSSI BOULAGA, *Les Conférences nationales en Afrique noire, une affaire à suivre*, Paris, Karthala, 1993 ; M. KAMTO, *L'urgence de la pensée*, Yaoundé, Mandara, 1993 ; G. CONAC (Sous la direction de), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, en particulier les contributions de M. AHANAHANZO-GLELE, « le Bénin » et de R. DOSSOU, « Le Bénin : du monolithisme à la démocratie pluraliste, un témoignage » ; J.J. RAYNAL, « Les conférences nationales en Afrique : au-delà du mythe, la démocratie ? », in, *Recueil PENANT*, N° 816, 1994, pp. 310 et suivantes ; Th. VITTIN, « Bénin, du "système Kérékou" au nouveau démocratique », in, J.-F. MEDARD (Sous la direction de), *Etats d'Afrique noire, Formation, mécanismes et crises*, Paris, Karthala, 1991, pp.93-115 ; A. CABANIS et M. L. MARTIN, « Note sur la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », in, *Revue Juridique et Politique, Indépendance et Coopération*, Janv-Mars 1992, N° 1, pp.28 et suivantes. Ph. RICHARD, « Emergence et réalisation d'un Etat de droit : l'exemple du Bénin », in, P. ARSAC, J.-L. CHABOT et H. PALLARD, *Etat de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle*, Paris, L'Harmattan, 1999, pp. 137-164 ; Ph. NOUDJENOUOME, *La démocratie au Bénin, Bilan et perspectives*, Paris, L'harmattan, 1999 ; Fondation Friedrich Naumann, *Les actes de la Conférence nationale*, Cotonou, Editions ONEPL, 1994.

*après décision prise en Conseil des Ministres et aux membres de l'Assemblée Nationale. »*³⁹. Une fois que l'initiative est prise, il faut qu'elle reçoive l'adhésion d'une majorité qualifiée de députés fixée à « *trois quarts des membres composant l'Assemblée Nationale. »*. En cas de vote positif en ce sens, on considère que l'initiative est « *prise en considération* ». La procédure proprement dite de révision peut alors démarrer. Pour cette phase dite d'adoption définitive, deux possibilités coexistent : soit la finalisation de la procédure par la voie parlementaire par laquelle elle a commencé, soit le recours au référendum. Dans le premier, la révision ne sera considérée comme acquise que si elle est approuvée par une majorité des quatre cinquièmes des membres composant l'Assemblée nationale. Dans le dernier cas, la révision est acquise si la majorité des électeurs l'approuve⁴⁰. Il faut préciser que l'article 156 de la constitution ajoute certaines limites à la révision, une de circonstances ou de forme, deux de fond. La limite de forme, de temps ou de circonstances est évoquée dans l'alinéa 1^{er} de l'article 156 en ces termes : « *Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. »*

Quant à la limite de fond, elle porte sur deux matières déclarées intangibles par l'alinéa 2 du même article 156 en ces termes : « *La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision. »*

Les acteurs politiques, pour diverses raisons, ont tenté, à plusieurs reprises, de réviser la constitution béninoise. Mais on a assisté à des échecs successifs en la matière entre 2003 et 2018.

Au-delà de la dimension purement juridique, l'esprit dans lequel la première tentative a été entreprise entre 2003 et 2005 ne plaidait pas en faveur des révisionnistes⁴¹. Deux ans après la réélection

39 Article 154 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

40 Article 155 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

41 E. ADJOVI, « Mobilisations citoyennes et démonopolisation du travail politique au Bénin », *Perspective Afrique*, Voll, N°3, 2006, p. 187-223, www.perspaf.org; Voir aussi R. MADOUGOU,

controversée de Mathieu KERÉKOU en 2001, un petit groupe de ses partisans avait déclenché le débat sur une éventuelle révision de la constitution pour faire sauter le verrou de l'âge (70 ans au maximum)⁴² et la limitation du nombre de mandats (deux au maximum)⁴³. Face à cette situation, l'association « Elan » a sonné la révolte de la société civile. Une coalition d'organisations a maintenu la pression sur les « révisionnistes » et a poussé finalement à l'abandon, non seulement de la « tentative » de révision de la constitution, mais aussi de toutes les manœuvres tendant à ne pas organiser la présidentielle de 2006 qui marquait la fin des deux mandats présidentiels non prolongeables du président Mathieu KERÉKOU.

La deuxième tentative, entreprise solitaire des députés, a échoué, elle aussi, en 2006, en raison d'une décision de la Cour constitutionnelle qui déplorait le manque de consensus dans son processus d'adoption. Au-delà des exigences constitutionnelles expresses, la haute juridiction avait alors considéré que, « *même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle* ».⁴⁴

Mon combat pour la parole, Paris, L'harmattan, 2008. Il faut souligner qu'en 2005, les acteurs de la société civile ont exploité avec une compétence inattendue l'espace médiatique béninois dans sa grande diversité. Il a été mis en place « une stratégie de communication performante, qui cible à la fois les populations urbaines et rurales, instruites comme analphabètes. ». Les organes de presse écrite et les chaînes de télévision ont été exploités pour toucher les citoyens et les instruits, tandis que les radios privées s'occupaient de la sensibilisation des ruraux et les analphabètes. Tous les supports ont été mis à contribution, transformant ainsi le combat pour la défense de la Constitution en une bataille pour la conquête de l'opinion publique.

42 Article 44 de la Constitution.

43 Article 42 de la Constitution.

44 Cour constitutionnelle, DCC O6- 74 du 08 juillet 2006 : « *même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle* »

Il y a par la suite les tentatives des présidents Boni YAYI et Patrice TALON. Malgré l'assurance donnée par chacun d'eux que les deux tentatives de révision initiées par le premier et les deux autres entreprises par le second, le tout entre 2008 et 2018, n'entamaient pas la limitation des mandats présidentiels, la méfiance des acteurs politiques et des populations a successivement et identiquement conduit à leurs échecs.

La révision réussie en 2019 est donc effectivement une grande première. Elle interpelle particulièrement par sa rapidité et la facilité déconcertante de son succès. Certes, le contexte politique particulier ayant conduit deux partis politiques soutenant l'action du président de la République à occuper l'ensemble des sièges de l'Assemblée nationale depuis les législatives de 2019 est une explication recevable. Mais cela voudrait-il dire que le Bénin a rendu possible le fait pour un seul organe constitué- le Parlement- de modifier la constitution sans aucune autre contrainte permettant aux autres organes ou aux autres composantes de la nation d'intervenir dans le processus, ne serait-ce que par l'émission de points de vue dont on pourrait simplement s'assurer que l'organe compétent les recevrait et en tiendrait compte dans la mesure du possible ?

On sait que pour faire échouer la seule des six tentatives de révision de la constitution à avoir obtenu par le passé (2006) plus de la majorité qualifiée prévue pour son adoption finale, ainsi que pour prévenir (en 2011) de futures révisions qui sauteraient , d'une manière ou d'une autre, la limitation des mandats ou les conditions d'éligibilité à la fonction de président de la République⁴⁵, la Cour constitutionnelle n'a pas hésité, au-delà des dispositions expresses

45 Alors que l'article 156 de la constitution énonce : « *Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision.* », la décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 de la Cour constitutionnelle ajoute au texte constitutionnel trois autres normes intangibles dans les termes suivants : « *Considérant que l'examen de la loi fait ressortir que l'article 6 est contraire à la Constitution en ce qu'il ne cite pas toutes les options fondamentales de la Conférence Nationale de février 1990 et qui sont reprises par les articles 42, 44 et 54 de la Constitution ; qu'il s'agit - du nombre de mandats présidentiels, de la limitation d'âge pour les candidats à l'élection présidentielle et de la nature présidentielle du régime politique dans notre pays ; que l'article 6 doit donc être*

et écrites de la Constitution, à faire recours à des normes non écrites, issues de son raisonnement et marqué par, d'une part, des préoccupations historiques et factuelles, à savoir le respect de l'esprit de la Conférence nationale et du contexte d'adoption de la constitution de (et en) 1990, et, d'autre part, les préoccupations, voire, les appréhensions, du moment, à savoir laisser faire, sans réaction, des dirigeants qui pourraient être tentés par une volonté de s'éterniser au pouvoir⁴⁶. Cette pratique a entraîné dans son exercice, une « *surprotection* » - politiquement et socialement bien accueillie - de la limitation des mandats présidentiels et un éloignement - « *jurisprudentiellement* » organisé - de manipulations réelles ou supposées du texte constitutionnel ainsi que de toute confiscation du pouvoir. Cette posture du juge constitutionnel, « *surprotecteur* » de la constitution a été vivement discutée en doctrine car elle fut saluée par les uns⁴⁷ et critiquée par les autres⁴⁸.

reformulé comme suit : « Ne peuvent faire l'objet de questions à soumettre au référendum, les options fondamentales de la Conférence Nationale de février 1990, à savoir : - la forme républicaine et la laïcité de l'Etat ; - l'atteinte à l'intégrité du territoire national ; - le mandat présidentiel de cinq ans, renouvelable une seule fois ; - la limite d'âge de 40 ans au moins et 70 ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielle ; - le type présidentiel du régime politique au Bénin. ».

- 46 M. BLEOU, « La question de l'effectivité de la suprématie de la Constitution. A propos des poches de résistance au contrôle juridictionnel de constitutionnalité des lois en France et dans les Etats africains de succession française », in D.F. MELEDJE, M. BLEOU et F. KOMOIN (dir.), *Mélanges dédiés au Doyen Francis V. WODIE*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2016, pp. 47-55 ; Même auteur, « Le juge constitutionnel et les révisions constitutionnelles », in K. AHADZI-NONOU, D. KOKOROKO, A. KPODAR et F.J. AIVO, *Démocraties en questions, Mélanges en l'honneur du professeur Théodore HOLO*, Toulouse, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse I Capitole, 2017, pp. 229-237.
- 47 A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *AJP/PJA5/* 2011, p. 629 ; Même auteur, « Commentaires sous Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006 », in, *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, pp. 118-125 ; T. ONDO « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RDIDC*, 2009, n° 1, pp. 104-138 ; I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de droit*, N° 1, Juin 2011, p. 5 ; B. COULIBALEY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision° DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin), in, *RDP*, 2009, N°5, Sept-Oct. 2009, p.1493 ; Même auteur, « Apologie du contrôle prétorien des lois de révision constitutionnelle », in A.KPODAR et D. KOKOROKO (dir.), *Varias autour du droit public, Mélanges en l'honneur du Professeur AHADZI-NONOU*, Poitiers, PUJP, 2019, pp. 841-883.
- 48 D. KOKOROKO et A. KPODAR, « Controverse doctrinale : La Cour constitutionnelle du Bénin peut-elle soumettre aux options fondamentales de la Conférence nationale le peuple dans l'exercice de son pouvoir de révision ? Commentaires croisés de la décision DCC 11-067

On sait aussi par ailleurs qu'en dehors du contexte politique favorable, le recours à la procédure d'urgence, ou, en tous cas, la très grande rapidité observée entre l'introduction de la proposition de révision et son adoption définitive en 2019 sont l'objet de curiosités ou controverses juridiques.

On observe donc, du fait du juge constitutionnel (2006 et 2011) ou du fait du Parlement (2019) des modifications, compléments ou rajouts aux normes spécifiques prévues dans le titre relatif à la révision de la constitution dans les expériences de révision qu'a connu le Bénin.

En définitive, au regard des expériences de révision constitutionnelles intervenues entre 2006 et 2019, en particulier celles de 2006 et de 2019 qui sont allées jusqu'à l'étape de l'adoption par le Parlement, les rajouts constatés du fait du juge ou du Parlement, ont-ils entraîné une modification de la rigidité de la constitution béninoise du 11 décembre 1990, telle que prévue par les dispositions spécifiques en matière de révision, et dans l'affirmative, dans quel sens, celui du durcissement ou celui de l'affaiblissement ?

L'intérêt pratique et scientifique d'une telle étude est de stabiliser ou de rendre prévisibles les règles de révision de la constitution béninoise entre les dispositions expresses et écrites contenues dans la constitution et celles qui sont ajoutées par le juge ou le Parlement. A quoi faut-il ou faudrait-il s'en tenir ? L'intérêt politique est de vider le sujet de toute passion ou de toute controverse politicienne pour en faire un objet scientifique prévisible et objectif.

Pour y arriver, il est souhaitable de revenir à des dispositions plus complètes, claires et stables sur le sujet en tirant leçon des expériences passées où, d'une part, la rigidité de la constitution

du 20 octobre 2011 », in, *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, 1-2013, pp. 699-728 ; D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle béninoise en fait-elle trop ? », in, F.J. AIVO (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. 687-715.

béninoise a été durcie par le juge constitutionnel en 2006⁴⁹ quand, en dehors de toute référence aux normes spécifiques relatives à la révision, il a considéré que le consensus devrait être de mise dans tout processus de révision entamée dans le Bénin post conférence nationale, d'autre part, et à l'opposé, cette rigidité a été affaiblie quand le pouvoir constituant dérivé, notamment le Parlement, a recouru à la procédure d'urgence pour opérer la révision de 2019. En somme, au regard des expériences de sa révision, la rigidité de la constitution béninoise a été, tantôt durcie (I), tantôt affaiblie (II).

I- Le durcissement jurisprudentiel des règles de révision

Imposer le consensus comme préalable à toute révision de la constitution béninoise, c'est sans doute, durcir les conditions de révision, et donc, la rigidité de la constitution. En se fondant sur les conditions d'adoption de la constitution béninoise en 1990 et en recherchant un parallélisme des formes pour toute entreprise de révision déclenchée depuis lors, l'opinion publique béninoise, relayée par une partie de la classe politique, a toujours souhaité que ce durcissement des conditions de révision de la constitution prévale. Le processus de durcissement qui a eu lieu s'est donc déroulé dans un contexte d'adhésion sociale. Surfant sur cette demande sociale, le juge constitutionnel a donné un fondement jurisprudentiel au durcissement. Mais sa position a été contestée par la suite et il a fini par consacrer, lui-même, cette contestation. Le processus de durcissement jurisprudentiel des règles de révision qui a été enclenché en 2006 était donc socialement souhaité (A), même si, une fois consacré, il a été juridiquement contesté (B).

A- Un processus socialement souhaité

L'élaboration de la constitution béninoise du 11 décembre 1990 s'est faite sur la base d'un certain consensus issu de la

49 En 2011 aussi, même si l'expérience de 2006 suffit à faire la démonstration.

Conférence nationale (1). Ce consensus que l'opinion publique souhaitait voir respecter lors des entreprises de révision s'est avéré difficile à mettre en œuvre dans la pratique (2).

1- Un consensus présent lors de l'adoption de la Constitution

En 1989, les difficultés économiques, financières et politiques poussent le Chef de l'Etat, le Président Mathieu KEREKOU, chef du parti unique, arrivé au pouvoir dix-sept ans plus tôt par un coup d'Etat, et régnant sur la base d'une constitution du 26 Août 1977, appelée « *Loi fondamentale* », à prendre un certain nombre de décisions parmi lesquelles la convocation, au cours du premier trimestre 1990, d'une « *Conférence Nationale* » regroupant toutes les forces vives de la Nation avec la précision que « *les résultats issus de cette Conférence nationale seront exploités pour l'élaboration d'une nouvelle Constitution dans laquelle seront garantis certains principes...* »⁵⁰.

Effectivement, le rassemblement historique que fut la Conférence nationale béninoise a eu lieu du 19 au 28 Février 1990. Elle a regroupé quatre cent quatre-vingt-treize (493) délégués représentant cinquante-deux « *sensibilités politiques* », des délégations de différentes institutions politiques du pays, des personnalités béninoises vivant à l'étranger, des représentants des différentes confessions religieuses et associations nationales et non gouvernementales. Les délégués à la Conférence nationale ne furent pas désignés par voie d'élection. Mais le Comité national préparatoire fut preuve d'une grande ingéniosité. Selon son Président, « *la désignation des délégués a commencé par les organisations politiques. Le multipartisme n'étant pas encore explicitement reconnu, et face à la difficulté de jauger la réalité de leur existence et leur représentativité, nous avons estimé que toute recherche dans cette direction allait nous faire perdre beaucoup de*

50 Il s'agit de :

- La séparation du Parti de l'Etat
- La création d'un poste de Premier Ministre, Chef du Gouvernement

temps et risquait de conduire à quelque arbitraire. Nous avons donc décidé d'inviter tout mouvement qui existait et même ceux qui se créaient dans la fièvre de la période pré-Conférence et en vue de la Conférence »⁵¹. Il a fallu aussi accorder des places à chacun des sept départements de l'ex parti unique. Les paysans et artisans étaient au nombre de 76 à raison de 1 par district. Les autres structures invitées étaient constituées par les syndicats regroupés par ministère de tutelle, les grands corps de l'Etat, les administrations centrales et territoriales, l'armée, les grandes confessions religieuses, les ONG, les associations de femmes et les "personnalités" (anciens présidents de la République et quelques personnalités susceptibles d'occuper les fonctions de Premier ministre)⁵². Cette composition, en raison peut-être du succès de la Conférence nationale n'a été que peu critiquée. Néanmoins, certains auteurs ont désapprouvé son caractère, selon eux, « peu démocratique »⁵³. « *Les délégués à la Conférence nationale béninoise, en l'absence d'élection, ne représentent qu'une fraction minoritaire de la population correspondant aux ordres privilégiés de la France de 1789 représentée ici par la bourgeoisie bureaucratique, des affaires et les hauts intellectuels* », constate ainsi le Professeur Philippe NOUDJENOUME⁵⁴. Mais ce problème de représentativité n'est pas propre au Bénin. Pour les Etats Généraux français, on peut aussi, malgré l'élection, constater que « *500 000 membres de la Noblesse avaient autant de députés que les 24 000 000 de membres du Tiers Etat* »⁵⁵.

-
- La responsabilisation du Gouvernement devant l'Assemblée nationale sur la base d'un programme.
 - La prise en compte des principes du libéralisme économique. Cf. Texte du document in, Ph. NOUDJENOUME, *La démocratie au Bénin, Bilan et perspectives*, Paris, L'Harmattan, 1999, Annexe 2, p. 375 ou, Fondation Friedrich Naumann, *Les actes de la Conférence nationale*, Cotonou, Editions ONEPL, 1994, pp. 112-116.

51 Il faut noter que le Comité a été créé le 18 Décembre 1989, installé le 22 Décembre, démarré ses travaux le 26 Décembre et la conférence a démarré le 19 Février 1990 : cf. le président du comité préparatoire, R. DOSSOU, « Le Bénin : du monolithisme à la démocratie pluraliste, un témoignage », in G. CONAC (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p. 191.

52 Ibid.

53 Cf par exemple, M. BANOCK, *Le processus de démocratisation en Afrique : le cas camerounais*, Paris, L'Harmattan, 1992.

54 Ph. NOUDJENOUME, *La démocratie au Bénin, Bilan et perspectives*, Paris, L'Harmattan, 1999, p. 174.

55 C. LECLERCQ, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Litec, 8^{ème} édit^o, 1992, p. 386.

Contrairement au pouvoir consultatif que lui ont donné ses géniteurs, « la Conférence nationale » a proclamé la souveraineté de ses décisions et a abouti, au bout de dix jours, à la prise de décisions importantes pour le pays : Ainsi, la constitution marxiste-léniniste de 1977 est suspendue et une commission constitutionnelle est mise en place par la Conférence. Elle propose au peuple une nouvelle constitution. Des institutions de transition sont mises en place jusqu'aux élections qui vont se dérouler en Mars 1991⁵⁶. Le Président KEREKOU, à la surprise générale, accepte l'ensemble de ces décisions.

Au plan constitutionnel, la suite de cette acceptation est qu'une commission constitutionnelle sera mise en place par décret 90-44 du 1^{er} mars 1990⁵⁷. La mission confiée à cette commission a été caractérisée par certaines étapes importantes :

- *Première étape : L'élaboration par un groupe d'experts d'un avant-projet de texte sur la base d'orientations générales faites par les commanditaires* : Il s'est ainsi agi pour la Commission d'experts, de partir des options faites par la Conférence elle-même pour rédiger un avant-projet de constitution.⁵⁸

56 Il s'agit d'un Exécutif qui se compose d'une part, d'un poste de Premier ministre exerçant l'essentiel des pouvoirs et confié à une personnalité élue par la Conférence elle-même et, d'autre part, d'un poste de Président de la République, sans réels pouvoirs, confié à l'ancien titulaire du poste. Quant à l'organe législatif appelé « Haut Conseil de la République », il se compose de treize membres du Présidium de la Conférence, de six anciens Présidents de la République, des trois Présidents des commissions techniques formées lors de la Conférence (Constitutionnelle – économique – culturelle et sociale) et de six délégués provinciaux chacun représentant sa province d'origine.

57 Cette commission était composée de cinq personnes membres du bureau de la commission des affaires constitutionnelles de la Conférence nationale et dix autres personnalités désignées en raison de leurs compétences. Toutes ces personnalités étaient béninoises. Une grande majorité de juristes composaient cet organe à l'instar de son président, le professeur Maurice GLELE AHANHANZO, professeur de droit public à l'université de Paris I Panthéon – Sorbonne et conseiller juridique de l'UNESCO. Le vice-président était le Professeur Théodore HOLO, Agrégé de droit public, directeur de l'Ecole nationale d'Administration du Bénin. Une autre juriste et universitaire, Madame Sikiratou AGUEMON, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Abomey-Calavi, se trouvait être la seule femme de la commission. Des avocats de renom (Me Robert DOSSOU, Me Saïdou AGBANTOU, Me Florentin FELIHO), des magistrats expérimentés (Moucharafou GBADAMASSI, Pascal N'DAH SEKOU, Alexandre PARAISSO, William ALYKO), des diplomates (Ambroise ADANKLOUNON, Cyrille SAGBO) et des universitaires d'autres domaines tels que la sociologie, l'histoire et la géographie (André LOKOSSOU, Pierre METINHOUE, Valentin AGBO) complétaient la liste.

58 Fondation Friedrich Naumann, *Les actes de la Conférence nationale*, Editions ONEPI, pp. 50-

- *Deuxième étape : Soumission aux commanditaires ou à leurs représentants de l'avant-projet pour sa validation* : Une fois le texte de l'avant-projet de constitution rédigé, il a été soumis au Parlement de la période transitoire qu'était le Haut Conseil de la République. Cette instance adopta l'avant-projet, en séances spéciales, les 17 et 18 avril 1990.
- *Troisième étape : popularisation, débats, campagne* : En 1990, une véritable phase de « popularisation » de l'avant-projet de la constitution a été organisée ⁵⁹. Le projet ayant été affiché dans des lieux publics et publié dans les journaux, des débats intenses se firent jour sur plusieurs questions, dans les médias audiovisuels (radios, télévision) et dans la presse. Entre la période de vulgarisation de juin 1990 et le référendum du 02 décembre 1990, les partis politiques, les associations diverses, les universitaires et plusieurs autres catégories de personnes

51. La commission des lois et des affaires constitutionnelles de la Conférence nationale avait élaboré un rapport dans lequel on pouvait lire les grandes lignes que la nouvelle Constitution devrait respecter. Le régime politique à choisir doit être un régime présidentiel dans lequel le Chef de l'Etat est en même temps chef du gouvernement, car il fallait tirer « leçon de l'expérience désastreuse du régime PRPB », cette option s'étant imposée « après avoir passé en revue les divers régimes politiques qui existent dans le monde et qui sont fondés sur le pluralisme démocratique et un Etat de droit ». Le Parlement doit être monocaméral et une Cour constitutionnelle pouvant être saisie par tout citoyen, devra être établie pour assurer le contrôle de constitutionnalité des lois et le respect des droits de l'homme, etc., ...

- 59 Du 21 au 30 juin 1990, une phase de popularisation a été organisée. Cette phase visait à faire connaître à la population la formalisation que les experts avaient faites des propositions issues de la Conférence nationale en ce qui concerne le texte fondamental qui devrait régir à l'avenir la vie du Bénin, de ses institutions et de ses populations. Avant le démarrage effectif de la popularisation, il y a eu affichage du texte de l'avant-projet de Constitution sur les lieux publics. La phase de « popularisation » a été organisée selon les dispositions de la décision N° 90-003/HCR/PT/SG/CC/SA. Le Comité national de popularisation présidé par le Ministre de l'intérieur de la période transitoire avait un démembrement dans chaque province. Des agents vulgarisateurs ont été formés. Les discussions sur le texte s'organisaient en séances publiques auxquels assistaient les populations dans les lieux publics tels que les écoles, les services publics, les casernes militaires, etc...L'agent vulgarisateur, chargé de la popularisation, exposait le contenu du texte dans un premier temps en français, avec quelques explications en langues nationales. Il donnait la parole ensuite aux populations pour les réactions, critiques et recommandations. Elles pouvaient aussi s'exprimer, tant en français qu'en langues nationales. Les trois questions non tranchées au sein du Haut Conseil de la République, furent mises en lumière pour la période de « popularisation », ce qui n'empêchait pas ceux qui le voulaient, de soulever d'autres préoccupations. Les agents de vulgarisation étaient chargés de transmettre ces recommandations au Haut Conseil de la République.

prire des positions tranchées ou nuancées sur une série de points⁶⁰, aussi bien en français que dans les langues nationales. La campagne en vue de l'adoption de la constitution a été vive, animée et chargée de rebondissements. Les points controversés portaient par exemple sur la limitation de l'âge des candidats à l'élection présidentielle⁶¹, le principe de la gratuité de l'enseignement primaire et le choix du régime présidentiel⁶².

- *Quatrième étape : Adoption démocratique de la constitution* : Toutes les joutes oratoires et tous les articles publiés dans le cadre du débat sur la constitution béninoise prirent fin avec le référendum du 2 décembre 1990 visant à l'adoption populaire de la constitution. A l'issue des votes, le « *Oui* » arrive en tête avec 73% des voix. Le « *Oui, Mais* » arrive en deuxième position avec 19,9 %. Le « *Non* » obtient 6,8%. Au total donc, les « *OUI* » font 96, 9%⁶³.

La constitution ainsi adoptée sera considérée comme l'ayant été par consensus et sera promulguée le 11 décembre 1990.

60 Ph. NOUDJENOUME, *La démocratie au Bénin, Bilan et perspectives*, Paris, L'harmattan, 1999, pp. 212-231.

61 L'avant-projet de Constitution proposait de retenir que ne pouvait se présenter à l'élection présidentielle que les candidats ayant au moins 40 ans et au plus 70 ans. Cette clause, si elle était retenue dans la Constitution définitive, allait éliminer les anciens présidents de la République qui avaient dépassé l'âge de 70 ans. Il leur était reproché, de manière à peine voilée, d'être responsables de l'instabilité politique qu'a connue le pays entre 1960 et 1972. L'une des personnalités visées, l'ancien président Hubert MAGA, eut des mots très désapprouvés : « *Ne m'enterrez pas vivant* ». Quant à l'autre personnalité visée, l'ancien président Emile Derlin ZINSOU, il a organisé plusieurs marches contre cette disposition entre Juin et décembre 1990.

62 R. BANEGAS, *La démocratie à pas de caméléon, Transitions et imaginaires politiques au Bénin*, Paris, Karthala, 2003, p. 181.

63 Comme les membres du Parlement de transition ne s'étaient pas accordés sur la nécessité de retenir la limitation d'âge à la présidentielle dans le projet de texte constitutionnel à soumettre au référendum, ce sont trois options qui étaient offertes aux électeurs, à savoir : -« *Oui* » (ce qui équivaut à une acceptation de la Constitution y compris la clause de limitation d'âge pour la candidature à l'élection présidentielle). -« *Non* » (ce qui équivaut à un rejet complet de la Constitution). -« *Oui, Mais* » (ce qui équivaut à une acceptation de la Constitution, sauf la clause de limitation d'âge pour la candidature à l'élection présidentielle).

2- Un consensus difficilement réitérable

La constitution béninoise du 11 décembre 1990 a bien prévu des modalités de sa révision. Mais, dans la pratique, cette révision dont il a été décidé qu'elle devrait aussi se faire en respectant le consensus issu de la Conférence nationale, est devenue un « *piège sans fin* »⁶⁴ pour tous ceux qui s'y sont aventurés.

Au lendemain des législatives de 2007, le président Boni YAYI, élu en avril 2006, par décret n°2008-052 du 18 février 2008/02/08, a créé une commission technique *ad hoc* chargée de la relecture de la constitution du 11 décembre 1990. C'est avec une moisson de réflexions et d'opinions disponibles⁶⁵ que la Commission a commencé ses travaux.

Elle a, en dehors de ses travaux internes d'études, de recherches et de discussions, reçu et écouté plusieurs personnes ressources. Elle a soumis dans un premier temps un rapport au Chef de l'Etat et au Gouvernement. Beaucoup de personnes se sont inquiétées de la non publication dudit rapport. Le Chef de l'Etat et le gouvernement, commanditaires du travail, ont fait des observations à la Commission qui les a pris en compte. Finalement, en Janvier 2009, le rapport final de la Commission a été déposé au Chef de l'Etat avec une nouvelle version de la constitution. Bien que le Gouvernement qui a promis de saisir toutes les forces vives du pays pour obtenir leurs points de vue sur cette nouvelle version ne l'avait pas encore formellement effectué en février 2009, plusieurs journaux avaient réussi à obtenir copie des amendements proposés par la commission à la constitution de 1990 et l'avaient publiée. Des débats ont donc repris sur les options de la commission. L'hebdomadaire « *La Croix*

64 Titre d'un ouvrage de l'écrivain béninois Olympe BHELY QUENUM, Paris, Présence africaine, 1960.

65 Pour garantir la qualité de leurs contributions à ce processus qui était devenu inévitable, plusieurs groupes de citoyens, tels que l'IDH (Institut des Droits de l'Homme et de Promotion de la Démocratie dont le président est le Professeur Maurice GLELE-AHANHANZO), de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie de l'Université d'Abomey -Calavi, (dont le responsable était à l'époque le Professeur Théodore HOLO) et de l'ONG DHPD (Droits de l'Homme, Paix et Développement), avaient déjà initié des actions de préparation.

du Bénin » a carrément dédié un blog à cette question sur son site internet animé régulièrement par des personnes ressources. Il faut noter que la commission technique *ad' hoc* a, dans un rapport, fait un tableau d'où il ressort clairement ses options originaires, les observations du gouvernement à ces options et la version finale parue dans les journaux. Ce rapport ne manquera pas d'être publié dans la presse pour alimenter les réflexions des uns et des autres. Le Gouvernement a quant à lui gardé le silence pendant plusieurs mois avant que le communiqué sanctionnant le Conseil des ministres du 21 août 2009 n'évoque l'approbation d'« *un compte rendu du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme, Porte-parole du Gouvernement relatif aux travaux du Comité chargé de réfléchir sur les amendements de la Commission Technique ad' hoc de relecture de la constitution du 11 décembre 1990* ». Ce « *compte rendu* » n'a pas été rendu public. Toutefois, par décret N° 2009-548 du 03 novembre 2009, le président de la République, a transmis à l'Assemblée nationale, un projet de loi portant révision de la constitution de la République du Bénin. Le ministre de la justice a expliqué courant mois de Décembre 2009 que ce projet n'avait pas pris en compte toutes les propositions de la Commission *ad' hoc* de révision, estimant que certaines paraissaient trop révolutionnaires pour l'époque. Il a précisé que le projet gouvernemental ne prenait en compte que ce qui paraissait urgent pour le gouvernement et que les autres propositions de la commission de révision étaient une bonne base de discussion pour l'avenir. Alors qu'on attendait la suite des débats, en milieu d'année 2011, le Chef de l'Etat a mis en place une autre commission, en charge cette fois ci « *des réformes institutionnelles* » et présidée par l'ancien garde des sceaux, Joseph GNONLONFOUN. La réforme de la constitution étant l'un de ses mandats, cette commission a, elle aussi, fini un rapport sur le sujet. Ce rapport est resté longtemps dans les coulisses avant d'être rendu public en mars 2012. L'avantage de ce rapport

est qu'il explique chacun des choix faits par la Commission mais il n'a pas été fait et/ou distribué en grand nombre et est très peu connu des citoyens. C'est dans ce contexte que, lors de son discours sur l'état de la Nation devant l'Assemblée nationale, le 27 décembre 2011, le Président Boni YAYI a considéré que « *les conditions sont maintenant réunies pour procéder à une relecture de notre loi fondamentale en y intégrant, si vous en convenez, les nouvelles dispositions proposées par le gouvernement. C'est pourquoi, il est souhaitable que la représentation nationale les adopte pour améliorer notre loi fondamentale qui a subi l'épreuve du temps (...) sans toutefois remettre en cause celles relatives à la limitation du nombre des mandats et de l'âge des candidats* ».

Dès lors, les choses ont commencé à bouger. Le texte déposé en 2009 par le gouvernement a été sorti par les députés qui l'ont programmé pour être examiné entre autres dossiers, lors de la session extraordinaire du 19 mars 2012. En préalable à cette session, le bureau de l'Assemblée nationale a fait une tournée dans deux départements sur 12 du pays et envoyé le texte aux différents maires du pays. Il a dû prendre connaissance des positions de la société civile⁶⁶. Finalement, les députés ne se sont pas entendus en Commission pour que le texte soit programmé lors de la session extraordinaire du 19 mars au 2 avril 2012 et le chef de l'Etat a retiré le projet qu'il a envoyé en 2009.

Alors qu'on pensait le projet enterré, le Gouvernement a encore, par décret N° 2013-255 du 06 juin 2013, transmis à l'Assemblée nationale un projet de loi portant révision de la Constitution de la République du

66 Certaines organisations de la société civile, membres du réseau WANEP, se sont mobilisés pour sortir un « document de position de la société civile pour une révision concertée de la Constitution », document dans lequel, tout en opinant sur les réformes souhaitées par le Gouvernement, ils ont suggéré qu'il fallait attendre encore un an pour permettre des débats ouverts et constructifs de tous les acteurs possibles autour du projet avant sa programmation et son adoption par l'Assemblée nationale. Un groupe politique appelé « *Sursaut patriotique* » s'est quant à lui opposé à toute réforme de la Constitution. Le Président de l'ONG ALCRER a souhaité que le sujet ne revienne sur le tapis qu'après 2016 et le départ de l'actuel locataire du Palais de la Marina. Le professeur DJOGBENOU

Bénin. La grande curiosité dans ce processus est que le texte transmis s'est avéré une copie conforme de celui qui avait été transmis, puis retiré. Ces tentatives du président Boni YAYI se sont soldées par des échecs parce que les acteurs politiques ont eu le sentiment que la volonté de transparence et de compétence de départ avait laissé place à un certain unilatéralisme et à une baisse de transparence.

En avril 2017, sous le régime du président Patrice TALON, la première tentative de révision de la Constitution, fruit du travail de la Commission Joseph DJOGBENOU et résumant les promesses de réformes politiques du candidat TALON n'a pas pu obtenir le nombre de voix nécessaire pour la prise en considération (seulement 60 voix, alors qu'il en fallait 63, et 22 contre). Paradoxalement, c'est la limitation à un du mandat du président de la République qui était le point le plus contesté, y compris dans les rangs des partisans du président de la République. Sur plusieurs autres points, comme la création d'une Cour des comptes, les avis étaient plutôt favorables. En juillet 2018, une deuxième tentative, fruit d'une proposition introduite par 8 députés de la majorité présidentielle sur des points encore plus modestes que ceux de la tentative précédente et qui a franchi le cap de la prise en considération, n'a recueilli, à l'étape de l'adoption, que 62 voix sur les 67 nécessaires pour la valider (les quatre cinquièmes). Dix-neuf députés de l'opposition ont voté contre le texte et un s'est abstenu.

Le consensus n'a donc pu jamais été considéré comme retrouvé malgré les efforts plus ou moins importants faits par les initiateurs des projets de révision de la constitution, efforts de discussion, mais aussi, et surtout, efforts d'assurance que les fondamentaux, notamment, la limitation des mandats, ne seraient pas touchés.

a sorti un pamphlet sur les « dix raisons pour ne pas réviser la Constitution de la République du Bénin ». Un groupe politique « pour la révision de la Constitution » s'est aussi créé dans la foulée et a tenu à préciser qu'il était hostile à toute révision opportuniste du texte fondamental

Ce concept de consensus est finalement apparu aux yeux de certains, non plus comme une plus-value pour une meilleure révision de la constitution, mais, à certains égards, comme un obstacle quasi insurmontable dans toute ambition de révision de la constitution. Il a fini par être rétrogradé dans l'ordre des exigences pour une révision satisfaisante de la constitution.

B- Un processus juridiquement contesté

Théoriquement, comme toutes les constitutions modernes, la constitution béninoise du 11 décembre 1990 se veut rigide, c'est-à-dire prévoit des conditions de modification plus strictes, plus sévères et plus difficiles que celles prévues pour les lois ordinaires⁶⁷.

Cela n'a pas été considéré par le juge constitutionnel comme suffisant. Il a décidé ainsi d'ajouter des conditions supplémentaires.

Parmi ces conditions, il y a l'exigence du consensus. Si ce concept né sur des bases juridiques discutées (1) a tenu longtemps, il a fini par être relégué (2).

1- Des bases juridiques contestées

Par un vote, le 23 juin 2006, de 71 voix sur 83⁶⁸ les parlementaires béninois ont opéré ce qu'ils ont appelé une révision de la constitution.

Malgré un vote aussi écrasant en faveur de cette révision, l'opinion publique désapprouve et les journaux y vont chacun de sa formule pour exprimer sa désolation. Des recours tombent de tous côtés. Le Président de la République, six députés à l'Assemblée nationale, compétents à cet effet, mais aussi plusieurs personnes physiques

67 F. MODERNE, « La notion de révision de la Constitution », *A.I.J.C.*, XX-2004, Paris, *Economica*, 2005, p.427.

68 Alors qu'il en faut seulement 63 pour la prise en considération et 67 pour l'adoption définitive par voie parlementaire.

et morales⁶⁹ malgré la non- promulgation du texte⁷⁰, saisissent la Cour constitutionnelle pour lui demander de déclarer cette révision contraire à la constitution, dénonçant la confiscation du pouvoir ainsi que la violation de la souveraineté nationale ou des droits fondamentaux.

La Cour constate d'abord :« *que ce mandat de quatre (4) ans⁷¹, qui est une situation constitutionnellement établie, est le résultat du consensus national dégagé par la Conférence des Forces Vives de la Nation de février 1990 et consacré par la Constitution en son Préambule qui réaffirme l'opposition fondamentale du peuple béninois à ...la confiscation du pouvoir.* »

Elle poursuit ensuite en relevant que « *même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un Etat de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle ;* »

Elle tire enfin la conséquence selon laquelle « les articles 1 et 2 de la Loi constitutionnelle n° 2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle ainsi rappelé, sont contraires à la constitution ; *et sans qu'il soit besoin de statuer sur les*

69 Messieurs Irené Jean AHOSSI, Macaire AGBANTE, Serge Roberto PRINCE AGBODJAN, Romain Martin HOUNKPODOTE, Jules Victorien KOUGBLENOU, Zinsè Denis Louis AKPOUE, Frédéric Zinsou ALOWAKOU, Brice H. Serge MARIANO, Hilaire HOUNSA, Marius Thomas DAKPOGAN, Franck BASSA, Madame Félicienne KIKI épouse TAKPA, Monsieur Francis DODO, Président Fondateur du Cercle de Réflexions et d'Analyses Politiques (CRAP – BENIN), Monsieur Victor T. SOWANOU, Président Directeur Exécutif du Forum des Jeunes pour l'Eveil de la Société Civile du Bénin (FOJEC BENIN), "le Roi" ALIGBONON, Président de l'ONG les RECADES et Représentant du culte vodoun, Monsieur Jeannot ZOHOUN, Président du Mouvement des démocrates béninois (MDB).

70 Comptant certainement sur la possibilité de saisine d'office par laquelle la Cour peut décider, librement de connaître du fond de l'affaire malgré l'irrecevabilité des requêtes reçues.

71 Aux termes de l'article 80 de la Constitution du 11 décembre 1990, tel qu'en vigueur à l'époque des faits : « *Les députés sont élus au suffrage universel direct. La durée du mandat est de quatre ans. Ils sont rééligibles. Chaque député est le représentant de la nation toute entière et tout mandat impératif est nul* »

autres moyens ; ». En définitive, conclut la Cour, « *Toutes les dispositions de la loi constitutionnelle n° 2006-13 portant révision de l'article 80 de la Constitution du 11 décembre 1990 votée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006 sont contraires à la Constitution* »⁷².

Sur le terrain du droit comparé, que l'on prenne pour appui les droits et juges constitutionnels européens, ou qu'il s'agisse de s'inspirer des juges et cours africains⁷³, cette décision qui remet en cause le contenu matériel d'une loi constitutionnelle qui ne touche pas les dispositions intangibles, apparaît franchement osée⁷⁴.

Saluée par les uns⁷⁵, critiquée par les autres⁷⁶, cette position du juge constitutionnel béninois manque de fondements juridiques incontestables.

Il faut bien préciser qu'elle n'est pas une hérésie juridique. La création du consensus, « *principe à valeur constitutionnelle qui n'est à aucun moment évoqué dans le texte constitutionnel* »⁷⁷, qu'on pourrait

72 DCC 06-074, *Recueil des décisions et avis* 2006, p. 365 à 391.

73 S. BOLLE, « Le contrôle prétorien de la révision au Mali et au Tchad : un mirage ? », *R.B.S.J.A.*, n° 17, pp.

74 Cf. S. BOLLE, « Le pouvoir de révision peut-il tout faire ? », in « <http://www.la-constitution-en-afrique.org/article-17766245.htm> », consulté le 17 janvier 2020.

75 A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *AJP/PJA5/2011*, p. 629 ; Même auteur, « Commentaires sous Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006 », in *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, pp. 118-125 ; I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de droit*, N° 1, Juin 2011, p. 45-65 ; T. ONDO « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RDIDC*, 2009, n° 1, pp. 104-138 ; B. COULIBALEY, « La neutralisation du parlement constituant (à propos de la décision^o DCC 06-074 du 8 juillet 2006 de la Cour constitutionnelle du Bénin), in *RDP*, 2009, N°5, Sept-Oct. 2009, p.1493.

76 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 334-337 ; I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de droit*, N° 1, Juin 2011, p. 55-59 ; et s'agissant de l'utilisation des normes supraconstitutionnelles par le juge constitutionnel, D. KOKOROKO et A. KPODAR, « Controverse doctrinale : La Cour constitutionnelle du Bénin peut-elle soumettre aux options fondamentales de la Conférence nationale le peuple dans l'exercice de son pouvoir de révision ? Commentaires croisés de la décision DCC 11-067 du 20 octobre 2011 », in *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, pp. 699-728 ; D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle béninoise en fait-elle trop ? », in F.J. AIVO (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. 687-715.

77 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 336.

« déduire non point de dispositions du corps du texte constitutionnel, mais de l'esprit des considérants du préambule »⁷⁸, et en faisant une condition nécessaire à remplir pour réviser la constitution, le juge constitutionnel béninois participe à la création de ce qui a été appelé par certains la « supra-constitutionnalité », c'est-à-dire « l'existence d'un ensemble de règles de droit positif d'un rang plus élevé que la constitution, dont le contenu s'imposerait au constituant et dont une autorité pourrait assurer le respect »⁷⁹.

Elle constitue une « notion généreuse et génératrice de principes et valeurs philosophiques »⁸⁰ qui engloberait « le droit naturel et le droit coutumier, droits qui par ailleurs s'imposeraient à l'ensemble de l'ordre juridique »⁸¹. Pour Léon DUGUIT, il s'agit de « principes supérieurs que doivent respecter le législateur constituant comme le législateur ordinaire. »⁸². Le recours à ces normes dans le contrôle de constitutionnalité des lois de révision de la constitution peut se faire en opérant un classement à trois étages⁸³. Le premier est occupé par les juridictions française et sénégalaise qui se déclarent incompétentes pour apprécier la conformité à la constitution d'une loi de révision de la constitution. Le deuxième étage est occupé par les juridictions allemande, canadienne et turque qui se fondent sur des règles constitutionnelles écrites pour contrôler les lois de révision de la constitution. Au troisième étage se situe la cour constitutionnelle italienne qui étend ses normes de référence en matière de contrôle de constitutionnalité des lois de révision à des

78 A. SOMA, « Commentaires sous Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006 », in *ABJC, Revue de contentieux constitutionnel*, I-2013, p. 125.

79 J-P. CAMBY, « Supra-constitutionnalité : la fin d'un mythe », *RDP*, n° 3, 2003, p. 671.

80 S. GOUIA, « La problématique de la supra-constitutionnalité », R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 83-119, spécialement ici, p. 83.

81 Ibid.

82 L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 1928, 3ème édition, Paris, Hachette, 2008, pp. 603-604.

83 I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de droit*, N° 1, Juin 2011, p. 58.

principes qui, « *bien que n'étant pas expressément mentionnés parmi ceux ne pouvant être assujettis à une procédure de révision constitutionnelle, appartiennent à l'essence des valeurs suprêmes sur lesquelles se fonde la Constitution italienne* »⁸⁴. C'est à ce troisième étage que la Cour constitutionnelle du Bénin s'est installée en 2006. Le problème est que cet étage n'est pas occupé par grand monde parce que le concept de supra-constitutionnalité suscite un grand malaise. Il pose une interrogation grave qui tente de remettre en cause à la fois le principe de la hiérarchie des normes cher à Hans KELSEN et le principe de souveraineté lui-même : « *Les lois constitutionnelles adoptées par le pouvoir constituant peuvent-elles se voir imposer des normes supraconstitutionnelles nationales ?* »⁸⁵. Pour le doyen Georges VEDEL, « *il n'y a aucun inconvénient, sinon pour la clarté du langage, à nommer supra-constitutionnelles des normes de caractère éthique ou des principes faisant partie d'un crédo politique* »⁸⁶, mais il est très hasardeux d'attribuer à ces normes la nature de règle de droit. Il s'agirait alors, selon lui, d'une « *perversion latente de la logique juridique* » car le juge constitutionnel n'aurait plus aucune limite dans la découverte de pareilles normes, limitant à sa guise le pouvoir constituant alors même qu'il n'existe aucun fondement ni aucune source qui fonde l'existence dans l'ordre juridique positif – interne – des normes supérieures à la Constitution⁸⁷. Pour le juriste, précise CARRE DE MALBERG, « *il n'y a pas à rechercher de principes constitutionnels en dehors des constitutions positives (...) Au-delà de la Constitution,*

84 M. LUCIANO, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », in *AJC*, 1990, p. 170 ; T. GROPPi et Ch. MEOLI, « Limites de la révision constitutionnelle », in P. BON et D. MAUS, *Les grandes décisions des cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 76-78.

85 S. GOUIA, « La problématique de la supra-constitutionnalité », in R. BEN ACHOUR (dir.), *Le droit constitutionnel normatif. Développements récents*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 104.

86 G. VEDEL, « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, La souveraineté, n° 67, 1993, p. 80.

87 Ibid.

il ne subsiste que le fait »⁸⁸. Les positivistes contemporains ajoutent qu'il est « *conceptuellement impossible* » que « *le même système ait une constitution formelle et quelque chose au-dessus d'elle* »⁸⁹. Pour toutes ces raisons, malgré les lauriers que dressaient certains auteurs à la position du juge constitutionnel béninois qui avait réussi à empêcher des gouvernants- en l'occurrence ici des parlementaires- de se maintenir au pouvoir par une révision qui illustre de leur part, une ruse quasi unilatérale, n'ayant obtenu ni l'accord des citoyens, ni celui du deuxième organe disposant du droit d'initiative en matière de révision de la constitution à savoir l'Exécutif, certains auteurs ont désapprouvé cette approche. Pour le professeur Luc SINDJOUN, le consensus dont parle le juge constitutionnel béninois dans sa décision de 2006 n'a « *jamais existé : la Conférence nationale Souveraine du Bénin fut marquée par un rapport de forces, par la prépondérance des opposants au régime du président Mathieu KEREKOU (...) c'est un vote clair et distinct d'une majorité qui est à l'origine de l'adoption de la Constitution du Bénin. Dans ce contexte, le "consensus national" avancé par le juge constitutionnel est une dissimulation des divisions et des luttes qui se sont exprimées autour de la Constitution* »⁹⁰. Chez cet auteur, la critique est donc d'abord factuelle. Mais elle est aussi et surtout juridique. Alors que, fait -il constater, le juge constitutionnel français évite de fonder le contrôle de constitutionnalité sur des principes à valeur constitutionnelle, le juge constitutionnel béninois, « *en censurant une loi constitutionnelle pour non-respect des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution, (...) n'est plus seulement le gardien de la Constitution, car il s'écarte délibérément de la lettre et de l'esprit des modalités expresses de révision de la Constitution* »⁹¹, il va jusqu'à se situer « *au-dessus de la*

88 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920 et 1922, Tome 2, réimpr. CNRS, 1962, pp. 499 et s.

89 L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, 16^{ème} édition, Paris, Dalloz, 2014, p. 95.

90 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 335.

91 Ibid., p. 336.

Constitution »⁹². Il semble que c'est à cause de ces critiques que la Cour constitutionnelle béninoise est revenue sur sa jurisprudence de 2006.

2- Un concept relégué

Depuis la décision de 2006, le consensus national qui est né sans aucun fondement textuel a connu une sorte de promotion au niveau international, plus précisément au niveau régional africain. C'est ainsi que l'article 10.2 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la Gouvernance du 30 janvier 2007 à laquelle le Bénin est partie, dispose :

*« Les Etats parties doivent s'assurer que le processus d'amendement ou de révision de leur Constitution repose sur un **consensus national** comportant, le cas échéant, le recours au référendum. »*⁹³.

92 Ibid., p. 337.

93 S'inspirant de ces principes juridiques, et après avoir mené des études de recherche-action dans plusieurs pays africains, les participants au séminaire sur le thème : «Constitutionnalisme et révisions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest francophone» organisé à Ouagadougou les 10 et 11 novembre 2008 par le Centre pour la Gouvernance Démocratique, ont adopté un **Code de bonne conduite en matière de révision constitutionnelle en Afrique**. Dans ce document, certaines valeurs clés ont été énoncées. Il convient de les rappeler ici :

Valeur n°1 : Consolidation de la démocratie, de l'Etat de Droit et des droits de la personne humaine et renforcement des institutions démocratiques

Toute révision constitutionnelle doit contribuer au renforcement du processus démocratique et à la promotion des droits et libertés fondamentaux des citoyens.

Valeur n°2 : Promotion de la paix et de la cohésion sociale

Toute révision constitutionnelle doit contribuer au renforcement de la paix et de la cohésion sociale. Il faut, par conséquent, éviter toute initiative de révision constitutionnelle inopportune et/ou susceptible d'engendrer l'instabilité ou de mettre à mal la paix et la cohésion sociale.

Valeur n°3 : Primauté de l'intérêt général et nécessité de refléter la volonté du peuple

Toute révision constitutionnelle doit être guidée par le respect de l'intérêt général et la prise en compte de la volonté du peuple. Il faut, par conséquent, éviter toute initiative de révision constitutionnelle qui ne reflète que l'intérêt des acteurs politiques animateurs des institutions de la République.

Valeur n°4 : Large participation et inclusivité

Le processus de toute révision constitutionnelle doit inclure la consultation et la participation de tous les acteurs-clés que sont par exemple l'ensemble des parlementaires, les élus locaux, les partis politiques, les organisations de la société civile intervenant dans le domaine des droits de l'Homme ou de la démocratie, les associations professionnelles, le secteur privé, autant d'acteurs dont la contribution devrait être pertinente.

Valeur n°5 : Nécessité de respecter les engagements régionaux et internationaux

Le processus de révision constitutionnelle doit offrir des garanties par rapport au respect des engagements du pays vis-à-vis des institutions régionales et/ou internationales.

Valeur n°6 : Nécessité de transparence et de reddition de compte durant tout le processus

Même si l'exigence de consensus dans le processus de révision de la constitution pour les Etats - parties à la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance est de niveau conventionnel et non constitutionnel, on ne peut plus dire que le droit écrit ou textuel en général ignore le « *consensus* » et qu'il serait un objet juridique non identifié, fruit de l'inspiration – arbitraire et suspecte- du juge.

La question n'est donc plus de savoir si le consensus est un concept juridique en matière de révision de la constitution, mais plutôt quelle est sa place dans la hiérarchie des normes de référence du juge constitutionnel. Si on a pu reprocher au juge constitutionnel béninois de s'être affranchi « *des conditions substantielles de validation ou d'invalidation de la révision de la Constitution telles que limitativement fixées par (...) la Constitution* »⁹⁴, il s'agit aujourd'hui de se demander quels rapports entretiennent ces conditions substantielles – *expresses, écrites et de niveau constitutionnel*- avec le « *consensus national* », exigence à la supra-constitutionnalité discutée mais à la conventionnalité certaine.

L'article 147 de la Constitution donne une première réponse : « *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* ». Nul doute qu'il s'agit là de supériorité à la loi ordinaire et non à la constitution elle-même⁹⁵. Sous ce rapport, le « *consensus national* » prévu à l'article 10.2 de la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance du 30 janvier 2007 n'est donc pas supérieur aux

Le processus de toute révision constitutionnelle doit offrir des garanties par rapport à la transparence et à la reddition des comptes à chacune des étapes qui le composent.

94 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 334- 335.

95 J. ADELOUI, « La Cour constitutionnelle et les normes d'origine externe », *Revue Constitution et Consolidation (RCC)*, 2019, n° 00, pp. 33-35.

« *conditions substantielles de validation ou d'invalidation de la révision de la Constitution telles que limitativement fixées par (...) la Constitution* »⁹⁶.

En dehors de cette place infra constitutionnelle de l'exigence *textuelle et conventionnelle* (Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de 2007) de consensus, son exigence *prétorienne* (DCC 06-074 du 8 juillet 2006), de rang constitutionnel, se trouve à la fois relativisée et reléguée.

La relativisation du « *consensus* » intervient dès 2010. Dans sa décision DCC 10-049 du 5 avril 2010 intervenue en matière électorale, la Cour constitutionnelle béninoise affirme que « *le consensus, loin de signifier l'unanimité, est d'abord un processus de choix ou de décision sans passer par le vote ; (...) il permet, sur une question donnée, de dégager par une voie appropriée, la solution satisfaisant le plus grand nombre de personnes ; (...) le consensus doit autant que possible être constamment recherché sans pour autant constituer une source de ralentissement excessif, de blocage ou de perversion d'un processus...* ».

La relégation, quant à elle, intervient en 2018. Le 07 juin 2018, la Cour est saisie d'une requête par laquelle Monsieur Cédric Kokou OBO dénonce le fait que des réflexions et démarches seraient en cours avec pour objet, entre autres, la révision de la constitution au Parlement pour y renforcer la présence des femmes ou instaurer la Cour des comptes, alors que, selon lui, « *une telle réforme ne saurait aboutir sans un consensus national que la Cour constitutionnelle a déclaré de valeur constitutionnelle* ». Par décision DCC 18-126 du 21 juin 2018, la haute juridiction constitutionnelle béninoise a répondu que « *la nature représentative et le caractère majoritaire constituent un impératif constitutionnel de la démocratie béninoise*

96 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 334- 335.

dont le consensus, qui en demeure l'un des idéaux politiques, ne saurait en constituer un obstacle dirimant ». Autrement dit, rien, en tout cas pas le consensus, ne peut être au-dessus de la « *nature représentative* » et du « *caractère majoritaire* » de la démocratie béninoise. Au visa de cette décision, la Cour se fonde sur des dispositions expresses de la constitution. Elle cite les articles 2, 3, 4, 5, ensemble avec les articles 117 alinéa 1, 122, 154, 155 et 156 de la constitution.

Cela signifie d'abord que « *la République du Bénin est (...) démocratique* » (article 2), que « *la souveraineté nationale [qui] appartient au peuple (...) s'exerce conformément à la ... Constitution* » (article 3). Cela signifie ensuite que « *le Peuple exerce sa souveraineté par ses représentants élus et par voie de référendum* » (article 4). Cela signifie enfin que l'exercice de la souveraineté « *conformément à la ... Constitution* » (article 4) passe, en matière de révision de la constitution, par une mise en œuvre *impérative* des articles 154, 155 et 156 de la constitution aux termes desquels la révision, notamment son adoption définitive, peut avoir lieu, soit par le peuple lui-même directement, soit par les représentants du peuple que sont les parlementaires (« *nature représentative* » de la démocratie béninoise), à des majorités fixées par le constituant lui-même (« *caractère majoritaire* » de la démocratie béninoise).

Dans ces conditions, le consensus « *doit autant que possible être constamment recherché sans pour autant constituer une source de ralentissement excessif, de blocage ou de perversion d'un processus* » (DCC 10-049 du 5 avril 2010). Il n'est donc, en fin de compte, que « *l'un des idéaux politiques* » de la démocratie béninoise dont l'absence « *ne saurait ... constituer un obstacle dirimant* » (DCC 18-126 du 21 juin 2018) à un processus de révision de la Constitution réalisé en tenant compte « *des conditions substantielles*

de validation ou d'invalidation de la révision de la Constitution telles que limitativement fixées par (...) la Constitution »⁹⁷.

Sur le fondement de tout ce qui précède, la Cour constitutionnelle, saisie par le président de la République pour contrôle de conformité de la constitution, de la loi n°2019-40 portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin adoptée par l'Assemblée nationale en sa séance du 31 octobre 2019, a précisé « *que pour examiner la conformité à la Constitution de la loi de révision, la Haute juridiction procède (...) d'une part, au contrôle du respect par l'Assemblée nationale de la procédure de révision conformément aux articles 154 et 155 de la Constitution et d'autre part, au contrôle du respect par la représentation nationale des dispositions énoncées à l'article 156 de la Constitution* ». Ayant constaté que toutes les conditions exigées par ces dispositions écrites et expresses de la constitution ont été respectées en l'espèce, la Cour a conclu que « *la loi n°2019-40 portant révision de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin est conforme à la Constitution* »⁹⁸.

Ce refus d'un durcissement excessif du processus de révision de la Constitution, ne signifie pas pour autant que le processus doit être affaibli.

II- L'affaiblissement politique des règles de révision

Lorsque des acteurs politiques recourent à une disposition générale et ordinaire de la constitution ou d'un texte quasi constitutionnel (Règlement intérieur de l'Assemblée nationale) dans le cadre de la procédure de révision de la constitution, ils affaiblissent sans doute la rigidité voulue par le constituant originaire, même s'ils ne violent formellement ou littéralement aucun texte.

97 L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 334- 335.

98 DCC 19-504 du 6 novembre 2019.

S'il est donc possible de retenir que la lettre des dispositions en cause propose aux acteurs politiques la démarche empruntée, il n'en reste pas moins que l'esprit de la rigidité normalement attaché à la révision de la constitution, texte suprême et normalement le plus stable de l'ordre juridique, s'oppose, en principe, à cette approche. En somme, la lettre propose (A), mais l'esprit s'oppose (B).

A- La lettre propose

L'adage « *Specialia generalibus derogant* » signifie qu'entre deux normes contradictoires d'égale valeur, sera appliquée la norme spéciale et non la norme générale⁹⁹. Il sera établi ici que si effectivement des normes générales cohabitent avec des normes spéciales -ou spécifiques - en matière d'adoption des lois, y compris celles de révision de la Constitution au Bénin (1), il est techniquement permis de recourir aux dispositions d'adoption des lois en général lorsque, sur un aspect particulier de la procédure de révision (exclusivement) parlementaire de la constitution, les dispositions spéciales en matière de procédure de révision de la constitution sont restées muettes (2).

1- La coexistence de normes générales et de normes spéciales

Une norme générale est « *celle qui (...) régit toutes les situations dans une matière donnée* »¹⁰⁰ pendant que les normes spéciales ont pour objet les « *dispositions particulières à certaines situations, qui dérogent à la loi générale et lui font exception* »¹⁰¹.

Comparativement aux lois générales, les lois spéciales « *ne régissent qu'une fraction de l'objet de la loi générale et se*

99 X. MAGNON, *Théorie (s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, p. 119 ; J. HILAIRE, *Adages et Maximes du droit français*, Paris, Dalloz, p. 185 ; S. GOLTZBERG, *100 principes juridiques*, Paris, PUF, pp. 106 et 107 ; J-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, pp. 189-194.

100 J-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 191.

101 Ibid.

cumulent avec elle »¹⁰². Autrement dit, « *les lois spéciales édictent des règles particulières à une série de cas déterminés relevant par ailleurs de la loi générale* »¹⁰³. Il y a donc entre loi générale et loi spéciale « *un rapport d'espèce à genre* »¹⁰⁴.

La loi, dans un sens très large est « *toute norme ou système de normes d'ordre juridique ou extra juridique* »¹⁰⁵. Dans un sens large ou matériel, elle signifie « *règle de droit écrit* »¹⁰⁶, « *toute disposition de caractère général, abstrait et permanent* »¹⁰⁷, tout « *acte de portée générale pris par une autorité étatique compétente pour régir une situation* »¹⁰⁸.

Ce n'est que dans un sens restreint ou organico-formel, celui retenu en droit constitutionnel, que la loi signifie « *texte voté par le Parlement* »¹⁰⁹ dans un domaine bien précisé par la constitution et qui s'oppose au règlement. En ce sens, la constitution béninoise du 11 décembre 1990 consacre un titre entier, le titre IV, au « *pouvoir législatif* ». Ce titre commence par l'article 79 et s'achève à l'article 113. L'article 96 qui est logé dans ce titre confirme ainsi que « *l'Assemblée nationale vote la loi ...* ». En lisant attentivement tout le titre, on se rend compte qu'il y est évoqué aussi bien « *la loi* »¹¹⁰, « *les lois auxquelles la présente Constitution confère le caractère de lois organiques* »¹¹¹ et « *les lois de finances* »¹¹².

L'article 108 de la constitution, logé dans le même titre, évoque enfin « *un vote à la majorité des trois quarts* » pour « *décider de soumettre*

102 Ibid.

103 Ibid.

104 Ibid.

105 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 10ème édition, Paris, PUF, 2014, p. 623.

106 Ibid.

107 Ibid.

108 Y.S. LATH, *Introduction générale à l'étude du droit*, Abidjan, ABC, 2018, p. 47.

109 G. CORNU, Ibid.

110 Articles 96 et 97 notamment.

111 Article 97.

112 Article 99.

toute question au référendum ». Plusieurs lois sont donc évoquées dans ce titre relatif au « *pouvoir législatif* ».

Mais, même au-delà de ce titre, la constitution évoque encore d'autres « *lois* ». Ainsi, à l'article 145, logé dans le titre IX, « *des traités et accords internationaux* », il est précisé que « *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, ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi.* ». On peut observer qu'il s'agit là des lois d'autorisation de ratification.

Enfin, dans le titre XI consacré à la « *révision* », il est évoqué un « *projet ou ... proposition* » de révision de la Constitution qui doit être voté par le Parlement à certaines majorités qualifiées, d'abord pour une prise en considération, ensuite, pour une adoption définitive par voie parlementaire si c'est ce choix qui est fait. Il faut préciser ici qu'il s'agit des lois de révision de la Constitution.

Le Règlement intérieur de l'Assemblée nationale met un peu d'ordre dans cette diversité de « *lois* » en consacrant dans son titre III sur les « *procédures législatives* », un chapitre I, très détaillé, à la « *procédure législative ordinaire* », un chapitre II, relativement *modeste*, à la « *procédure relative aux lois de finances* » et un chapitre III aux « *procédures législatives spéciales* ». Dans ce dernier chapitre, des sections, aussi *brèves* les unes que les autres, sont consacrées respectivement au « *référendum* », à la « *révision de la Constitution* », à la « *procédure de discussion des lois organiques* » et aux « *traités et accords internationaux* ».

Dans la matière des « *procédures législatives* », il n'y a aucune difficulté à distinguer, d'une part, la loi générale, « *la procédure législative ordinaire* », d'autre part, les lois spéciales, c'est-à-dire la « *procédure relative aux lois de finances* » et les « *procédures législatives spéciales* » que sont le « *référendum* », la « *révision de la*

Constitution », la « *procédure de discussion des lois organiques* » et, enfin, la procédure propre aux « *traités et accords internationaux* ».

S'agissant en particulier de la question de la procédure de révision de la constitution, la Cour constitutionnelle, dans sa décision DCC 13-124 du 12 septembre 2013, en constatant que « la Constitution du 11 décembre 1990 consacre son Titre IV au pouvoir législatif tandis que le pouvoir constituant dérivé, c'est-à-dire la révision de la Constitution relève du Titre XI de la Constitution », a confirmé que « *la Constitution soumet sa révision à une procédure spéciale, nécessairement différente de celle qui s'applique pour l'adoption et la modification des autres normes juridiques, à savoir, la loi et les règlements* ». On peut donc constater qu'en droit positif béninois, en matière d'adoption des lois, il existe des règles générales et des règles spéciales parmi lesquelles les règles relatives à la procédure de révision de la Constitution.

Ce constat a autorisé la Cour constitutionnelle à appliquer l'adage « *Specialia generalibus derogant* » en matière de révision de la constitution. Sur le sujet et s'agissant précisément de la question de l'initiative de la révision, la haute juridiction a eu à tirer les conséquences juridiques du fait que l'obligation de consulter la Cour suprême avant transmission des projets de loi à l'Assemblée nationale¹¹³ n'est pas prévue dans le titre de la constitution relatif à la révision de la constitution. Elle a ainsi affirmé « *que si sa jurisprudence constante subordonne l'initiative du Président de la République à l'avis préalable et obligatoire de la Cour Suprême pour la mise en œuvre du pouvoir législatif conformément à l'article 105 de la Constitution, il en va autrement de l'initiative du Président de la République en matière de révision de la Constitution qui relève exclusivement de l'article 154 de la Constitution ; (...)/l'article 154*

113 Article 154 de la Constitution : « *L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République, après décision prise en Conseil des Ministres et aux membres de l'Assemblée Nationale.* ».

subordonne la validité de l'initiative du Président de la République en matière de révision de la Constitution à la seule et suffisante délibération du Conseil des Ministres ...»¹¹⁴. La loi générale relative à la procédure applicable à l'adoption de toutes les lois et la loi spéciale relative à procédure d'adoption des seules lois de révision de la constitution ont, toutes les deux, prévu des dispositions relatives à l'initiative des lois. Vu qu'est en cause ici l'initiative d'un projet de loi de révision de la constitution, la Cour constitutionnelle a décidé que les dispositions spéciales relatives à l'initiative de la loi de révision de la Constitution s'appliquent en dérogation à celles, générales, portant sur le même objet s'agissant de toutes sortes de lois. Mais que doit-on faire quand le texte spécial est resté muet sur un objet pendant que le texte général l'évoque ? Tel semble être le cas du recours à la procédure d'urgence. La réponse scientifique que l'on peut donner à cette question est qu'il faut recourir à la norme générale.

2- L'applicabilité de la norme générale

Une des objections faite à la régularité d'une procédure de révision de la constitution dans laquelle il a été fait recours à la procédure d'urgence est de considérer que cette procédure (de révision) est viciée du fait que la procédure (d'urgence) n'est connue que dans le cadre du titre IV de la Constitution et du chapitre I du titre III du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale relatif à la « *procédure législative ordinaire* » et n'apparaît nulle part dans le chapitre III du même titre du même Règlement intérieur relatif aux « *procédures législatives spéciales* », en particulier dans les deux articles de la section 2 de ce chapitre consacrés à la « *révision de la Constitution* ».

114 DCC 13-124 du 12 septembre 2013. La Cour avait alors conclu que « ... dans le cas d'espèce, il ressort des éléments du dossier, notamment de la réponse du Secrétaire Général du Gouvernement à la mesure d'instruction de la Haute Juridiction, que le projet de loi portant révision de la Constitution de la République du Bénin a été délibéré en Conseil des Ministres avant d'être transmis à l'Assemblée Nationale par le Décret n° 2013-255 du 06 juin 2013 ; ...il s'ensuit que le décret querellé n'est pas contraire à la Constitution »

S'il est vrai que la procédure d'urgence n'est pas évoquée dans les parties de texte consacrées expressément à la révision de la constitution, la conclusion tirée, à savoir que cette voie est inopérante pour la révision de la constitution du seul fait d'être logée dans la partie du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale réservée à la procédure législative ordinaire, est pour le moins discutable - en tout cas en droit-. Ce n'est ni plus ni moins qu'une mauvaise compréhension de l'adage « *Specialia generalibus derogant* » qui signifie, comme rappelé plus haut, qu'entre deux normes contradictoires d'égale valeur, sera appliquée la norme spéciale et non la norme générale.

La question juridique qui vient à l'esprit est de savoir si du fait de l'existence de règles spéciales sur une matière, les dispositions de la règle générale continuent à s'appliquer à des situations données de cette matière quand les dispositions spécifiques n'ont rien prévu sur lesdites situations.

En droit international public, en considérant les droits de l'homme comme la loi générale et le droit humanitaire comme la loi spéciale, on a pu se demander « *si le droit international des droits de l'homme, applicable en dehors d'un conflit, continue de s'appliquer en cas de guerre* »¹¹⁵ ou, dit autrement, si « *les droits de l'homme s'effacent dès lors que le conflit armé est établi et que se substitue à leur application celle du droit humanitaire* »¹¹⁶.

La Cour internationale de Justice, dans son avis sur l'édification d'un mur en Palestine ¹¹⁷ a répondu que « *de manière (...) générale, (...) la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de*

115 J-L ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. LE FLOCH, A. de NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018, p. 527.

116 Ibid.

117 CIJ, 9 juill. 2004 (avis), *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, RGDIP, 2004,1017-1036, obs. de Ph. WECKEL, ou, J-L ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. LE FLOCH, A. de NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 515-529.

clauses dérogatoires ... »¹¹⁸. Elle poursuit, « dans les rapports entre droit international humanitaire et droits de l'homme, trois situations peuvent dès lors se présenter : certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent à la fois relever de ces deux branches du droit international. »¹¹⁹.

Cela veut dire concrètement qu'en présence d'une norme générale et d'une norme spéciale sur une matière donnée, une confrontation s'impose pour vérifier d'abord si l'application des deux règles dans une situation particulière de cette matière va aboutir à des « *résultats divergents* »¹²⁰ avant de « *rendre nécessaire l'octroi de la priorité* »¹²¹ à une norme sur une autre. L'application de la norme spéciale n'est donc pas « *systématiquement prioritaire* »¹²².

En fait, pour appliquer l'adage « *Specialia generalibus derogant* », il faudrait, cumulativement, que :

- la norme générale et la norme spéciale aient une égale valeur ;
- la norme générale et norme spéciale portent sur la même matière ;
- la norme générale et la norme spéciale encadrent la même situation dans la matière concernée ;
- la norme générale et la norme spéciale se contredisent dans l'encadrement de la situation considérée.

Pour parler de contradiction, et par suite, d'irrégularité, il faudrait déjà que les deux normes portent sur le même objet. En la présente matière, la norme spéciale, c'est-à-dire celle relative à la procédure de révision de la constitution, porte -et peut précisément, dans cette mesure, être considérée comme spéciale, donc dérogatoire - sur les points de l'initiative de la révision et la majorité requise pour

118 Ibid.

119 Ibid.

120 J-L ITEN, R. BISMUTH, C. CREPET DAIGREMONT, G. LE FLOCH, A. de NANTEUIL, *Les grandes décisions de la jurisprudence internationale*, Paris, Dalloz, 2018, p. 528.

121 Ibid.

122 Ibid.

sa prise en considération¹²³, ceux des modes d'adoption définitive de la révision et la majorité qualifiée requise quand cette adoption définitive est acquise par voie parlementaire¹²⁴ et, enfin, ceux relatifs aux moments et sujets n'autorisant pas de révision de la Constitution¹²⁵.

Il s'agit là des situations particulières de la matière de procédure de révision de la Constitution par rapport à la procédure législative ordinaire qui, elle aussi, encadre ces mêmes situations pour l'adoption des lois ordinaires¹²⁶. Il apparaît ainsi en l'espèce que « *les lois spéciales édictent des règles particulières à une série de cas déterminés relevant par ailleurs de la loi générale* »¹²⁷. Sur tous ces

123 Article 154 de la Constitution : « *L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République, après décision prise en Conseil des Ministres et aux membres de l'Assemblée Nationale.* » ;

Voir aussi article 99.1 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui ne fait que renvoyer à cet article : « *Les projets et propositions de lois portant révision de la Constitution sont examinés, discutés et votés dans les conditions fixées aux articles 154 et 155 de la Constitution* ».

124 Article 155 de la Constitution : « *La révision n'est acquise qu'après avoir été approuvée par référendum, sauf si le projet ou la proposition en cause a été approuvée à la majorité des quatre cinquièmes des membres composant l'Assemblée nationale.* » ;

Voir aussi article 99.1 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui ne fait que renvoyer à cet article : « *Les projets et propositions de lois portant révision de la Constitution sont examinés, discutés et votés dans les conditions fixées aux articles 154 et 155 de la Constitution* ».

125 Article 156 de la Constitution :

« *Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire.*

La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision » ;

Voir aussi article 99.2 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale qui ne fait que répéter cet article :

« *En tout état de cause, et conformément aux dispositions de l'article 156 de la Constitution, le projet ou la proposition de révision est irrecevable lorsqu'il y est porté atteinte à l'intégrité du territoire, à la forme républicaine ou à la laïcité de l'Etat.* ».

126 En ce sens, par exemple, l'article 105 de la Constitution dispose que :

« *L'initiative des lois appartient concurremment au président de la République et aux membres de l'Assemblée Nationale.*

Les projets de loi sont délibérés en Conseil des Ministres, après avis motivé de la Cour Suprême saisie conformément à l'article 132 de la présente Constitution et déposés sur le Bureau de l'Assemblée Nationale.

Les projets et propositions de loi sont envoyés avant délibération en séance plénière, à la commission compétente de l'Assemblée Nationale pour examen. (...) ».

Quant à l'article 106 de la même constitution, elle dispose :

« *La discussion des projets de loi porte sur le texte présenté par la commission. Celle-ci, à la demande du Gouvernement, doit porter à la connaissance de l'Assemblée Nationale les points sur lesquels il y a désaccord avec le Gouvernement.* »

Enfin, l'article 97 de la Constitution dispose que : « *la loi est votée par l'Assemblée nationale à la majorité simple.* (...) ».

127 J-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001, p. 191.

points, toute contradiction entre norme générale et norme spéciale devrait entraîner une nécessaire priorité de la loi spéciale, donc une sage application de l'adage « *Specialia generalibus derogant* ».

A l'opposé, plusieurs autres aspects de la procédure d'adoption des lois n'ont pas été abordés dans les règles spécifiques de révision de la constitution. Nulle trace dans les normes spéciales de révision de la constitution des détails sur les conditions de délai de dépôt, de retrait ou de reprise des projets ou propositions de loi, sur les conséquences d'une décision de rejet de l'Assemblée nationale, sur la discussion législative proprement dite, c'est-à-dire la possibilité de recours ou non à la procédure d'urgence, et le cas échéant, ses modalités d'exercice, sur la discussion en commission, sur les modalités d'inscription du sujet à l'ordre du jour de l'Assemblée, sur les discussions en séance plénière, notamment la recevabilité des amendements et leur discussion, ou encore, sur la possibilité pour le président de la République de demander une seconde lecture, toutes ces questions étant réglées *en détail* aux articles 74 à 92 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale, tous consacrés à la « *procédure législative ordinaire* ».

Il a été démontré plus haut qu'il y a toujours une possibilité d'utiliser des normes générales pour régler une situation spéciale en cas de silence de la norme spéciale sur un point donné. Le fait qu'il y ait, d'une part, silence de la norme spéciale sur le point ou la situation en question, d'autre part, encadrement par la norme générale de la même situation, empêche toute contradiction entre les deux normes dans l'encadrement juridique de cette situation. En l'absence de précisions apportées par la loi spéciale sur la question, donc en l'absence de toute possibilité de contradictions sur ce point, le recours à la norme générale, qui, elle, prévoit des règles d'encadrement de la situation, est ainsi possible pour régler la situation en cause.

Sur toutes les questions où le constituant et le Règlement intérieur n'ont rien prévu de spécifique en matière de procédure de révision de la constitution, il est alors normal que les députés, confrontés à ces questions, puisent, dans leur Règlement intérieur, les réponses générales applicables à toute loi, y compris les lois de révision de la Constitution.

Si le constituant originaire ne voulait pas qu'il en soit ainsi, il aurait dû, comme il l'a expressément fait pour les lois organiques, prévoir un régime spécial et détaillé d'adoption. Effectivement, l'article 97 de la Constitution dispose, sans ambiguïté, et avec précisions, que *« la loi est votée par l'Assemblée nationale à la majorité simple. Cependant, les lois auxquelles la présente Constitution confère le caractère de lois organiques sont votées et modifiées dans les conditions suivantes :*

- *la proposition ou le projet n'est soumis à la délibération et au vote de l'Assemblée qu'après l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt sur le Bureau de l'Assemblée ;*
- *le texte ne peut être adopté qu'à la majorité absolue des membres composant l'Assemblée;*
- *Les lois organiques ne peuvent être promulguées qu'après déclaration par la Cour Constitutionnelle de leur conformité à la Constitution. ... ».*

Au regard de ce qui précède, on constate que l'absence de contraintes de délais dans la procédure de révision de la constitution béninoise résulte tout simplement d'une omission du constituant originaire qu'il convient de corriger car l'esprit de tout processus de révision constitutionnelle en contexte de rigidité est que les formes prescrites pour modifier le texte constitutionnel ne devraient pas être les mêmes que celles utilisées pour adopter ou modifier les lois ordinaires.

B- L'esprit s'oppose

Alors que dans l'esprit de rigidité accolé aux constitutions écrites en droit comparé l'exigence de délais en matière de révision de la constitution est bien connue et devrait donc être de mise (1), il semble que c'est une omission du constituant originaire béninois de 1990 qui est à l'origine du paradoxe constaté. Cette situation doit être corrigée (2).

1- Le standard est l'exigence de délais

Pour Philippe LAUVAUX, « *la stabilité [de la Constitution] est garantie par les règles particulières concernant la procédure de révision, notamment quant aux majorités et aux délais, que celles qui s'imposent au législateur ordinaire* »¹²⁸. En droit constitutionnel comparé en effet, l'exigence de majorités qualifiées imposées aux parlementaires – à défaut de référendum ou avec celui-ci – est souvent combinée avec des contraintes de délai¹²⁹.

Il s'agit de délai fixé, soit en amont du processus, soit pendant le déroulement de celui-ci. La constitution peut prévoir par exemple qu'il ne saurait y avoir de révision avant un certain délai après son adoption initiale ou avant un certain délai après sa dernière révision. La constitution française de 1791 prévoyait ainsi qu'elle ne pourrait être révisée moins de six ans après son adoption. Celle de 1848 prévoyait, quant à elle, trois délibérations successives, intervenant chacune, non seulement aux trois quarts des suffrages, mais aussi à un mois d'intervalle l'une de l'autre, le tout, juste pour la prise en considération. La constitution portugaise interdit à l'Assemblée de la République de procéder à une révision dans les cinq années qui suivent une précédente à moins qu'aux quatre cinquièmes des députés,

128 Ph. LAUVAUX, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 2004, p.142.

129 A. LE PILLOUER, « Le pouvoir de révision », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel, Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p.39 ; Ph. BLACHER, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, Paris, Hachette, 2017, p. 26 ; M. VERPAUX, *La Constitution*, Paris, Dalloz, 2008, p. 20.

cette révision ne soit jugée indispensable et urgente¹³⁰. L'article 138 de la constitution italienne prévoit que les deux chambres peuvent prendre l'initiative d'une révision au moyen de deux délibérations successives séparées par un intervalle de trois mois.

Toutes ces mesures relèvent de la volonté de donner au pouvoir de révision une certaine « *légitimité par la sagesse* »¹³¹. On ne saurait considérer que la constitution devrait être modifiée sans avoir été pratiquée un certain temps ou sans que les initiateurs ou acteurs aient murement réfléchi sur le sens et la portée de la révision entreprise. Il s'agit aussi pour les organes représentatifs de s'assurer du soutien du peuple, les délais donnant l'occasion au peuple d'exprimer aussi ses vœux ou appréhensions.

Dans cette approche, plusieurs Etats vont même très loin en imposant d'office un délai entre le souhait exprimé de réviser la constitution et la révision proprement dite. Si ce délai n'est pas explicitement mentionné dans les textes, il va de soi car il est nécessaire à l'organisation de nouvelles élections législatives. Huit constitutions européennes (Belgique, Luxembourg, Pays-Bas, Norvège, Finlande, Grèce, Suède, Islande) font précéder la révision de leur constitution d'une dissolution du Parlement¹³², de sorte que les élections, intervenant entre la volonté de réviser, exprimée par une composition donnée du Parlement, et le moment même de la révision, qui sera faite par une autre composition du même Parlement nouvellement élu, soient l'occasion d'un débat finalement arbitré par le peuple qui n'enverra au Parlement que ceux dont les positions sur le projet de révision rencontrent son adhésion.

130 Article 284, alinéa 1 de la Constitution ; Voir aussi A. LE PILLOUER, *ibid.*

131 *Ibid.*

132 C. GREWE, H RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, p. 55.

2- La nécessité de corriger une omission

Face à toutes les techniques de complexification de la procédure de révision de la constitution qui lui étaient offertes, le constituant originaire béninois de 1990 a pensé uniquement compter sur le double vote et les majorités qualifiées auxquelles ils sont soumis pour s'assurer de l'adhésion massive des représentants du peuple pour le texte de révision lorsqu'il est adopté exclusivement par la voie parlementaire et compter sur cette procédure pour laisser le temps de la réflexion et de la « *sagesse* » aux représentants du peuple. Il aurait pu se donner la peine de durcir davantage les conditions d'adoption des lois de révision de la constitution en ce qui concerne les délais de réflexion entre le dépôt du texte et son examen en plénière. Comment en effet, estimer que les lois organiques qui ne font que mettre en œuvre la constitution ont besoin d'un délai de réflexion ou d'examen minimal par les parlementaires¹³³ avant d'être envoyées en séance plénière et que les dispositions de la constitution elle-même, n'ont pas besoin d'un temps semblable de réflexion de la part des parlementaires pour être révisées ?

L'omission du constituant originaire de 1990 sur cette question de délai ne fait l'ombre d'aucun doute. Mais, à la décharge de ce constituant originaire, on peut reconnaître qu'à plusieurs reprises, à l'épreuve des faits et des différentes tentatives, il n'a pas été facile pour les parlementaires béninois d'atteindre les majorités qualifiées exigées. Il faut aussi reconnaître qu'en 2019, c'est un concours extraordinaire de circonstances lié à une crise juridico politique dont les acteurs se rejettent mutuellement la responsabilité, qui a conduit à un Parlement majoritairement – unanimement – favorable au pouvoir exécutif dont les réformes politiques ont été portées par la révision aboutie. D'habitude, la combinaison des exigences

133 Article 97 de la Constitution : « ...- la proposition ou le projet n'est soumis à la délibération et au vote de l'Assemblée qu'après l'expiration d'un délai de quinze jours après son dépôt sur le Bureau de l'Assemblée ... ».

de majorité avec le mode de scrutin utilisé au Bénin, à savoir la représentation proportionnelle, conduisait à un éclatement des majorités à l'Assemblée nationale. Réunir les trois quarts de voix, puis les quatre cinquièmes, n'a donc jamais été facile et plusieurs tentatives se sont heurtées à l'absence de ces majorités qualifiées et renforcées. Cependant, même sans aucune crise particulière, il aurait suffi qu'une majorité ordinaire de parlementaires modifie la loi électorale pour remplacer le scrutin proportionnel par un scrutin majoritaire pour que cette stabilité de la constitution béninoise liée à une diversité de courants politiques à l'Assemblée nationale depuis 1991 ne devienne une simple illusion. C'est du moins la leçon à tirer des systèmes qui, comme en France et dans la plupart des constitutions francophones d'Afrique, n'ont prévu, en dehors des « clauses d'éternité », que des obstacles de majorités renforcées¹³⁴ et ont ignoré d'autres obstacles, notamment ceux relatifs aux délais.

Certes, le constituant originaire béninois, en dehors de la double majorité qualifiée exigée et des « clauses d'éternité »¹³⁵, a été vigilant sur un autre point, celui de l'exigence de ne pas procéder aux révisions en période « anormale ». En pareille hypothèse, « *l'idée est ... de se prémunir contre des révisions dans des moments où, le pays se trouvant fragilisé, l'on pourrait redouter qu'elles ne soient brusquées, voire manipulées.* »¹³⁶. Comme en France¹³⁷, le Bénin, avec l'article 156, alinéa 1, de sa constitution du 11 décembre 1990, dispose en ce sens qu'« *aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire* ». Au Portugal, en Belgique et en Espagne, de telles

134 F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu de l'Afrique », in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-sens-d-une-constitution-vu-de-l-afrique>, consulté le 19 janvier 2020.

135 Article 156, alinéa 2 de la Constitution : « *La forme républicaine et la laïcité de l'Etat ne peuvent faire l'objet d'une révision* ».

136 A. LE PILLOUER, « Le pouvoir de révision », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel, Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p.41.

137 Article 89 de la Constitution de 1958.

limitations sont aussi prévues pour éviter que des révisions ne soient faites à un moment de troubles (guerre, état de siège, état d'urgence...) ou à un moment où les pouvoirs publics ne sont pas en mesure de bien fonctionner (vacance, empêchement du Président, période de régence, impossibilité pour le Parlement de se réunir)¹³⁸.

Mais, une des grandes omissions est de ne compter, une fois la procédure de révision enclenchée, que sur les doubles majorités qualifiées prévues afin d'éviter une révision précipitée et non sage de la Constitution. Or, si en France, « *concrètement, puisqu'on évolue aujourd'hui dans des démocraties majoritaires, il faut bien comprendre qu'un seul parti ou bien une coalition de partis dispose de la majorité.* »¹³⁹, que dire des constitutions africaines dont on constate qu'au-delà de la rigidité apparente de leurs règles de révision, elles oscillent dans la pratique, « *quelque part entre les Constitutions rigides et souples* »¹⁴⁰ ? Dans ces conditions, en France, comme en Afrique (Bénin y compris), et en matière de révision de la Constitution, « *toutes les précautions prises par la procédure tombent ou presque* »¹⁴¹.

Ce qui marche, ce qui est recommandé, comme c'est en œuvre aux Etats-Unis, c'est « *la complexité et la longueur du processus* »¹⁴². Ce sont elles qui contribuent à « *remplir l'objectif que s'étaient fixé les constituants* »¹⁴³ parce que, en pareille situation, « *le soutien de l'opinion publique est nécessaire pour porter à terme le processus* »¹⁴⁴.

138 A. LE PILLOUER, « Le pouvoir de révision », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD, *Traité international de droit constitutionnel, Tome 3, Suprématie de la Constitution*, Paris, Dalloz, 2012, p.42.

139 M-C PONTTHOREAU, *Droit (s) constitutionnels comparé (s)*, Paris, Economica, 2010, p. 280.

140 F. HOURQUEBIE, « Le sens d'une Constitution vu de l'Afrique », in <https://www.conseil-constitutionnel.fr/publications/titre-vii/le-sens-d-une-constitution-vu-de-l-afrique>, consulté le 17 janvier 2020.

141 M-C PONTTHOREAU, *Ibid.*

142 *Ibid.*

143 *Ibid.*

144 *Ibid.*

Il est souhaitable que, au lieu de compter, à l'avenir, sur les acteurs politiques pour comprendre l'esprit de la rigidité attachée à la constitution, un accord soit trouvé pour que le texte lui-même porte la marque de cette rigidité véritable, du moins quant aux délais.

CONCLUSION

« *Constitution, toute la Constitution, rien que la Constitution* ». Ainsi s'est écrié le professeur Oumarou NAREY, à la fin du colloque organisé par la Cour constitutionnelle du Bénin du 11 au 13 septembre 2019¹⁴⁵ en évoquant les normes de référence du juge constitutionnel.

Il est en effet souhaitable, dans la mesure du possible, que des règles portant sur un aspect aussi sensible que celui de la stabilité de la constitution soient les plus précises et les plus complètes que possibles et qu'elles soient prévues dans la constitution elle-même. Ni le législateur ou tout autre organe appartenant au pouvoir constituant dérivé, ni le juge constitutionnel, ne devrait disposer d'une marge de manœuvre suffisante pour moduler les effets de la rigidité voulus par le pouvoir constituant originaire. Doser la rigidité de la constitution (ni trop forte, ni trop faible) est un art auquel devrait s'adonner le constituant originaire avec soin. L'objectif est de rédiger une constitution rigide, donc stable, qui ne se laisse pas réviser au bon vouloir des pouvoirs constitués, ou pire, de l'un seul d'entre eux. Mais il faut en même temps éviter que la rigidité soit si forte que l'on ait envie de la contourner en révisant d'abord les dispositions trop contraignantes de la constitution pour modifier, par la suite, d'autres dispositions dont la légitimité (obstacles légitimes contre les mandats illimités ou les confiscations de pouvoir) serait plus élevée. Ce qu'il faut craindre aussi est que si la constitution est trop rigide, elle pourrait être, à défaut d'être révisée, abandonnée.

145 *Revue Constitution et Consolidation (RCC)* n° 001, Numéro spécial sur les Actes du Colloque « *La Cour constitutionnelle entre rupture et continuité* ».

Ce serait par une révolution si l'envie de la modifier est très forte dans l'opinion et que les obstacles sont trop nombreux pour le faire conformément aux textes. Ce sera une proposition des gouvernants qui, moyennant quelques dispositions « vedettes » proposées à l'opinion publique, pourraient facilement obtenir l'accord du peuple pour une nouvelle constitution dont ils prendraient le soin de la débarrasser des dispositions indésirables pour eux.

Cette étude a permis de se rendre compte que l'insuffisance de rigidité des dispositions prévues par le pouvoir constituant originaire a conduit le juge constitutionnel à durcir les conditions de révision, d'abord en 2006 (nécessité du consensus avant toute révision), ensuite en 2011 (nécessité de tenir compte de trois autres options fondamentales de la Conférence nationale que celles mentionnées dans la constitution). Mais face au constat d'un durcissement trop fort, le même juge est revenu en arrière relativement au consensus qui demeure un idéal politique, mais est relégué en dessous des impératifs constitutionnels de régime représentatif d'une part, de système majoritaire, d'autre part, de la démocratie béninoise (2018). Le législateur, en ce qui le concerne, a utilisé le boulevard de la possibilité, non interdite par les textes, de recourir à la procédure d'urgence pour faire passer une révision de la constitution qu'il a attendue longtemps alors même qu'elle n'était porteuse d'aucune entorse aux options fondamentales de la Conférence nationale, lesquelles par ailleurs, ne sont pas toutes prévues par le texte constitutionnel, certaines n'ayant été révélées que par le juge constitutionnel, d'où leur fragilité, le même juge pouvant revenir sur elles comme il l'a fait pour le consensus.

En définitive, le pouvoir constituant originaire, ou, à défaut, le pouvoir constituant dérivé, devrait davantage s'atteler à mettre par écrit des dispositions qui réalisent un équilibre entre une

constitution rigide et une constitution adaptable aux évolutions inéluctables des circonstances et de la société. Mais, il faut reconnaître qu'il est plus facile de l'écrire que de le faire.

L'INÉGALITÉ ENTRE L'HOMME ET LA FEMME
DANS LES EFFETS FAMILIAUX DU NOM RÉCUSÉE
PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE BÉNINOISE

Aïssata DABO

Maître-assistante en Droit privé,
Université Thomas Sankara
(*Burkina Faso*)

**Décision de la Cour constitutionnelle n° 21-269
du 21 octobre 2021**

La Cour constitutionnelle,

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, demeurant à Igolo, 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 en République du Bénin ;

VU la Constitution ;

VU la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée le 31 mai 2001 ;

VU le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle ;

Ensemble les pièces du dossier ;

Ouï monsieur Joseph DJOGBENOU en son rapport et Léonce Oussou ADJADO, représentant le Garde des Sceaux, ministre de la justice et de la législation en ses observations ;

Après en avoir délibéré,

Considérant que la requérante expose que les 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 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 lequel « **le principe d'égalité serait violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe aucune justification objective et raisonnable ; qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé** » ; qu'elle en conclut, d'une part, que l'article 6 de la loi suscitée viole les textes invoqués par 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) ; permettre qu'en cas de reconnaissance simultanée de l'enfant née hors mariage par les deux parents, le nom du père soit donné audit enfant au détriment de celui de sa mère ; pire, si la mère avait reconnu préalablement l'enfant né hors mariage et lui avait conféré son nom et que plus tard, le père retardataire arrive à le reconnaître en dernière position, l'enfant perdra le nom que lui avait conféré sa mère et prendra celui du père* » ;

Considérant qu'elle poursuit, sur les mêmes fondements, en affirmant que l'article 6 viole les textes visés par le fait de « *permettre, en cas d'adoption par deux époux, au mari de donner son nom à l'adopté au détriment de la femme* » et demande au législateur de « *permettre, tout au moins, à l'homme comme à la femme bien évidemment, de cumuler leur nom pour retenir un nom à leur enfant (c'est-à-dire que le nom de l'enfant serait constitué de celui du père accompagné*

de celui de la mère, comme cela se fait d'ailleurs dans d'autres pays sensibles au respect du principe de l'égalité » ; qu'elle en conclut, d'autre part, que l'article 12 de la loi portant Code des personnes et de la famille viole également les textes visés par le fait pour le législateur « de disposer que la femme mariée garde 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 » ; qu'elle allègue également que le même texte viole la Constitution par le fait de « permettre autant à la veuve entre temps mariée 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 offerte aussi à l'homme divorcé » ;

Considérant que l'Assemblée nationale a, par l'organe de son représentant, le Secrétaire général adjoint, conclu à l'irrecevabilité du recours, motif pris de l'autorité de chose jugée tenant de l'article 124 de la Constitution ; qu'il s'en remet en effet aux termes de cette disposition, en raison de la déclaration de conformité de la loi portant Code des personnes et de la famille à la Constitution ;

Considérant qu'à l'audience plénière du 21 octobre 2021, la requérante n'a formulé aucune observation complémentaire et que le représentant du Garde des Sceaux, ministre de la justice et de la législation a déclaré s'en rapporter à la décision de la haute Juridiction ;

I - Sur la recevabilité du recours

Vu l'article 124 alinéas 2 et 3 de la Constitution ;

Considérant que suivant les termes de ce texte « *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 » ;

Considérant que par décision DCC 04-083 du 20 août 2004, la haute Juridiction a déclaré conforme à la Constitution la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille ;

Considérant toutefois que l'application des dispositions de l'article 124 alinéas 2 et 3 de la Constitution ne s'oppose 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, à condition que le recours soit exercé *a posteriori*, par voie d'action ou d'exception, dans les termes de l'article 122 de la Constitution, et que la loi en question ait été préalablement adoptée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée conformément à la Constitution afin que son application en révèle les contrariétés dénoncées ;

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) et *devant* (c'est-à-dire dans l'application) la loi, par la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin, votée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée conformément à la Constitution et aux lois en vigueur ; que ce recours qui est exercé devant la haute Juridiction sur le fondement de l'article 122 de la Constitution, doit être déclaré recevable ;

II- Sur les violations alléguées

Vu les articles 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution ; 3 et 18 alinéa 1 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples ;

Considérant que la requérante dénonce à la Cour, la contrariété à la Constitution et à la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples 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 ; que l'article 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution dispose : « *L'État assure à tous l'égalité devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion publique ou de position sociale. L'homme et la femme sont égaux en droit* » ;

Considérant par ailleurs que la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples dispose en son article 3 que : « *1. Toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi. 2. Toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi* » ; puis en son article 18 alinéa 3 que : « *L'État a le devoir de veiller à l'élimination de toutes discriminations 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* » ;

Considérant qu'au sens de l'article 26 alinéa 1 de la Constitution, le sexe est l'appartenance à l'une des deux moitiés du genre humain, constitutif de l'état des personnes ; que l'égalité prescrite par l'article 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution et l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples s'analyse comme une règle selon laquelle les personnes se trouvant dans une même situation juridique sont soumises à un traitement identique sans discrimination, la loi devant être la même pour tous, aussi bien dans son adoption que dans son application ;

Considérant toutefois, qu'il est admissible dans un régime démocratique que l'égalité de toutes les personnes dans et devant la loi peut être rompue lorsque les personnes qui sont placées dans la même situation sont traitées différemment en raison de ce que cette discrimination vise à satisfaire un principe

constitutionnel ou atteindre un objectif constitutionnel ou un impératif constitutionnel supérieur ;

Considérant que la règle édictée à l'article 18 alinéa 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples élève en priorité la protection de la femme lorsque sont en concours plusieurs droits fondamentaux ;

A- Sur la violation du droit à l'égalité par l'article 6 de loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin

Considérant que l'article 6 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin 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 » ;

Considérant qu'en déterminant dans les termes qui précèdent, les conditions d'attribution de nom à l'enfant dans les différentes

hypothèses de la filiation, l'article 6 n'est pas conforme aux articles 26 alinéas 1 et 2 de la Constitution, 3 et 18 alinéa 1 de la CADHP ; qu'en effet, les règles qu'ils posent ne confèrent pas un égal pouvoir à la femme placée dans les mêmes conditions et situations que l'homme et ne préservent pas le droit fondamental de l'enfant à l'égale reconnaissance de la filiation de ses parents ; qu'aucun principe constitutionnel, aucun objectif à valeur constitutionnel encore moins un impératif constitutionnel ne justifie l'admission d'une telle rupture de l'égalité dans ces situations ; que dans ces conditions, il y a lieu de dire que l'article 6 de loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin est contraire à la Constitution ;

B- Sur la violation du droit à l'égalité par l'article 12 de loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin

Considérant que l'article 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille en République du Bénin dispose :

« 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 mariage.

La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge » ;

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, et qu'aucune circonstance, aucun principe ni objectif à valeur constitutionnelle, encore moins aucun impératif constitutionnel ne justifie la rupture de l'égalité consacrée, l'article 12 de la loi n° 2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et

de la famille en République du Bénin est contraire à la Constitution et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ;

EN CONSEQUENCE,


Article 1^{er}. - *Dit* que la requête de madame Eucharistie KOTOUNOU est recevable.


Article 2.- *Dit* que les articles 6 et 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille sont contraires à la Constitution ;

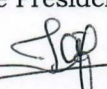
La présente décision sera notifiée à madame Eucharistie KOTOUNOU, à monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice et de la Législation, à monsieur le Président de l'Assemblée nationale, à monsieur le Président de la République, et publiée au Journal officiel.

Ont siégé à Cotonou, le vingt-et-un octobre deux mille vingt-et-un ;

Messieurs	Joseph Razaki	DJOGBENOU	Président
	André Fassassi	AMOUDA ISSIFOU	Vice-Président
	Sylvain M. Rigobert A.	KATARY	Membre
		MOUSTAPHA	Membre
		NOUWATIN	Membre
		AZON	Membre

Le Rapporteur  **Joseph DJOGBENOU.-**



Le Président  **Joseph DJOGBENOU.-**

L'égalité en droit, entre l'homme et la femme, résulte clairement de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹, dont l'article 1^{er} dispose que « tous les hommes naissent libres et égaux en dignité et en droits »². À ce propos, la Cour constitutionnelle du Bénin a, le 21 octobre 2021, rendu une décision audacieuse³, à l'occasion d'un recours en inconstitutionnalité contre les articles 6 et 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant Code des personnes et de la famille (CPF) en République du Bénin. Il faut mentionner, incidemment, que le CPF béninois a été retouché aussitôt après ce verdict de la Cour constitutionnelle⁴.

La saisine de la Cour constitutionnelle est intervenue alors que la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 avait auparavant obtenu l'approbation de la juridiction constitutionnelle⁵. Toutefois, avant cette étape, le processus béninois de refondation du droit de la famille avait connu un sérieux revers. Le point d'achoppement a été la polygynie, qui était proposée en option aux futurs mariés⁶. La première mouture du projet du Code, transmise à l'Assemblée nationale en 1995

-
- 1 Il est à noter 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.
 - 2 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 en outre : 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.
 - 3 Décision de la Cour constitutionnelle (DCC) n° 21-269 du 21 oct. 2021.
 - 4 Par la loi n° 2021-13 du 21 oct. 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF.
 - 5 V°DCC n° 04-083 du 20 août 2004. Il faut approuver cette possibilité, pour la Cour constitutionnelle, de revenir sur la constitutionnalité d'une loi qu'elle a préalablement déclarée conforme, qui rend constant le contrôle de constitutionnalité des textes légaux. Pour autant, l'occasion est bonne pour attirer l'attention sur la nécessité d'effectuer des lectures approfondies des lois avant leur déclaration de conformité constitutionnelle, qui ouvre la voie à leur adoption.
 - 6 Art. 143-144 du projet de Code, à l'image du CPF burkinabè en vigueur (adopté par la *zatu* [appellation donnée à la loi sous la révolution burkinabè] An VII/0013 du 16 nov. 1989, il est entré en vigueur le 4 août 1990), art. 257-262.

pour adoption⁷, 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 pas aussi progressiste qu'il était annoncé, à cause des discriminations à l'égard de la femme qu'il recelait encore⁸. Sept ans plus tard, soit le 7 juin 2002, une première version du Code fut adoptée.

Cependant, la reconnaissance légale de la polygamie masculine a été paralysée par un recours en inconstitutionnalité, exercé par la députée Rosine Soglo⁹, pour non-conformité du projet de CPF avec le principe d'égalité homme-femme figurant à l'article 26, alinéa 2, de la Constitution béninoise¹⁰. Ce recours a été accueilli par la Cour constitutionnelle, au nom du « même droit de contracter mariage » pour l'homme et la femme¹¹.

Le Code fut ainsi renvoyé devant l'Assemblée nationale, pour mise en conformité avec la loi fondamentale¹². Après le réexamen, une seconde décision de la Cour constitutionnelle, n°04-083, du 20 août 2004, a constaté la mise en conformité du CPF par rapport à la Constitution. Le Code, purgé de ses dispositions relatives à la polygamie, put enfin être voté le 14 juin 2004 et promulgué le 24 août suivant.

7 Par décret n° 95-236 du 5 sept. 1995.

8 J. DJOGBENOU, « 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 Ouaniolo, fév. 2007, p. 13 ; G. BOKO NADJO, « Le Code des personnes et de la famille béninois, Forum des ONG d'Addis Abeba », oct. 2004, consulté le 25 jan. 2022 sur <http://jafbase.fr/docAfrique/Benin/PresentationCodeFam.pdf>.

9 G. BADET, « Avant-propos », in *La personne, la famille et le droit en République du Bénin : Contribution à l'étude du Code des personnes et de la famille, op. cit.*, p. 3.

10 Selon lequel « l'homme et la femme sont égaux en droit ».

11 G. BADET, « Avant-propos », *op. cit.*, p. 4.

12 DDC 02-144 du 23 déc 2002. Stéphane BOLLE, commentant cette décision, affirme que « la déclaration d'inconstitutionnalité la plus spectaculaire frappe la polygamie, déclarée contraire à l'égalité entre l'homme et la femme » (S. BOLLE, « L'émancipation de la femme béninoise par la Constitution ? » in *La Voix de l'intégration juridique et judiciaire africaine*, 2005, n° 5 & 6, p. 1).

Mais, un auteur observait déjà, à l'époque, que le CPF béninois, dans sa version finale, n'avait pas offert aux femmes « le meilleur niveau de protection légale »¹³. Surtout, une analyse soulignait que des dispositions discriminatoires avaient été validées par la Cour, entre autres celles se rapportant au choix du domicile conjugal et à la dévolution du nom de famille à l'enfant¹⁴. Justement, l'inégalité des sexes dans la transmission du nom familial à l'enfant constitue l'un des motifs ayant conduit à l'action devant la Cour constitutionnelle et à sa décision qui retient notre attention.

Quelle compréhension faut-il avoir, au juste, du terme « égalité », qui se trouve au centre de l'analyse ? Il est accepté que « ce qui est égal doit être traité de façon égale et ce qui est différent de façon différente »¹⁵. Au nom de l'égalité, « tous les hommes doivent être équitablement traités par la loi et dans l'application de celle-ci »¹⁶, ce qui implique qu'ils aient les mêmes droits et les mêmes obligations. Les articles 26, alinéas 1 et 2, de la Constitution béninoise et 3 de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (CADHP)¹⁷ s'inscrivent dans ce sens. Dans l'absolu, l'égalité n'est pas que théorique. La décision rendue le rappelle par la mention expresse de l'égalité « dans » la loi (à savoir dans son libellé) et « devant » la loi (par rapport à l'application qui en est faite).

Le grief soulevé par la requérante, Eucharistie Kotounou, était la violation, par les articles 6 et 12 du CPF, de la Constitution béninoise et de la CADHP, en leurs dispositions consacrant l'égalité

13 S. BOLLE, *op. cit.*, p. 6.

14 Cf. A. N. GBAGUIDI, « L'égalité dans les rapports personnels entre époux dans le nouveau code de la famille du Bénin », in *Recht in Afrika*, vol. 2, 2003, p. 167-188.

15 A. N. GBAGUIDI, « 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*, n° spécial, oct. 1995, p. 3.

16 *Ibid.*

17 Adoptée par la 18^e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine, à Nairobi, le 27 juin 1981, elle est entrée en vigueur le 21 oct. 1986. Elle a été ratifiée le 20 jan. 1986 et signée le 11 fév. 2004 par le Bénin.

entre l'homme et la femme. À cet égard, la CADHP énonce, en son article 3, premièrement que « toutes les personnes bénéficient d'une totale égalité devant la loi » et deuxièmement que « toutes les personnes ont droit à une égale protection de la loi ». L'article 18, alinéa 3, de la Charte africaine ajoute que « l'État a le devoir de veiller à l'élimination de toutes discriminations contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulé dans les déclarations et conventions internationales ». Quant à la Constitution béninoise, elle proclame, en son article 26, alinéas 1 et 2, que « l'État assure à tous l'égalité devant la loi, sans distinction d'origine, de race, de sexe, de religion, d'opinion publique ou de position sociale » et « l'homme et la femme sont égaux en droit ».

Au visa de ces textes, la requérante reprochait d'abord à l'article 6 du CPF béninois¹⁸ de rompre l'égalité entre les sexes¹⁹, par le fait que l'homme et la femme, placés dans les mêmes situations, n'avaient pas les mêmes facultés en matière de transmission du nom de famille²⁰ par le canal de la filiation ; puis, la requérante critiquait l'article 12 du même code²¹, pour rupture de l'égalité entre l'homme et la femme

-
- 18 Aux termes duquel : « *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* ».
- 19 Dans la DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, la Cour retient que « le sexe est l'appartenance à l'une des deux moitiés du genre humain, constitutif de l'état des personnes » (v°II- *Sur les violations alléguées*, 3^e considérant). Le terme sera employé dans la présente étude selon cet entendement.
- 20 Pour sa définition, le nom « est une appellation qui permet de désigner la personne. Il comprend le nom de famille et le prénom. Le nom de famille rattache l'individu à sa famille [...] le prénom le distingue au sein de sa famille » (A. MARAIS, *Droit des personnes*, Dalloz, coll. « Cours », Paris, juin 2021, n° 143).
- 21 Il en ressort 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 mariage. La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge* ».

mariés, du fait de l'instauration du port du nom conjugal à l'endroit de l'épouse, mais non de l'époux.

La partie défenderesse, l'Assemblée nationale, avait, par l'organe de son représentant, conclu à l'irrecevabilité du recours en invoquant l'autorité de chose jugée, sur le fondement de l'article 124 de la Constitution, spécialement ses alinéas 2 et 3²².

En effet, l'Assemblée nationale se reposait sur le fait que la Cour constitutionnelle béninoise avait précédemment, par sa décision n° 04-083 du 20 août 2004, déclaré la loi n°2002-07 du 24 août 2004 portant CPF conforme à la Constitution.

En substance, les juges de la haute juridiction étaient appelés à se prononcer sur la conformité des articles 6 et 12 du CPF béninois, respectivement relatifs à la dévolution du nom à l'enfant et à l'usage du nom du conjoint, à l'article 26, alinéas 1^{er} et 2^e, de la Constitution, croisé avec les articles 3 et 18, alinéa 3, de la CADHP. Concrètement, il leur était demandé de rechercher si les articles 6 et 12 du CPF béninois, en ne respectant pas le principe d'égalité entre l'homme et la femme garanti par la Constitution (à son article 26, alinéas 1 et 2) et la Charte africaine (en ses articles 3 et 18, alinéa 3) ne leur étaient pas contradictoires et, par conséquent, insusceptibles de continuer à recevoir application ?

Dans l'examen préliminaire de la recevabilité, la Cour a reconnu que l'article 124 de la Constitution ne s'oppose pas au contrôle de constitutionnalité ultérieur d'une loi ou de certaines de ses dispositions dont l'application contredit un droit fondamental ou une liberté publique, pour peu que le recours soit exercé « *a posteriori*, par voie d'action ou d'exception, dans les termes de l'article 122 de la Constitution²³,

22 Lesquels disposent tour à tour que « les décisions de la Cour Constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours » et qu'« elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles ».

23 Aux termes duquel « 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 ». En marge, une décision de la Cour

et que la loi en question ait été préalablement adoptée par l'Assemblée nationale, promulguée et publiée conformément à la Constitution afin que son application en révèle les contrariétés dénoncées »²⁴. Les conditions du réexamen étaient réunies en l'espèce, ce qui a permis aux sages de la haute juridiction de se prononcer sur le fond de la demande, qui était de faire abroger les dispositions des articles 6 et 12 du CPF béninois instaurant des inégalités entre les sexes.

Les juges constitutionnels ont d'abord considéré le moyen de la violation du droit à l'égalité entre l'homme et la femme par l'article 6 de loi n° 2002-07 du 24 août 2004 dont est issu le CPF. Au bout du compte, la Cour constitutionnelle a déclaré ce texte de la loi querellée non conforme à la Constitution, dans la mesure où il fixait inégalement, envers l'homme et la femme, les modes de détermination du nom de l'enfant. Ensuite, les hauts magistrats se sont penchés sur le moyen de la violation du droit à l'égalité par l'article 12 du même CPF. Cette disposition a également été qualifiée d'inconstitutionnelle, étant donné qu'elle n'autorisait pas le port bilatéral du nom conjugal.

constitutionnelle du Bénin (DCC n°09-087 du 13 août 2009) affirme que sa jurisprudence fait partie intégrante du bloc de constitutionnalité. La conséquence en est que toute violation, par commission ou par omission, de cette jurisprudence équivaut à une violation de la Constitution (v°T. HOLO, « Le citoyen : pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », consulté le 26 jan. 2022 sur https://cdn.accf-francophonie.org/2019/03/8_holo.pdf ; D. DEGBOE, « Les vicissitudes de la protection des droits et libertés par la Cour constitutionnelle du Bénin », *Les Annales de droit*, n° 10, 201, p. 119-138, consulté le 20 déc. 2021 sur <https://doi.org/10.4000/add.336>).

- 24 V° DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, *I- Sur la recevabilité du recours*, 3^e considérant. La mise en œuvre de l'accès large au juge constitutionnel béninois, directement par voie d'action ou indirectement par voie d'exception (lire F. J. AIVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°47, avr. 2015, p. 99-112), permet d'observer que le Bénin a un système renforcé de protection des droits fondamentaux. En comparaison, le Burkina Faso consacre un accès au juge des droits fondamentaux, dans les mêmes proportions (cf. art. 157, al. 2, de la Constitution burkinabè du 2 juin 1991 [révisée par la loi n° 072-2015/CNT du 5 nov. 2015]), mais celui-ci n'est pas exploité avec la même fréquence ni avec la même rigueur (*infra*, n 39, note 106).

Ainsi, la Cour constitutionnelle a conclu à l'inconstitutionnalité de l'inégalité des sexes dans la transmission du nom parental (I), de même qu'à celle de leur inégalité dans le port du nom conjugal (II).

I. L'inconstitutionnalité de l'inégalité dans la transmission du nom parental

Le recours exercé s'appuyait, pour commencer, sur la violation du droit à l'égalité homme-femme par l'article 6 de loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF. Cet article fixait différemment les règles de transmission du nom de famille à l'enfant, envers le père et la mère. Le texte accordait, dans tous les cas, la priorité au nom paternel. De ce fait, les hypothèses de dévolution du nom maternel étaient plutôt restreintes. La Cour constitutionnelle a donc constaté, d'une part l'inconstitutionnalité de la dévolution prioritaire du nom du père (A) et d'autre part, l'inconstitutionnalité de la dévolution subsidiaire du nom de la mère (B).

A. L'inconstitutionnalité de la dévolution prioritaire du nom du père

Il est intéressant de remarquer que l'article 6 distingue les modalités d'attribution du nom filial selon que l'enfant est né dans le mariage, hors mariage ou qu'il a été adopté. Pour autant, le texte demeurait rivé à la primauté masculine, toutes les fois que le père était connu et qu'il n'avait pas désavoué l'enfant. L'on pouvait lire, aux alinéas 1 à 4 et 7, que :

« 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 d'adoption par les deux époux, l'adopté prend le nom du mari. »²⁵ Sans conteste, le principe de dévolution du nom paternel²⁶ avait la faveur du Code béninois de personnes et de la famille. L'alinéa 1^{er} de l'article 6 sus-cité le consacrait pour l'enfant né dans le mariage²⁷ et l'alinéa 2 pour l'enfant né de parents non mariés ou qui ne le sont pas entre eux²⁸. Les alinéas 3 et 4 de l'article 6 venaient faire la part, pour l'enfant né hors mariage, entre celui qui obtient une reconnaissance simultanée dans ses deux branches familiales et celui qui est reconnu successivement par ses parents. L'alinéa 3, sans surprise, faisait prédominer le nom du père.

Tout de même, l'alinéa 4^e ne manquait pas d'intriguer : si le père reconnaissait l'enfant après la mère qui lui avait déjà donné son nom, celui-ci était remplacé par le nom du père²⁹. Le consentement de l'enfant n'était requis que s'il était âgé de plus de quinze ans³⁰.

25 V°, dans le même sens, art. 36-38 et 486 du CPF burkinabè et art. 31, al. 1^{er}, 32, al. 2, et 496 du CPF malien issu de la loi n° 11-080/AN-RM du 2 déc. 2011.

26 A. DABO, *L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage : Étude comparée des droits du Bénin, du Burkina Faso et du Mali*, L'Harmattan, coll. « Études africaines – Série Droit », Paris, nov. 2018, n° 250 s.

27 La désignation ancienne d'« enfant légitime » est source de stigmatisation pour l'enfant né hors mariage. Il faut lui préférer des expressions neutres. Le CPF malien conserve cette terminologie et lui oppose celle d'« enfant naturel » (v° *Titre II : De la filiation légitime* [art. 468 s.] et *Titre III : De la filiation naturelle* [art. 495 s.]).

28 Le CPF malien, curieusement, inverse l'habitude – sans être pour autant plus égalitaire vis-à-vis des sexes – à son art. 32, al. 1 et 2 : « *L'enfant né hors mariage porte le nom de sa mère. Il prend le nom de son père en cas d'établissement de sa filiation à l'égard de celui-ci* ».

29 Dans un sens approchant, en droit burkinabè, la reconnaissance ultérieure du père n'empêche pas la substitution immédiate du nom matronymique déjà transmis par le nom patronymique, sauf déclaration conjointe des parents devant le président du tribunal civil (art. 37, al. 2, du CPF burkinabè ; v° aussi art. 497, al. 1^{er}, du CPF malien).

30 Art. 37, al. 2, du CPF burkinabè ; au Mali, le seuil est fixé à 13 ans, selon l'art. 497, al. 2, du CPF malien.

Cependant, ne faudrait-il pas convenir qu'en cas de reconnaissance tardive par le père, « l'ordre chronologique se recommande de l'intérêt de l'enfant, à qui il ne serait pas bon d'imposer, en cours d'existence, un changement d'identité »³¹ ? Cette solution est tenue en échec par l'attribution préférentielle du nom du père en toutes circonstances.

Le recours s'attardait, en définitive, sur le caractère inconstitutionnel de l'ensemble de ces dispositions, au regard des alinéas 1 et 2 de l'article 26 de la Constitution béninoise, en vertu desquels, non seulement l'État est garant de l'égalité de tous devant la loi, mais encore l'homme et la femme sont égaux en droit. Madame Eucharistie Kotounou exposait qu'elles étaient aussi discriminatoires par rapport à la CADHP, dont il résulte de l'article 3 que toute personne bénéficie de l'égalité devant la loi, et aussi que toute personne a droit à une égale protection de la loi. L'article 18, alinéa 3, de la CADHP renchérit en chargeant l'État de veiller à l'élimination de toutes les discriminations contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant.

Ainsi, le recours constitutionnel reprochait, *prima facie*, au législateur béninois de favoriser le père, s'agissant du droit de transmettre un nom de famille par le canal de la parentalité, au détriment de la mère « qui, elle aussi, a contribué à la naissance de l'enfant »³². Effectivement, la vérité biologique n'exige-t-elle pas de traiter également les deux parents ?

Les sages de la Cour constitutionnelle avaient la lourde responsabilité de confronter l'article 6 du CPF, à la fois, à la Constitution béninoise et à la CADHP « dont les dispositions font partie intégrante de [cette] Constitution et du droit béninois et ont une valeur supérieure à la loi interne »³³.

31 J. CARBONNIER, *Droit civil : Introduction, Les personnes, La famille, L'enfant, Le couple*, Paris, Quadriga/PUF, 1^{re} éd., 2004, n° 223.

32 DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, 1^{er} considérant.

33 Cf. Préambule de la Constitution béninoise du 2 déc. 1990, modifiée par la loi n° 2019-40 du 7 nov. 2019, point 4. En outre, elle figure à l'article 7 de la Constitution béninoise (H. AKEREKORO, « La cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Afrilex*, sept. 2016, p. 10-11 et

Devant la contrariété manifeste des dispositions de l'article 6, ceux-ci n'ont pu qu'admettre que le texte « n'est pas conforme aux articles 26, alinéas 1 et 2, de la Constitution, 3 et 18, alinéa 1, de la CADHP »³⁴, ni dans sa lettre ni dans son esprit. En effet, 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 pas le droit fondamental de l'enfant à l'égale reconnaissance de la filiation de ses parents »³⁵. Il faut observer que, face à ce recours, les juges auraient difficilement pu adopter un autre point de vue, en s'en tenant uniquement au droit³⁶.

Peut-être est-ce seulement l'inaction devant l'instance constitutionnelle, avant cette date, qui a permis à la disposition discriminatoire de rester longtemps en application ?

Dans une logique égalitaire, l'homme et la femme, qui sont parents d'un enfant, devraient pouvoir lui transmettre leur nom de famille respectif, et cela, à un même titre. Puis, l'enfant doit pouvoir porter le nom de ses deux parents soit ensemble, soit en faisant le choix d'un nom simple. Les juges le soulignent bien : toute entorse à la règle doit être guidée par un impératif constitutionnel, si ce n'est la volonté de respecter un principe constitutionnel ou un objectif à valeur constitutionnelle. En l'occurrence, il n'était trouvé aucune justification juridique à la dévolution principale du nom paternel à l'enfant. Un tel choix reléguait d'office les applications du nom matronymique³⁷, à savoir le nom de famille transmis par la mère³⁸. Ce constat a mené la

17, consulté le 26 jan. 2022 sur http://afrilex.u-bordeaux.fr/wp-content/uploads/2021/03/Le_bloc_de_constitutionnalite.pdf).

34 V° DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, II- *Sur les violations alléguées, A- Sur la violation du droit à l'égalité*, 2° considérant.

35 *Ibid.*

36 0

37 De *matronyme* et *-ique* ; du latin classique *matris*, génitif de *mater*, 'mère', et de l'afixe d'origine grecque *-onyme*, 'nom' (cf. Dictionnaire Antidote, v° *Matronyme*).

38 La consécration du système patriarcal produit indirectement l'effet de mettre à l'écart les règles de dévolution du matronyme chez certaines minorités ethniques, comme cela avait cours au Burkina Faso (A. DABO, *op. cit.*, n° 257).

Cour constitutionnelle à retenir l'inconstitutionnalité de la dévolution privilégiée du nom du père, laquelle induit l'inconstitutionnalité de la dévolution subsidiaire du nom de la mère.

B. L'inconstitutionnalité de la dévolution subsidiaire du nom de la mère

L'inconstitutionnalité résultant de la rupture de l'égalité entre l'homme et la femme dans leur rapport à l'enfant est manifeste. La mère ne peut transmettre son nom de famille à l'enfant auquel elle donne naissance qu'à défaut d'établissement de sa filiation en ligne paternelle³⁹. Étonnamment, sur les sept alinéas que comptait l'article 6 du CPF béninois, qui envisageaient chacun un mode de dévolution du nom familial, il n'y en avait que deux qui faisaient une place à la transmission du nom de famille par la mère.

C'étaient les alinéas 5 et 6, qui disposaient : « En cas de désaveu, l'enfant porte le nom de sa mère. L'adoption confère le nom de l'adoptant à l'adopté. »⁴⁰ Ces dispositions fixaient ainsi les hypothèses exceptionnelles de dévolution du nom de famille de la mère à l'enfant. Quand bien même, la prééminence paternelle était sous-jacente. Au fond, c'était à défaut de porter le nom du père ou du mari, lorsque l'adoption est le fait de deux époux⁴¹, que l'enfant portait le nom de la mère. Autrement, dans l'adoption, il fallait que l'adoptante ne soit pas mariée pour que l'enfant porte son nom.

39 Même si elle résulte de l'adoption (art. 336 du CPF béninois).

40 V° aussi art. 36, *in fine*, et 486, al. 1^{er}, du CPF burkinabè ; art. 31, al. 2, 34, al. 1^{er}, et 541, al. 2, du CPF malien.

41 Sachant que l'adoption n'est ouverte à un couple que si celui-ci est marié (art. 337, 1^{er} tiret, du CPF béninois ; l'art. 476 du CPF burkinabè précise même que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux », dans la même veine que l'art. 525, al. 1^{er}, du CPF malien) ; également, le mariage est forcément l'union entre un homme et une femme (v° art. 123 du CPF béninois ; art. 237 du CPF burkinabè ; art. 280 du CPF malien).

Le maintien, avant la modification de la loi⁴², de l'appellation « nom patronymique »⁴³ était d'ailleurs emblématique de la régulation du nom dans les systèmes de droit africains⁴⁴. À ce propos, il a pu être observé que « le nom patronymique est le dernier bastion de la prépondérance maritale »⁴⁵. La référence systématique au père explique ensuite le « caractère résiduel de la transmission du nom de la mère »⁴⁶. Cette inclination du droit requerrait un changement.

Au total, la première situation dans laquelle l'enfant était amené à porter le nom de sa mère était celle dans laquelle il avait fait l'objet d'un désaveu par le mari de la mère. Le désaveu est une faculté ouverte au mari de la mère dans des circonstances singulières : lorsque l'enfant n'est pas couvert par la présomption de paternité, lorsque l'épouse a dissimulé la grossesse ou la naissance de l'enfant ou encore lorsque l'époux peut rapporter la preuve scientifique qu'il ne peut être le père de l'enfant⁴⁷. Dans l'un quelconque de ces cas, le père prétendu peut désavouer l'enfant par une action en justice⁴⁸.

L'admission du désaveu de l'enfant né d'une femme mariée a pour effet de lui faire perdre le nom du mari qu'il avait commencé à porter. À ce moment, il est remédié à l'absence de nom patronymique par l'attribution du nom matronymique, si toutefois l'enfant ne fait pas l'objet d'une reconnaissance par un autre homme, auquel cas, il prend prioritairement le nom de ce dernier.

42 *Infra*, n° 20.

43 L'étymologie du terme « patronymique » renvoie au mot « père ». Suivant le *Dictionnaire Larousse*, le mot « patronymique » vient de « bas latin *patronymicus*, du grec *patrônumikos*, de *patêr*, -*tros*, père, et *onoma*, nom » (consulté le 21 déc. 2021 sur <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/patronymique/58724>).

44 À ce titre, le législateur béninois dispose que « toute personne s'identifie par un ou plusieurs prénoms et par un *nom patronymique* » (art. 5 du CPF béninois) ; aussitôt, il vient adoucir l'expression en ces termes : « l'enfant légitime porte le *nom de famille* de son père » (art. 6, al. 1^{er}, du béninois). Plus symboliquement, le législateur burkinabè mentionne que « toute personne doit avoir un *nom patronymique ou nom de famille*, et un ou plusieurs prénoms » (art. 31 du CPF burkinabè).

45 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 554.

46 A. DABO, *op. cit.*, n° 248.

47 Cf. art. 305 du CPF béninois ; v° art. 448-449 du CPF burkinabè ; art. 468-469 du CPF malien.

48 Art. 307-310 du CPF béninois ; v° art. 450-452 du CPF burkinabè ; art. 473-474 du CPF malien.

Le cas échéant, l'on retombait dans l'attribution par principe du nom du père et le nom de la mère ne venait qu'à titre supplétif.

Dans le droit de la famille béninois, la deuxième situation dans laquelle un enfant peut porter le nom de famille de sa mère est celle dans laquelle la filiation résulte de l'adoption par une personne de sexe féminin, non mariée, âgée d'au moins 35 ans⁴⁹. Dans le cas où l'adoptante est mariée, si l'adoption concerne l'enfant du conjoint, le nom de l'enfant demeure celui du père acquis précédemment. À l'opposé, l'adoption de l'enfant de l'épouse par l'époux fait prendre à l'adopté le nom du mari, en présence d'une adoption plénière⁵⁰. Ces dispositions sont désormais plus ou moins affectées par le nouveau régime béninois du nom, qui tient compte de la volonté parentale dans l'attribution du nom de famille à l'enfant⁵¹.

Mais, en toute hypothèse, la mère ne peut transmettre que son nom «patronymique», c'est-à-dire le nom de son propre père. Pour autant, l'incohérence est appelée à se corriger d'elle-même, au bout de quelques générations, sous l'effet d'une réforme légale permettant la transmission indifférenciée, par les père et mère, du nom de famille à l'enfant.

Le réajustement de la loi béninoise n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF n'était pas évitable, à partir du moment où le contrôle de constitutionnalité avait abouti à affirmer que l'inégalité de l'homme et de la femme dans la transmission du nom, par la filiation, était inconstitutionnelle. En effet, cette inégalité ne dérivait ni d'un principe constitutionnel ni d'un objectif à valeur constitutionnelle, encore moins d'un impératif constitutionnel, comme l'a souligné la Cour constitutionnelle dans sa décision du 21 octobre 2021.

49 Cf. art. 337, 3^e tiret, du CPF béninois. V° dans le même sens, art. 471, al. 1^{er}, du CPF burkinabè qui fixe le seuil de l'âge à 30 ans, de même que l'art. 540 du CPF malien (à noter que, dans le cas malien, l'adoption est expressément exclue pour toute personne homosexuelle, selon l'art. 522, al. 4, du même code).

50 En réalité, cela correspond au cas de l'art. 6, al. 4, du CPF béninois.

51 Art. 6 nouveau du CPF béninois.

Conséquemment, la requérante plaidait pour qu'au plan légal, le nom de l'enfant puisse être constitué du nom du père, accompagné de celui de la mère, sur le modèle de ce qui a cours dans d'autres systèmes juridiques africains⁵².

Au demeurant, l'égalisation des droits des père et mère au niveau de la transmission du nom ne passe pas nécessairement par le port de leurs deux noms accolés. Le principe d'égalité serait encore respecté si l'enfant pouvait recevoir un seul nom de famille, suivant des modalités de choix qui ne donneraient pas la préférence à un sexe par rapport à l'autre⁵³.

Le monopole masculin dans la transmission du nom a, de toute façon, été révisé en partie. En effet, le jour même de la décision de la Cour constitutionnelle, soit le 21 octobre 2021, le législateur béninois a adopté une loi revisitant le CPF dans le sens de la requête⁵⁴. L'article 6 nouveau permet maintenant à la femme de transmettre son nom à l'enfant, en cas de reconnaissance simultanée par les deux parents, même si les cas d'application demeurent confinés⁵⁵. Un nouvel article 6-1 du CPF

52 À l'image de la Côte d'Ivoire (v° loi n° 2020-490 du 29 mai 2020 relative au nom).

53 Ce n'est pas la direction prise par le législateur ivoirien qui a, par sa loi n° 2020-490 du 29 mai 2020 relative au nom, réformé les modes de détermination du « nom de famille », mais n'a pas été jusqu'à instaurer une parfaite égalité entre l'homme et la femme. En effet, sauf exception, l'enfant porte le seul nom paternel ou de l'homme adoptant ou bien ce nom avec le nom de la mère ou de l'adoptante. Si les parents portent déjà des noms doubles, ils ne peuvent transmettre à leurs enfants qu'un seul des deux, de sorte que toute personne ne peut porter, au plus, que deux noms de famille.

54 Loi n° 2021-13 du 21 oct. 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF. Cette loi a été déclarée conforme à la Constitution par DCC n° 21-321 du 10 déc. 2021.

55 Article 6 nouveau (à rapprocher de l'art. 2 de la loi ivoirienne n° 2020-490 du 29 mai 2020 relative au nom) : « 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 dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Ce choix est notifié au médecin accoucheur ou au centre de santé de naissance et dûment porté à la connaissance de l'officier d'état civil. 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 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 ».

béninois⁵⁶ règle aussi la question de la détermination du nom de famille lorsque la filiation n'est d'abord établie qu'en une seule branche⁵⁷. Un autre article 6-2 précise qu'« en cas de désaveu *de paternité*, l'enfant porte le nom de sa mère ». À tout prendre, il n'était pas nécessaire de faire ce complément⁵⁸, étant compris que la mère ne dispose que de l'action en *contestation de maternité ou de paternité*⁵⁹.

Il n'est pas dénié que la loi modificative, par ces changements, apporte une réponse, quoique imparfaite, aux drames familiaux pouvant résulter de l'absence d'héritier mâle pour perpétuer le nom familial. Cependant, l'on peut regretter qu'elle ait été adoptée aussitôt après la décision constitutionnelle tranchant la question dans le vif. Cet empressement peut faire penser à une réforme insuffisamment mûrie, voire un changement législatif d'importance sur fond de complaisance.

En même temps, la décision de la Cour constitutionnelle venait de rendre inapplicable l'article 6 du CPF béninois⁶⁰, à la même enseigne que l'article 12 du même code – ce point fera l'objet des développements suivant – ce qui peut expliquer l'intervention rapide du législateur. Il était, en effet, primordial de ne pas laisser dans

56 Issu de la loi n° 2021-13 du 21 oct. 2021 modifiant et complétant le CPF.

57 Dans le sillage de l'art. 3 de la loi ivoirienne n° 2020-490 du 29 mai 2020 relative au nom, ce passage du droit béninois prévoit que : « *Lorsque la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom de ce parent. Lors de l'établissement du second lien de filiation, durant la minorité de l'enfant, les père et mère peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir soit de lui substituer le nom du parent de l'enfant à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux lorsqu'il n'y aurait pas eu précédemment d'enfant commun entre eux. Dans le cas contraire, le nom choisi doit être identique à celui du ou des enfants qu'ils ont précédemment eus en commun. Le changement de nom est mentionné en marge de l'acte de naissance* ».

58 S'agissant de l'expression « de paternité ».

59 Parallèlement à l'action en désaveu, propre au père, l'article 310, alinéa 2-3, du CPF béninois prévoit que la mère peut contester la paternité du mari, à condition de divorcer et de se remarier au père véritable de l'enfant avant que celui-ci n'ait atteint l'âge de 7 ans (v° aussi art. 453 du CPF burkinabè). L'incidence sur le nom de l'enfant est désormais réglée par le nouvel article 6 issu de la loi modificative du CPF (*supra*, n°20, spéc. note 55).

60 En vertu de l'article 124 de la Constitution béninoise, dont l'alinéa 1^{er} dispose qu'« une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application ».

l'incertitude légale des questions cruciales comme la détermination du nom filial, ni d'ailleurs celle du nom acquis par mariage.

Justement, dans la décision examinée, la haute juridiction a également déclaré l'inconstitutionnalité de l'inégalité homme-femme dans le port du nom conjugal.

II. L'inconstitutionnalité de l'inégalité dans le port du nom conjugal

Le recours en inconstitutionnalité de madame Eucharistie Kotounou s'appuyait également sur la violation du droit à l'égalité entre l'homme et la femme par l'article 12 de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF⁶¹.

Touchant au nom acquis par mariage, cette disposition prévoyait un traitement différencié selon le sexe. Le port du nom marital n'était institué que pour la femme, que ce soit pendant l'union matrimoniale ou à la fin de celle-ci. Précisément, après avoir constaté l'inconstitutionnalité de l'usage unilatéral du nom conjugal au cours du mariage (A), les juges ont également relevé l'inconstitutionnalité de la conservation unilatérale du nom conjugal lorsque celui-ci prend fin (B).

A. L'inconstitutionnalité de l'usage unilatéral du nom conjugal

Il ressortait de l'article 12, alinéa 1^{er}, que « la femme mariée garde son nom de jeune fille auquel elle ajoute le nom de son mari ». Dans le même temps, il n'était pas prévu pour l'homme marié la possibilité « de garder son nom de jeune homme auquel il ajoute le nom de sa femme », tel que le mettait en exergue la requête. En outre, la disposition ne semblait pas accorder le choix à la femme, quant à faire usage ou non du nom de son époux⁶². Par voie de conséquence,

61 Cet article a aussi été réécrit par la loi n° 2021-13 du 21 oct. 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF (*infra*, n° 35).

62 Comparer avec l'article 41, al. 1 et 2, du CPF du Burkina Faso : « *La femme mariée conserve son nom.*

la femme seule changeait de nom d'usage à partir de la célébration de l'union matrimoniale par un officier de l'état civil⁶³.

Dans les faits, la femme continuait de porter son propre nom de famille, qui était accolé au nom de famille, ou plutôt nom patronymique, de l'époux. Ce qui est présenté comme une faveur accordée à la femme, est « fondé sur une coutume enracinée (pratique et conviction) »⁶⁴ calquée sur la France qui a, depuis lors, refondu son régime juridique du nom⁶⁵. Cette apparence de «droit» d'usage du nom conjugal ne serait-elle pas, en réalité, l'expression de la vivacité de la puissance maritale ? Pareille interprétation n'est pas démentie par l'inexistence du même «droit» au profit de l'homme marié.

L'on a pu faire valoir que le fait, pour la femme, d'user du nom du mari milite en faveur de l'unité familiale⁶⁶. Ainsi est-il affirmé que « la coutume a toujours permis à l'unité du mariage de se manifester par l'unité du nom »⁶⁷. En restant dans cette idée, il faudrait bien reconnaître que si l'usage en était bilatéralisé, cela participerait d'autant plus à singulariser les conjoints mariés entre eux et *ipso facto* la famille issue de leur mariage. Pour bien faire, les époux pourraient même décider de porter leurs deux noms de famille respectifs dans un ordre identique.

Toutefois, il n'est pas dérogé à l'usage en vertu duquel elle porte, dans la vie courante, le nom de son mari ». V° aussi art. 35, al. 1 et 2, du CPF du Mali : « *La femme mariée conserve son nom. En outre, elle acquiert par le mariage et le temps qu'elle reste veuve le droit d'user du nom de son mari* ».

63 La seule forme de conjugalité reconnue par le Bénin, comme par beaucoup d'autres États africains du reste.

64 G. CORNU, *Droit civil : Introduction – Les personnes – Les biens*, 12^e éd., Paris, LGDJ, 2005, n° 591. À ce titre, une femme mariée a pu demander réparation au mari ayant présenté sa concubine sous son nom (France, TGI Briey, 30 juin 1966, J.C.P. 1967. 2. 15130).

65 F. LAROCHE-GISSEROT, « Nom de la femme mariée : le désordre s'installe », *D.* 2003, p. 633, n° 3.

66 Pour ce qui concerne l'Afrique, l'explication de « la nécessité d'intégrer la femme dans la famille du mari » (M. ILBOUDO, *Droit de cité, Être femme au Burkina Faso*, Montréal, Les éditions du Remue-ménage, 2006, p. 101) paraît plus crédible.

67 G. CORNU, *op. cit.*, n° 589. L'auteur ne manque pas de souligner, néanmoins, que « ce n'est pas exactement de la même manière pour le mari et pour la femme. Le mari garde l'usage de son nom [...] Pour la femme mariée, on admet que, sans perdre son nom de jeune fille (son nom de naissance), elle prend, par l'effet du mariage, l'usage du nom de son mari, nom marital » (*ibid.*).

En marge, il ne faut pas perdre de vue que l'appellation de la femme par le nom de l'époux est une pratique plutôt récente dans le contexte africain⁶⁸.

Elle est, en fait, contemporaine de la colonisation⁶⁹ et elle est, en plus, assez sélective. En effet, cette matérialisation est surtout remarquée dans les milieux urbains et instruits à l'occidentale. Dès lors, sa généralisation par les lois africaines sur la famille interroge, d'autant qu'elle n'a pas d'incidence véritable sur la solidité du lien conjugal. Au sens obvie, « le mariage n'oblige pas à la fusion des deux personnalités »⁷⁰. Alors, la liberté matrimoniale doit trouver à s'exprimer à l'égard du nom également.

Somme toute, le port du nom marital, dans sa version unilatérale, paraît avoir été pensé comme un attribut de l'homme, « chef de famille »⁷¹. En cette qualité, ce dernier donne son nom à l'épouse et éventuellement aux enfants. Incontestablement, derrière l'affiche de l'unité conjugale, le port du nom du mari contribue à asseoir la supériorité masculine dans le mariage⁷². Autrement, l'inverse serait institué. Ce n'était pas le cas en droit béninois, ainsi que le notait la requérante.

Au demeurant, le doyen Carbonnier exprimait clairement que le nom est le prolongement de la puissance maritale, en désignant le nom de la femme, fût-elle mariée, comme étant « le nom du mari de sa mère »⁷³. Cette réflexion met en lumière que, du moment où le nom de l'enfant est donné par référence au père, le fait pour la femme de conserver son nom de naissance ne résout qu'en partie le problème de l'autonomie du nom, puisque elle-même tient ce nom de son père⁷⁴.

68 A. DABO, *op. cit.*, n° 233, spéc. note n° 818.

69 M. ILBOUDO, *Droit de cité, Être femme au Burkina Faso, op. cit.*, p. 101.

70 *Ibid.*, p. 100.

71 Ces termes litigieux ont été expurgés de bien de Codes de la famille en Afrique, mais l'esprit n'en continue pas moins de les imprégner (A. DABO, *op. cit.*, n° 231).

72 M. ILBOUDO, *Droit de cité, Être femme au Burkina Faso, op. cit.*, p. 101.

73 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 554.

74 La France aussi a, pendant longtemps, utilisé l'expression de « nom patronymique », puis elle a opéré de profonds changements à partir de la loi n°85-1372 du 23 déc. 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants

Dans les droits qui lui ouvrent cette faculté, la femme peut choisir de porter seulement son propre nom patronymique⁷⁵. La loi béninoise allait cependant plus loin, car la femme qui entrait en mariage portait systématiquement, non seulement le nom reçu de sa branche paternelle, mais encore ce premier nom patronymique était associé au deuxième qu'elle tenait de son époux. À s'en tenir à l'ancien libellé de l'article 12, alinéa 1^{er}, du CPF béninois, à savoir l'adjonction obligatoire du nom marital, l'option n'apparaissait pas équitable pour la femme. Effectivement, si l'on accepte que celle-ci est, de nos jours, souvent appelée à travailler dans l'espace public, il faudrait, dans le même ordre d'idées, admettre qu'elle a besoin de s'y faire connaître sous un nom intangible. Or, l'identification par le nom marital, même résultant du choix de la femme, quand choix il y a, n'est pas une situation acquise une fois pour toutes. Elle est fonction de l'état de la relation conjugale, par suite, susceptible de varier dans le temps. La particularité du traitement réservé à la femme était, de ce point de vue, constitutive de discrimination à son égard.

Les époux, suivant leur sexe, n'étaient pas placés sur un pied d'égalité quant aux effets personnels du mariage sur le nom. La requérante arguait, de ce fait, que l'article 12 du CPF béninois contredisait aussi bien l'article 26, alinéas 1^{er} et 2^e, de la Constitution béninoise, que les articles 3 et 18, alinéa 1^{er}, de la CADHP. Les juges constitutionnels ont acquiescé à son argumentaire.

Le sens dans lequel se sont prononcés les sages de la Cour constitutionnelle, l'on s'en doute, peut ne pas recueillir l'adhésion du plus grand nombre de citoyens béninois. Au moins, cette décision aura mis à nu l'incohérence des dispositions du CPF béninois

mineurs. Cette loi a remodelé l'ensemble des règles relatives au nom. Ensuite, les lois n° 2002-304 du 4 mars 2002 relative au nom de famille et n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique sont intervenues pour remanier les règles d'attribution du nom d'origine ayant prévalu jusqu'à leur adoption (*cf.* art. 311-21 s. du Code civil français).

75 Le CPF burkinabè prévoit en son article 41, alinéas 1 et 2, que « la femme mariée conserve son nom », mais qu'« il n'est pas dérogé à l'usage en vertu duquel elle porte, dans la vie courante, le nom de son mari ».

querellées avec le principe constitutionnel d'égalité. Corrélativement, cette jurisprudence est conforme à l'esprit juridique, détaché de considérations socio-anthropologiques⁷⁶. En effet, afin de rétablir l'égalité comme il était demandé, le législateur béninois devait ou bien supprimer l'institution du port automatique du nom conjugal à l'endroit de la femme uniquement ou bien étendre la pratique aux deux époux, afin de faire de l'usage du nom obtenu par mariage un «droit» mutuel. Dans la dernière hypothèse, l'unité familiale, par renvoi de part et d'autre à l'identité du conjoint, n'en serait que renforcée. Peut-être est-ce cette logique qui se retrouve dans la nouvelle loi modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF⁷⁷ ?

Pour finir, il faut se demander si des réflexions approchantes peuvent être faites à propos de la conservation du nom conjugal après la dissolution du mariage. De l'avis des juges constitutionnels, l'inconstitutionnalité ne se limite pas à l'usage unilatéral du nom de l'époux dans le mariage, mais s'étend aussi à la conservation unilatérale du nom de l'époux à la fin du mariage.

B. L'inconstitutionnalité de la conservation unilatérale du nom conjugal

À la suite de l'ancien alinéa 1^{er} de l'article 12⁷⁸ du CPF béninois, relatif au nom double de la femme à dater du mariage, les alinéas 2 et 3 du même article disposaient que :

« Il en va de même pour la veuve jusqu'à son mariage.

La femme divorcée peut continuer à porter le nom de son mari avec le consentement de ce dernier ou sur autorisation du juge. »⁷⁹

76 Encore pourrait-il être posé la question de savoir s'il est possible, en matière législative ou jurisprudentielle, de s'inscrire dans une vision rigoureuse du droit, sans interférence d'ordre culturel ?

77 *Infra*, n°35.

78 *Supra*, n° 23.

79 Comparer avec l'art. 43 du CPF burkinabè : « *Par le divorce, la femme perd l'usage du nom de son mari. Toutefois, elle pourra le conserver, soit avec l'accord du mari, soit sur autorisation du juge si elle justifie qu'un intérêt particulier s'y attache pour elle-même ou pour les enfants* ».

L'on remarquera qu'il n'était pas fait cas du veuf, pas plus que de l'homme divorcé. Au total, lorsque le lien matrimonial se dissolvait, soit normalement pour cause de mort ou anormalement par divorce, la puissance maritale continuait d'avoir quelque effet, à travers le nom de défunt ou de l'ex-mari que la femme portait par-delà. Cette coutume française, reprise sous le couvert des lois africaines sur la famille, semble provenir de ce qu'il existe « comme une forme de tabou » autour du nom de la femme, un « nom qu'il faudrait dissimuler »⁸⁰. Cette tradition contribue, pour le moins, à l'invisibilisation de la femme mariée dans la société⁸¹.

De surcroît, le port du nom marital par la femme permet, plus prosaïquement, de connaître sa situation matrimoniale ou, à tout le moins, de savoir qu'elle a déjà été mariée. Pourtant, en tant que « vestige d'un temps où la femme voyait sa capacité entamée par le mariage, ce qui pouvait intéresser les tiers, la curiosité sur la situation matrimoniale des femmes n'a plus lieu d'être et se trouve même discriminatoire »⁸². La codification pourrait, sous cet angle, contribuer à l'éclosion d'un nouveau paradigme.

Dans une autre perspective, la conservation du nom d'épouse par la femme ayant divorcé ne fait pas obstacle à ce que l'ancien mari transmette à nouveau son nom à une autre à travers le mariage. En tout état de cause, l'usage du nom marital ne survit pas à un remariage

Pareillement, l'art. 35, al. 2-5, du CPF malien dispose que « *En outre [la femme mariée] acquiert par le mariage et le temps qu'elle reste veuve le droit d'user du nom de son mari ; cette acquisition est anéantie par le divorce. Néanmoins, la femme divorcée peut conserver l'usage du nom de son mari, avec l'accord de celui-ci, si elle justifie d'un intérêt légitime particulier pour elle ou pour les enfants. La femme séparée de corps conserve le droit d'user du nom de son mari. La veuve non remariée peut conserver l'usage du nom de son mari* ».

80 Th. DUBAELE, *Le nom de la femme mariée*, Thèse de doctorat, Université de Lille II, déc. 1991, p. 6.

81 Une organisation de la société civile a mis en évidence que le nom des femmes est souvent effacé au profit de leurs maris (cf. J.-L.D. avec AFP, « Féminisme : Une association dénonce l'invisibilisation du nom des femmes », *20minutes.fr*, 15 mars 2021, consulté le 14 jan. 2022 sur <https://www.20minutes.fr/societe/2999307-20210315-feminisme-association-denonce-invisibilisation-nom-femmes>).

82 F. LAROCHE-GISSEROT, *op. cit.*, n° 10.

de la femme⁸³. De même, la jurisprudence retient traditionnellement que l'usage du nom du conjoint conservé après la dissolution du précédent mariage se perd après un remariage⁸⁴. Le port du nom marital est donc contingenté et il apparaît, ainsi, qu'il est source d'instabilité identitaire.

Au bout du compte, il s'avère difficile d'accueillir d'un côté « l'aspiration pour les femmes à une identité propre, acquise hors du mariage, et la volonté, déroutante dans ce contexte, pour de nombreuses femmes divorcées de conserver le nom du mari »⁸⁵. Tout bien considéré, le nom de la femme mariée reste une question délicate⁸⁶.

Au surplus, l'on a pu présenter la conservation du nom marital comme un droit reconnu à la femme, qui est soit exercé avec l'accord du mari dont elle a divorcé soit forcé avec le concours du juge. Le postulat veut que la femme qui est plus connue sous le nom obtenu après mariage puisse conserver celui-ci, afin de ne pas préjudicier à l'activité qu'elle mènerait sous ce nom. Mais une telle issue se présenterait-elle si la femme, à l'image de l'homme, ne changeait pas de nom à partir du mariage⁸⁷ ? Le problème n'existerait plus tout simplement : ce qui n'a jamais commencé n'a aucunement besoin d'être poursuivi !

83 V° spéc. art. 35, al. 5, du CPF malien.

84 M. LAMARCHE, « Nom d'usage et nom légal de la femme mariée, la confusion permise au nom de l'intérêt légitime à changer de nom pour des motifs d'ordre affectif ou l'attribution du nom par affection », *LexisNexis*, Droit de la famille, n° 2, fév. 2015, alerte 8.

85 F. LAROCHE-GISSEROT, *op. cit.*, n° 7.

86 E. YEDEDJI-GNANVO, « Un exemple de droit écartelé entre tradition et modernité : le nom de la femme mariée au Bénin », *Revue béninoise des Sciences juridiques et administratives*, n° 15, 2005, p. 33-60.

87 Sur le plan factuel, tant que le statut de femme mariée restera, en Afrique, socialement plus valorisé que celui d'homme marié, l'affiche du nom du mari apparaîtra comme le moyen immédiat de révéler son conformisme.

Lorsque la femme est connue sous le nom du mari, dans l'éventualité d'un divorce, elle subit inévitablement un préjudice si, pour une raison ou une autre⁸⁸, elle devait cesser de porter le nom marital sous lequel elle s'est fait connaître dans sa profession.

La question est d'ailleurs à l'origine de nombreux litiges entre conjoints divorçant⁸⁹. Par anticipation, le législateur béninois, à l'instar de son homologue burkinabè, a prévu que le juge peut intervenir en cas de désaccord entre les époux sur la poursuite du port du nom marital après le divorce⁹⁰. Contrairement à eux, le législateur malien ne permet la conservation de ce nom après divorce qu'avec le seul accord de l'ex-mari⁹¹.

En l'occurrence, la requérante invoquait la discrimination, en matière de nom, envers la femme veuve ou précédemment mariée. La Cour constitutionnelle l'a suivie dans son raisonnement. En effet, l'admission de la conservation du nom marital au moment de la rupture du lien matrimonial, pour la femme et non pour l'homme – lequel n'aura jamais pu commencer à le porter d'ailleurs, en raison de la loi – n'était pas conforme aux articles 26, alinéas 1 à 2, de la Constitution béninoise et aux articles 3 et 18, alinéa 1^{er}, de la CADHP. En conséquence, la loi a été jugée inconstitutionnelle en cet article 12, autre siège de la contrariété avec les textes juridiques encadrant le CPF béninois.

88 Soit qu'elle ait fait le choix de ne plus le porter, soit que l'usage de ce nom lui soit refusé par l'ex-mari ou par le juge.

89 V^o Sénégal, Cour de cassation, arrêt n^o 75/2002, 15 mai 2002 : dans cette affaire, il a été donné acte au mari de ce qu'il interdisait l'usage de son nom après divorce par l'ex-épouse ; Tchad, Cour suprême, Chambre judiciaire, arrêt n^o011/CS/CJ/SC/05, 17 févr. 2005 : en l'espèce, le divorce avait été prononcé aux torts exclusifs de la femme. Ayant continué à porter le nom marital après la séparation, l'ancien époux a agi, avec succès, en interdiction de l'usage de son nom patronymique par l'épouse divorcée ; Bénin, Cour suprême, Chambre judiciaire, arrêt n^o 10, 25 nov. 1970, où il a été fait défense à la femme de porter désormais le nom du mari d'avec lequel elle avait divorcé. Ce florilège de décisions illustre le caractère épineux de la conservation du nom marital après une séparation contentieuse.

90 Cf. art. 12, al. 3, du CPF béninois ; art. 43, al. 2, du CPF burkinabè.

91 V^o art. 35, al. 3, du CPF malien. Cette disposition fait entièrement dépendre la conservation du nom conjugal de l'avis de l'ex-époux, alors que ce dernier peut ne pas se montrer conciliant.

En réalité, la disposition de l'article 12 ne pouvait pas, plus que celle de l'article 6 du même code⁹², s'interpréter comme étant favorable à la femme, si toutefois l'on convient que le port du nom du conjoint, lorsqu'il ne résulte pas de l'exercice d'une réelle liberté, ne fonctionne pas comme un droit⁹³. Dans la configuration passée du droit béninois, l'usage du nom conjugal semblait plutôt se décliner comme un devoir imposé à la femme. Expression de la puissance maritale, ce «droit» était empreint d'unilatéralisme, d'où l'inexistence d'une prescription réciproque à l'endroit du mari.

Ainsi compris, la loi n° 2021-13 du 21 octobre 2021 modifiant et complétant la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF est quelque peu venue briser la tradition⁹⁴. Indubitablement, l'article 12, dans sa nouvelle rédaction, met fin à l'inégalité des époux dans l'usage du nom conjugal, officiellement du moins, car le changement législatif ne permet pas de préjuger de la pratique qui s'ensuivra.

L'article 12 nouveau dispose que : « 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. »⁹⁵ À présent, sur le fondement de la loi modifiée, chaque époux peut conserver son nom ou prendre celui du conjoint ou adjoindre à son nom le nom conjugal. Mais, parmi toutes, l'option de «prendre le nom du conjoint» paraît ambiguë. En effet, serait-il permis à une personne, au nom du mariage, de substituer purement et simplement à son propre nom de famille celui du conjoint ? Si cela

92 *Supra*, n° 9 s.

93 Lire M. ILBOUDO, « La liberté matrimoniale », *Revue burkinabè de droit*, n° 32, 1997, p. 226-265, spéc. p. 227.

94 S. K. HONVOU, *Le principe d'égalité en droit béninois de la famille*, Thèse de doctorat en Droit, Université d'Abomey-Calavi – Université Paris-Est, 2016, 455 p. L'auteur y fait notamment la part entre « la tradition comme obstacle à l'égalité en droit de la famille » (p. 51 s.) et « la loi comme ouverture à plus d'égalité en droit béninois de la famille » (p. 137 s.).

95 Dans sa réforme du régime du nom, la Côte d'Ivoire n'a pas opéré de changement au niveau du nom marital (cf. loi n° 2020-490 du 29 mai 2020 relative au nom).

était autorisé, ce nom pourrait-il alors se perdre en cas de désunion ? L'on peut voir, à travers ces interrogations, qu'une telle orientation installerait le désordre dans l'identification des individus, notamment par rapport à leur ascendance⁹⁶. Pour le reste, l'article 12 nouveau prévoit qu'en cas de veuvage ou de divorce, chacun des conjoints peut, à sa guise, continuer de porter le nom de l'ancien époux.

À l'effet de se prononcer sur les deux chefs de violation qui leur étaient soumis, tel qu'ils l'ont fait, les sages de la Cour constitutionnelle ont pris le soin de circonscrire les situations dans lesquelles une entorse au principe d'égalité pouvait être caractérisée. Ainsi, la violation est consommée « lorsqu'il est établi qu'il n'existe aucune justification objective et raisonnable ; qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »⁹⁷.

Plus exactement, la règle « à situations identiques, règles identiques »⁹⁸, avec son pendant « à situations différentes, règles différentes »⁹⁹, cesse d'être impérative « lorsque les personnes qui sont placées dans la même situation sont traitées différemment en raison de ce que cette discrimination vise à satisfaire un principe constitutionnel ou atteindre un objectif constitutionnel ou un impératif constitutionnel supérieurs »¹⁰⁰. Pour déroger au principe d'égalité strictement posé, il faut pouvoir justifier de l'une de ces raisons au moins.

Ce n'était pas le cas de la loi n° 2002-07 du 24 août 2004 portant CPF, raison pour laquelle elle était à nouveau convoquée devant la juridiction constitutionnelle. Sur un tout autre plan, il faut concéder que la tâche des juges a été relativement facilitée par le fait qu'ils

96 Dans cette hypothèse, l'on assisterait à une systématisation de vrais changements de nom au mariage, plus vraisemblablement pour la femme. La situation pourrait être pire que celle de l'adjonction du nom du mari.

97 DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, 1^{er} considérant.

98 Pour aller plus loin, lire G. BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Friedrich-Ebert-Stiftung, Cotonou, 30 avr. 2013, p. 42 s.

99 *Ibid.*, p. 47 s.

100 DCC n° 21-269 du 21 oct. 2021, II- Sur les violations alléguées, 4^e considérant.

n'avaient pas à arbitrer un conflit entre le droit à l'égalité entre tous et un droit d'importance égale. Néanmoins, si la situation s'était présentée, ils n'auraient pas pu se prononcer, ainsi qu'ils se sont plu à le rappeler¹⁰¹, contrairement à l'article 18, alinéa 3, de la CADHP, lequel élève en priorité la protection de la femme lorsque plusieurs droits fondamentaux sont en concours.

CONCLUSION

La décision de la Cour constitutionnelle du Bénin, si elle est conforme à la Constitution et aux engagements internationaux souscrits par l'État, n'en demeure pas moins avant-gardiste¹⁰², par comparaison avec la jurisprudence constitutionnelle d'autres États de l'Afrique francophone¹⁰³. Pourrait-on estimer, par suite, que «la Cour constitutionnelle du Bénin en fait trop»¹⁰⁴ ? Pour certain, cette décision ne saurait être résumée à «une fantaisie de plus»¹⁰⁵. Au risque d'être taxée d'opportuniste, la décision a, au moins, le mérite de crever l'abcès des normes inférieures à la Constitution – et quelques fois même postérieures – qui lui sont contraires et que personne n'ose déférer à la censure de la juridiction constitutionnelle¹⁰⁶.

101 *Ibid.*, 5^e considérant.

102 Cette Cour constitutionnelle avait auparavant tranché, dans la même veine (v^o DCC n^o 09-081 du 30 juil. 2009), une exception d'inconstitutionnalité soulevée à l'occasion d'une instance de divorce devant le Tribunal de première instance de Cotonou, à propos de l'inégalité homme-femme dans la répression de l'adultère d'un conjoint marié, tel qu'organisée par les art. 336 à 339 du Code pénal en vigueur en République du Bénin. Ceux-ci punissaient plus sévèrement la femme, par rapport à l'homme convaincu d'adultère.

103 Lire H. AKEREKORO, *op. cit.*, p. 15 s. ; S. BOLLE, « Les leçons de Giessen », in *Le défi de la démocratisation et le rôle des Cours Constitutionnelles – La justice constitutionnelle en Afrique de l'Ouest francophone*, Franz von Liszt-Institute, Justus Liebig University, Giessen, 24-25 mai 2013, p. 1-2.

104 D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in Joël Aïvo (dir.), *La Constitution du Bénin du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?* Mélanges en l'honneur de Maurice Abanhango Glèlè, Paris, L'Harmattan, coll. « Études Africaines », 2014, p. 687-715.

105 J. DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », *Afrilex*, avr. 2014, 27 p.

106 Le CPF burkinabè représente un cas flagrant. Il consacre un certain nombre de dispositions contradictoires des valeurs constitutionnelles (par exemple, l'option de polygamie [art. 257 du CPF burkinabè], le principe de la dévolution du nom du père à l'enfant [art. 36 s. du CPF burkinabè], la

Cette décision permet, une fois de plus, à la juridiction constitutionnelle de jouer son rôle de gardien juridictionnel de la Constitution, en réaffirmant la suprématie de la loi fondamentale sur toutes les normes nationales qui lui sont inféodées.

Au reste, la rapide modification de la législation critiquée afin de la conformer à la Constitution – quoique inachevée à cause des inégalités qui demeurent – est une manifestation du respect par les pouvoirs publics de l'autorité des décisions des juges constitutionnels. Il est possible d'en inférer que le Bénin a un système plutôt performant de protection des droits fondamentaux, consolidé par une justice constitutionnelle plus dynamique qu'ailleurs sur le continent africain¹⁰⁷.

Pour le reste, il n'est pas nié que l'action progressiste de tout législateur africain achoppe sur des obstacles socioculturels difficiles à surmonter. Mais, le propre de la norme juridique n'est-il pas, justement, de réguler les comportements afin de tendre vers une société plus juste ? Il est probable que la réforme du nom filial sera reçue avec moins de réserve que celle du nom conjugal, pour lequel les nouvelles dispositions prendront sans doute du temps à rentrer dans les habitudes. De fait, en droit français où le port bilatéral du nom conjugal est consacré depuis 2004¹⁰⁸, il n'est pas remarqué que beaucoup d'hommes usent du double nom. Cet état de fait peut laisser croire à l'inutilité de l'équivalent masculin. En outre, dans le contexte africain, prévoir l'usage réciproque du nom marital pourrait convaincre

priorité de l'homme dans le choix du domicile conjugal [art. 294 du CPF burkinabè]), mais n'en est pas moins appliqué depuis 1990 sans heurts. Adopté par la *zatu* An VII/0013 du 16 nov. 1989 et entré en vigueur le 4 août 1990, le CPF du Burkina Faso n'a pas été modifié encore. En fait, le projet de révision en cours butte sur les dispositions en faveur de l'égalité des sexes, spécifiquement le rehaussement de l'âge matrimonial féminin et son uniformisation à 18 ans pour l'homme et la femme.

107 H. AKEREKORO, *op. cit.*, p. 15.

108 Par les lois n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce (art. 264 du Code civil français) et n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (art. 225-1 du même code).

que l'œuvre législative est à la recherche d'une sorte d'égalitarisme qui ne serait pas la meilleure traduction de l'égalité homme-femme.

Par conséquent, il faut peut-être relativiser la portée de la DCC n° 21-269 du 21 octobre 2021 et de la loi qu'elle a inspirée, la loi n° 2021-13 du 21 octobre 2021, quant à un renversement du vécu des citoyens béninois.

Tout de même, l'évolution récente du droit béninois marque une avancée certaine vers l'égalisation des sexes en matière juridique, particulièrement dans leur rapport au nom de famille.

LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU BÉNIN À L'ÉPREUVE
DES TRADITIONS ET COUTUMES AFRICAINES OU
COMMENT SAISIR LE CITOYEN DANS TOUS SES ÉTATS ?

Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI

Docteur en droit, Université d'Abomey-Calavi

Il faut quitter le Bénin et suivre et/ou participer à des débats politiques et constitutionnels dans des pays d'Afrique, d'Europe et d'Amérique pour prendre toute la mesure de l'énorme dette que l'on a contractée auprès du Professeur Théodore HOLO en suivant ses enseignements de droit constitutionnel à l'Ecole Nationale d'Administration et à la Chaire Unesco des droits de la personne humaine et de la Démocratie de l'Université d'Abomey-Calavi. Cette science du droit constitutionnel que le Professeur Holo enseigne avec une aisance admirable dans les facultés de droit, il l'a mise au service du citoyen à la Cour constitutionnelle où il a officié, en tant que conseiller avant d'en prendre la présidence. La Cour constitutionnelle du Bénin est l'une des premières en Afrique, sinon la première de l'espace d'Afrique francophone à connaître la saisine directe des citoyens ordinaires. Ce privilège de l'action populaire ou du recours direct au juge fait du citoyen «la pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin», parce qu'il est devenu «l'initiateur privilégié du mécanisme de la suprématie de la Constitution et de la protection des libertés ». L'accès du citoyen au prétoire expose fatalement la Haute juridiction constitutionnelle à la réception des requêtes du citoyen lambda ou ordinaire, mais aussi et surtout du citoyen dans tous ses états.

1 HOLO (T), « Le citoyen : pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », Communication, in Actes du 6e congrès de la ACCF, « Le citoyen et la justice constitutionnelle ». Marrakech, Maroc juillet 2012, in <https://accf-francophonie.org/publication/actes-du-6e-congres/#le-citoyen-pierre-angulaire-de-la-justice-constitutionnelle-au-benin>, consulté le 23 mai 2022.

Le sens du mot «citoyen» varie beaucoup selon les lieux et les époques. Le plus souvent, il se rapporte à une fraction minoritaire ou majoritaire du peuple ou de la population. Juridiquement, le citoyen est appréhendé, au sens général, comme le « membre d'une cité ou d'un groupement politique ». Parfois, il désigne « le national ou le ressortissant d'un Etat ». Mais, dans un sens plus resserré, un citoyen est une « personne qui, dans un Etat démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection de représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance à l'assemblée du peuple. On ne peut pas oublier qu'à l'époque coloniale, le terme de citoyens se référerait aux personnes qui ont la jouissance des droits politiques². Il convient de distinguer la citoyenneté de la nationalité. Globalement, si le droit international définit la nationalité comme le lien juridique, la relation spécifique entre une personne et un Etat, relation reconnue par cet Etat³, « *la citoyenneté dans un Etat, quant à elle, est davantage liée à des droits et devoirs politiques, souvent liés à l'exercice du pouvoir politique* »⁴. Appréhendé dans son unité de personne physique, le citoyen est en fait multiple. Il peut être saisi sous son angle étroitement politique (élu, électeur), sous sa facette économique (consommateur), sous son côté professionnel (travailleur), sous son aspect culturel (?), dans sa perspective religieuse (croyants et non-croyants : chrétien, musulman, vodouisant, agnostique etc.). Unique dans son essence, le citoyen a donc plusieurs faces. Le juge constitutionnel le saisit souvent sous sa "face politique", mais, il est amené à le traiter au regard de sa culture et de sa religion. Ces aspects prennent un relief particulier dans le contexte béninois où les traditions et coutumes africaines peuvent être considérées comme des tabous du constitutionnalisme africain,

2 CORNU (G) sous la dir., *Vocabulaire juridique*, 10^e édition, PUF, 2014, p. 176.

3 Arrêt Nottebohm, rapports de la CIJ 1955, p. 23. La Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité a indiqué qu'« il appartient à chaque Etat de déterminer par sa législation quels sont ses ressortissants ».

4 CHALTIEL (F), « la citoyenneté européenne », in Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, n° 23, (Dossier citoyenneté), février 2008.

c'est-à-dire des questions cachées, des non-dits/impensés et des interdits⁵. Globalement, les traditions et les coutumes sont, en général, des croyances et des pratiques sociales observées par la plupart des membres d'une société ou d'une culture et transmises de génération en génération⁶. Il s'agit de « tout ce qui concerne les habitudes, les usages traditionnels, les façons collectives d'agir et de penser ». Lorsque l'on réfère ces deux mots à l'Afrique, il émerge en dehors des comportements et observances, des croyances et pratiques issues des religions traditionnelles ou endogènes dont le Vodun constitue l'une des matrices fondamentales. Les traditions et coutumes africaines englobent donc la littérature orale, les légendes, les coutumes, les observances, les cérémonies et les croyances, en bref, des faits culturels propres aux peuples d'Afrique. Elles renvoient aux valeurs qui symbolisent les civilisations africaines. Ces croyances et pratiques fondamentales sont encore appelées « savoir du peuple » par Paul Sébillot et Jean-Price Mars⁷. Elles sont reconnues par la Constitution du Bénin. Le préambule fait allusion aux « les valeurs de civilisation culturelles, philosophiques et spirituelles qui animent les formes de patriotisme » du peuple béninois. L'article 10 prescrit que : « Toute personne a droit à la culture. L'État a le devoir de sauvegarder et de promouvoir les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles, ainsi que les traditions culturelles ». L'article 53 nouveau de la Constitution dispose que : Avant son entrée en fonction, le Président de la République prête serment « Devant Dieu, les mânes des ancêtres... ». Ce qui renvoie à la philosophie

5 Ces questions taboues renvoient à la problématique de l'adéquation au contexte africain des modèles politiques et constitutionnels de démocratie libérale mis en place depuis les transitions démocratiques des années 1990, Les tabous du constitutionnalisme en Afrique francophone, *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012/2, p. 47-51.

6 HATZFELD (H), « Coutume et tradition », dans : *Les racines de la religion. Tradition, rituel, aleurs*, sous la direction de HATZFELD Henri. Paris, Le Seuil, « Esprit », 1993, p. 41-43. URL: <https://www.cairn.info/--9782020173032-page-41.htm>

7 Price-Mars (Jean), *Ainsi parla l'oncle*, Mémoire d'ancier, 2009, pp. 11-12.

des religions traditionnelles. Enfin, aux termes de l'article 151-1 de la Constitution, « *l'Etat reconnaît la chefferie traditionnelle gardienne des us et coutumes dans les conditions fixées par la loi* »⁸.

La Cour constitutionnel, étant juge de textes juridiques (actes de l'Assemblée nationale, actes émanant du pouvoir Exécutif, les conventions et traités internationaux, certaines décisions de justice), mais aussi juge de faits sociétaux (faits politiques, économiques, sociaux, culturels, divers, une déclaration, une vidéo, un dessin, etc.)⁹, elle est amenée à se confronter aux traditions et coutumes africaines dans leurs relations avec les libertés publiques et l'ordonnance juridique du pays. De plus, son action intervient dans un contexte de revalorisation des traditions africaines. A ce sujet, après avoir fait constater que l'identité redevient un enjeu politique de premier plan en Afrique, Guy Rossatanga-Rignault en appelle à l'urgence d'une prise en compte juridique et constitutionnelle du fait identitaire¹⁰.

Les citoyens béninois adeptes des religions traditionnelles ou tenants des chefferies traditionnelles profitent de l'accès que leur donne la Constitution au prétoire du juge constitutionnel (art. 3, al. 3, 114, 120 et 121 de la Constitution) pour y défendre leurs droits et intérêts. Dans le même temps, les pratiques sociales et culturelles sont également soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle lorsque des citoyens ou des autorités politico-administratives considèrent qu'elles leur font griefs ou bousculent leurs droits, intérêts et prérogatives. C'est dire que la haute juridiction est confrontée dans son office aux traditions, représentations, us et coutumes africaines. La facilitation de l'accessibilité au prétoire de la haute juridiction amplifie ce phénomène, ce d'autant que le citoyen béninois regarde

8 Le Chef de l'Etat vient de mettre en place une commission pour nationale pour proposer une définition du statut de la chefferie traditionnelle.

9 Nicaise Médé a conclu que « Du contentieux des actes fondamentaux, la Cour évolue ainsi vers un contentieux de masse », MEDE (N), *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, édition mise à jour au 30 juin 2018, L'Harmattan-Sénégal, 2020, p. 40 et suiv. et 84.

10 ROSSATANGA-RIGNAULT (G), « Identités et démocratie en Afrique Entre hypocrisie et faits têtus », *Afrique contemporaine*, n° 242, 2012/2, p. 59-71.

la justice constitutionnelle comme la pièce essentielle du mécanisme de l'Etat de droit qui lui permet d'obtenir des réponses relativement rapides à ses requêtes par rapport au fonctionnement de l'appareil judiciaire. C'est par la voie de l'*actio popularis* que la quasi-totalité des requêtes ont été introduites auprès de la Cour constitutionnelle du Bénin en matière de coutumes, us et traditions africaines. Ces requêtes proviennent de l'ensemble du territoire national, du Sud au Nord, même sur les deux "grands Nords" ne se sont pas fortement manifestées¹¹. Cet engouement du citoyen vu sous l'angle des cultures endogènes a permis de produire une jurisprudence constitutionnelle conséquente en matière de coutumes et traditions africaines.

Quel est l'apport de cette jurisprudence à l'édification de l'Etat de droit et à la protection des droits humains ainsi qu'à la paix sociale et sociétale ? Et quelles en sont les limites ? Autrement dit quelles sont les grandes tendances de la production jurisprudentielle de cette mise à l'épreuve de la Cour constitutionnelle avec les cultures et traditions du Bénin profond ?

Une telle étude permettra de replacer le système de démocratie, d'Etat de droit et des droits de l'homme du Bénin dans son contexte historique, culturel et social. Elle pourrait aussi contribuer à « la recherche de nouveaux paradigmes et approches plus conformes aux sociétés et plus aptes à promouvoir la démocratie »¹². De l'examen attentif de la jurisprudence sur les coutumes et traditions africaines, il apparaît que dans cet exercice éprouvant, le juge constitutionnel béninois se préoccupe, en général, de la protection de l'Etat de droit et des droits et libertés de conscience, de religion et de culte (I). Mais, lorsqu'il se trouve devant des cas sensibles, il fait preuve de la plus grande prudence (II).

11 Les villes de provenance recensées sont Porto-Novo, Sèmè Kpodji, Abomey-Calavi, Sô-Ava, Zè, Cotonou, Kpomassè, Dassa-Zoumè, Bohicon, Pobè, Kétou, Azowlissè, Sakété, Savè, Bantè, Tchaourou,

12 du BOIS de GAUDUSSON (J) et KOKOROKO (D), « Les tabous du constitutionnalisme en Afrique francophone. Prélude autour du colloque de Lomé », *op. cit.*, p. 47-51.

I- La protection de l'Etat de droit et des droits de l'homme croyant face et au regard des coutumes et traditions

« *Le constitutionnalisme ne peut que se réjouir lorsque le prétoire de la justice constitutionnelle n'est plus réservé aux seuls gouvernants, lorsqu'il ouvre ses portes aux citoyens* »¹³. Ces propos de Francis Delperée prennent tout leur sens au Bénin où les citoyens, en utilisant abondamment la saisine directe, « *se veulent les sentinelles bénévoles et déterminées de l'ordre constitutionnel auquel ils adhèrent et dans lequel ils se reconnaissent* »¹⁴. Il s'agit, selon le professeur Théodore Holo d'un « *facteur de progrès, de la démocratie et de la consolidation des droits et libertés [d'une] étape majeure dans le processus de modernisation du système judiciaire* »¹⁵. En effet, le citoyen a intérêt que la Cour constitutionnelle assure la suprématie de la Constitution puisqu'il est non seulement l'auteur de cette loi fondamentale qu'il a votée par référendum, mais également, il est le but de ladite Constitution dont l'un des objets est de préserver ses droits et libertés contre les excès du pouvoir. Sans compter la définition de son mode d'implication dans le fonctionnement et le gouvernement du pays.

En se positionnant comme serviteur de la démocratie constitutionnelle, voulue par les citoyens, le juge constitutionnel béninois s'est affirmé dans sa jurisprudence comme le défenseur des principes de gestion de l'Etat (A) mais aussi, comme le protecteur de la liberté religieuse et des droits culturels y afférents (B)

A- La réaffirmation des principes de gestion de l'Etat

Les deux principaux principes de l'Etat de droit que la Cour constitutionnelle a réaffirmé dans le cadre sa jurisprudence sur

13 DELPEREE (F), *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Paris, Economica, 1991, p. 18.

14 HOLO (T), « Le citoyen : pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », « Le citoyen : pierre angulaire de la justice constitutionnelle au Bénin », op. cit.

15 HOLO (T) « Émergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n° 129, 2009/2, p. 101-114

les coutumes et traditions endogènes d'Afrique sont l'ordre public et la séparation des pouvoirs.

1- L'ordre public pour la paix sociale

L'ordre public est une composante de l'Etat en ce qu'il constitue un moyen de mise en œuvre de la règle à laquelle l'Etat et les citoyens doivent être soumis dans le cadre de l'Etat de droit. La Cour constitutionnelle soutient que l'expression des libertés publiques, notamment la liberté de religion et de culture et la jouissance des droits culturels doivent se faire dans le respect de l'ordre public. La haute juridiction a été amenée à effectuer le contrôle des mesures de police destinées à protéger l'ordre public face à des manifestations religieuses ou coutumières.

En 2020, le citoyen Charles Bangbola a formé un recours contre les arrêtés du Maire de la Commune de Pobè, portant interdiction des manifestations du culte «ORO» dans ladite localité. Après examen du dossier, la Cour a indiqué qu'il résulte des dispositions de l'article 25 de la Constitution relative à la liberté d'aller et venir, la liberté d'association, de cortège et de manifestation, que la jouissance des libertés par les citoyens doit se faire dans le respect de l'ordre public établi par loi et les règlements ; que de telles dispositions visent à éviter les abus tant dans la jouissance desdites libertés par les citoyens que dans leur restriction par les autorités publiques » Elle a ajouté que lorsque, comme dans le cas d'espèce « la recrudescence des faits de violence et de vandalisme met en cause l'ordre et la sécurité publics, l'autorité administrative est habilitée à suspendre la liberté de manifestation, à condition que cette mesure soit limitée dans le temps et dans l'espace, et justifié par le péril à prévenir ». Dès lors, « considérant que l'arrêté n°2019-n° 11-139/PDP/SG/STCCD/SA du 2 août 2019 initialement déféré au contrôle de la haute juridiction, portant interdiction de manifestation du culte « ORO » a été rapporté et remplacé par l'arrêté n° 2020 N°11/329/

PDP/SG/STCCD/SA du 19 novembre 2020 portant suspension des manifestations du culte "ORO" dans l'arrondissement de Pobè, commune de Pobè du mardi 24 novembre 2020 au mercredi 24 novembre 2021 ; que la mesure de suspension prescrite par l'autorité préfectorale étant limitée dans le temps et dans l'espace puis justifiée par le péril à l'ordre et la sécurité publics, il y a lieu de dire que cet arrêté n'est pas contraire à la Constitution»¹⁶.

Même si le juge n'a pas défini le contenu de la notion, il émerge de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur l'ordre public quelques constantes. Premièrement, l'exercice des libertés par les citoyens doit se faire dans le respect de l'ordre public établi par loi et les règlements. Le but de cette conciliation entre l'ordre public et les libertés est « *d'éviter les abus tant dans la jouissance desdites libertés par les citoyens que dans leur restriction par les autorités publiques* ». Deuxièmement, les maires des communes sont légalement et constitutionnellement habilités à prendre des mesures de police municipale en vue de d'assurer le maintien de l'ordre public matériel lorsque les manifestations débordent. L'utilisation d'un entonnoir pour prêcher est considérée comme des faits nuisance (Décision DCC 12-166 du 30 août 2012, Gaspard Cyrus Adonai). Troisièmement, l'étendue du pouvoir de police pour l'ordre public va jusqu'à la prévention (Décision DCC 07-134 du 18 octobre 2007, Oba Adetutu). Mais, ce pouvoir n'est ni absolu, ni illimitée : les mesures doivent être **limitées dans le temps et dans l'espace et être** justifiées par le souci d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Autrement dit, les autorités publiques, chargées de garantir l'ordre public, ne peuvent prendre des mesures d'interdiction générale des libertés publiques. Les restrictions qu'elles apportent aux libertés doivent être circonscrites dans le temps et dans l'espace, mais aussi, doivent être indispensables pour atteindre l'objectif de l'ordre et de la sécurité

¹⁶ Cour const., Décision DCC 21-318 du 09 décembre 2021, Charles A. Bangbola.

publics. Elles doivent donc être nécessaires et proportionnées aux dangers encourus. C'est pourquoi dans un dossier de 2017, la Cour a jugé contraire à la Constitution non pas un texte juridique, mais une déclaration, celle du Garde des Sceaux, ministre de la Justice et de la Législation relayée par le ministre de l'Intérieur et de la Sécurité publique qui énonce que « *Nos rues ne peuvent plus être exposées à l'expression de la foi* ». Pour la Cour, cette déclaration s'analyse comme une interdiction absolue d'occupation temporaire d'une voie publique dans le cadre d'une manifestation culturelle ». La Haute s'appuie sur une autre jurisprudence dans laquelle elle soutient qu'il résulte des articles 23 alinéa 1^{er}, 25 et 36 de la Constitution « *que l'Etat garantit la liberté de culte, le droit de manifestation ; que par ailleurs, dans sa décision DCC 17-197 du 06 octobre 2017, la Cour a dit et jugé que l'occupation temporaire d'une voie publique dans le cadre de l'exercice d'une religion ne saurait être analysée comme une entrave à la liberté d'aller et venir pour autant que les usagers de la voie occupée disposent d'une voie de substitution* ». ¹⁷ Dans un dossier de 2003, la haute juridiction a décidé que lorsque le procureur de la République a ordonné la fermeture provisoire de la paroisse chrétienne céleste « Cité Abraham » de Zogbohoulé, il doit apporter la preuve des troubles qu'il entend prévenir¹⁸. Il se dégage de ces décisions une vision restrictive du principe de l'ordre public de façon à favoriser la liberté de l'exercice des cultes. Du contrôle des mesures de police des autorités publiques en vue du maintien de l'ordre public à la défense de la séparation des pouvoirs dans l'Etat, il n'y a qu'un pas que le juge constitutionnel a franchi au nom de l'Etat de droit

2- La séparation des pouvoirs dans l'Etat

Le respect de la répartition des pouvoirs et des fonctions dans l'Etat a inspiré la jurisprudence de la Cour constitutionnelle dans le traitement

17 Cour const., Décision DCC 17-225 du 07 novembre 2017, Arsène Kocou Dossou.

18 Cour const., Décision DCC 03-142 du 16 octobre 2003, Amadou Awaou épouse Santos

des affaires relatives aux coutumes et traditions endogènes d'Afrique. Deux premières décisions prises à ce sujet portent sur l'institution du 10 janvier comme date de la fête annuelle des religions traditionnelles. Le 27 janvier 1997 plus d'une vingtaine hauts dignitaires du culte Vodun¹⁹ des communes de Zagnanado et de Ouinhi demandent à la Cour de faire rétablir la célébration du Culte Vodun le 10 janvier de chaque année. Ils soutiennent que la décision prise par le Gouvernement de suspendre la fête nationale du culte Vodun le 10 janvier 1997 est contraire à la laïcité de l'Etat et à la continuité de l'Administration. Selon la Cour, *« il résulte du dossier que la journée du 10 janvier avait été déclarée en 1996 par le Gouvernement journée nationale de célébration de la fête annuelle du culte Vodun et à ce titre fériée, chômée et payée sur toute l'étendue du territoire national ; que cette fête n'avait pas été instituée par un texte légal »*. Pour la Haute juridiction, *« la requête des hauts dignitaires précités tend en réalité à faire instituer par la Cour une fête légale du culte Vodun »*. Elle a jugé qu'elle *« a une compétence d'attribution et qu'aucune disposition ne lui donne le pouvoir d'instituer une fête légale »*. Elle s'est alors déclarée incompétente parce qu'aux termes de la séparation des pouvoirs instaurée par la Constitution de 1990, modifiée en 2019, seule l'Assemblée nationale a compétence pour voter instituer une fête légale²⁰.

La Cour pouvait ou devrait aller plus loin, en invitant l'Assemblée nationale à voter la loi sollicitée, parce que la double question de droit que pose, en réalité, la requête des hauts dignitaires du Vodun, c'est l'égalité des citoyens croyants devant la loi et la neutralité de l'Etat vis-à-vis des cultes. Les fidèles des religions chrétiennes et musulmanes bénéficiaient de fêtes légales alors que ce n'est pas le

19 L'orthographe du mot « Vodun » est variable. Il peut s'écrire « Vodoun » ou « vodou » ou encore « vaudou ».

20 Cour const., Décision DCC 97-049 du 11 septembre 1997, Dah Soumadjè Houegni Sossou et autres.

cas des vodouïsants. Cette situation peut être interprétée comme une préférence des autorités publiques, notamment du Parlement pour des religions monothéistes importées au détriment des religions endogènes. L'assemblée nationale a bien saisi le malaise constitutionnel. –C'est pourquoi avant même que la décision de la Cour ne soit rendue en septembre 1997, elle a voté la loi n° 97-031 du 20 août 1997, portant institution d'une fête annuelle des religions traditionnelles afin de « promouvoir, conformément à la Constitution, les valeurs nationales de civilisation tant matérielles que spirituelles ».

L'adoption de cette loi a mis fin à ce traitement discriminatoire des vodouïsants. Ladite loi a mis tellement à l'aise la Cour que lorsqu'en 2018, un citoyen a formé un recours aux fins de changer la dénomination de la fête annuelle des religions traditionnelles du 10 janvier en « *journée des louanges et des chorales* » à l'effet de rendre la dite fête plus inclusive, la Cour a répondu qu'*'au sens de l'article 98 de la Constitution, les règles concernant le droit de travail et celui de la fonction publique relèvent des prérogatives du Législateur ; que la fixation et la détermination des fêtes légales relèvent des prérogatives du Législateur »*²¹. Elle assure ainsi le respect du principe de la séparation des pouvoirs au profit de l'Assemblée nationale. Elle l'a fait également en faveur du Gouvernement en désavouant le chef traditionnel de Dassa-Zoumè. Sa Majesté le Roi Egbakotan II et sa cour qui faisaient arrêter et punir, conformément à la tradition et les coutumes Idasha, des citoyens de sa localité qui volent, violent, dénie la paternité d'une grossesse dont ils seraient des présumés les auteurs, etc. La Cour a décidé que « *la royauté n'étant pas une institution républicaine, ni la Constitution, ni la loi ne lui donnent compétence en matière de justice. En infligeant des sévices corporels et des traitements inhumains et dégradants aux personnes mises en cause au mépris*

21 Cour const., Décision DCC 19-303 du 29 août 2019, Frédéric Zinsou Alowakou.

de l'article 18 alinéa 1^{er} de la Constitution, comme le font, même pour prévenir des "châtiments divins beaucoup plus cruels"»²².

Cette décision témoigne de la persistance dans nos sociétés des modes traditionnels de règlement des litiges. Ces pratiques organisent concrètement la mise à l'écart partiel de la Justice officielle, dite moderne²³. C'est pour combattre le phénomène que la Haute juridiction a indiqué, dans sa décision relative au roi Egbakota II, que la compétence de Justice dans l'Etat relève du pouvoir judiciaire et non de la royauté qui ne serait pas une institution républicaine. Elle a aussi sanctionné la violation des droits de l'homme à travers cette Justice coutumière. Aujourd'hui, il serait difficile à la Cour de maintenir que la royauté n'est pas une institution républicaine, car aux termes de l'article 151-1 de la loi 2019-40 du 7 novembre 2019 portant révision de la loi n° 90- 32 du 11 décembre 1990, portant Constitution de la République du Bénin, « l'Etat reconnaît la chefferie traditionnelle gardienne des us et coutumes »²⁴. La question sera de savoir quelles seront ses attributions aux termes de la loi qui sera votée pour préciser les contours du cadre juridique de cette reconnaissance constitutionnelle des chefferies traditionnelles ? Il est évident que ce cadre juridique ne peut autoriser l'atteinte à l'intégrité physique que constituent les sévices corporels et les traitements cruels et inhumains que le roi Egbakota II imposait à ses concitoyens qu'il

22 Cour const., Décision DCC 02-014 du 19 février 2002, Boris Gbaguidi.

23 Le professeur Badara Fall souligne, entre autres, la non disparition de la pratique coutumière de « l'arbre à palabres », une « institution » qui permettent tour à tour discussion, négociation et conciliation, le tout ayant pour finalité de trouver un compromis entre les différentes tendances. cf. BADARA FALL (A), « Le juge, le justiciable et les pouvoirs publics : pour une appréciation concrète de la place du juge dans les systèmes politiques en Afrique », in MORIN (Jean-Yves), sous la dir., *Les droits fondamentaux*, Bruylant, 1998, p. 324

24 Le 11 mai 2022, le Conseil des ministres a mis en place une Commission « composée de quinze (15) personnalités ayant des connaissances et des compétences en histoire, géographie, socio-anthropologie, droit et sur le sujet proprement dit ». Selon le compte rendu du conseil des ministres, la Commission aura pour mission spécifiquement d'une part de « rédiger l'avant-projet de loi portant composition, attributions, organisation et fonctionnement de la chefferie traditionnelle » et d'autre part d'« élaborer des avant-projets de textes d'application de la loi ».

considère comme ses « sujets ». Le travail jurisprudentiel de la Cour consiste aussi à protéger les droits humains.

B- La protection de la liberté religieuse et culturelle

Face à certaines pratiques des adeptes de religions et coutumes traditionnelles, la Cour se dresse comme une défenseuse de la liberté religieuse (2) et de la liberté d'association et de manifestation (2).

1- La défense de la liberté de conscience, de religion et de culte

La liberté de religion comprend le droit de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en communauté, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement de rites²⁵. L'ensemble des libertés de conscience, de religion, de culte peut être mis à rude épreuve par l'intolérance religieuse. La jurisprudence de la Cour s'emploie à protéger ces libertés. Les conflits entre des pratiquants des religions judéo-chrétiennes et les adeptes des cultes traditionnelles ont donné l'occasion à la Cour de rappeler que la liberté de conscience, de religion et de culte est une garantie constitutionnelle dont elle est la gardienne.

L'affaire qui a opposé les adeptes du culte Vodun aux fidèles de l'Eglise évangélique Renaissance d'hommes en Christ à Kpomassè est illustrative de la vision de la Cour. Dans le cas d'espèce, les fidèles du culte Vodoun, notamment ceux des fétiches Adikpo et Avlékété, décrètent habituellement après les cérémonies d'offrandes auxdits fétiches sept jours d'interdiction formelle de pêcher sur le lac Ahémé. La Cour a jugé « *que cette interdiction doit s'analyser comme une façon pour les adeptes des fétiches sus-cités d'imposer leurs croyances et pratiques religieuses à toute la population faite*

25 UNHCR, *Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié et Principes directeurs sur la protection au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés*, (HCR/GIP/04/06 Rev. 1* 28 avril 2004), UNHCR, Genève, 2019, p. 134.

d'animistes, de chrétiens évangéliques et catholiques... ; qu'aucun argument, encore moins celui tiré de la survie de la population et la rareté des poissons dans le lac, ne peut justifier de tels comportements sur un lac qui, au demeurant, est un bien public ; qu'en conséquence, il y a lieu pour la Cour de dire et juger que le fait pour les adeptes des fétiches Adikpo et Avlékété de décréter, après les offrandes à leurs fétiches, des jours d'interdiction de pêche et d'imposer ladite interdiction à toute la population, constitue une violation des articles 2 et 23 précités de la Constitution »²⁶.

La haute juridiction se veut une gardienne vigilante de la liberté religieuse. Pour elle, l'exercice de cette liberté suppose la tolérance réciproque et le respect mutuel entre les adeptes de cultes différents. Ces exigences excluent donc les menaces, intimidations et les violences des uns contre les autres. Constituent des actes d'intolérance religieuse des provocations verbales proférées par un pasteur et le fait pour les dignitaires du culte "ORO" d'interdire de faire résonner des tam-tams autres que les leurs pendant la période des 17 jours de fête de "ORO" (Décision DCC 08-008, Abel A. Ayikpola et al.). Sont également considérés comme des obstacles à la liberté de culte et de religion le fait pour les adeptes du culte Zangbéto d'imposer aux chrétiens de leurs localités de s'initier au Zangbéto, mais aussi de leur interdire l'utilisation des cornes de bœuf pour animer la chorale "Hanyé", une pratique regardée comme une profanation du symbole sacré du culte Zangbéto (Décision DCC 03-049 du 14 mars 2003, Abbé Daniel Aïzannon, Thierry Koukpanou et Prince Agbodjan Roberto Serge). Mais, la Cour n'a pas jugé contraire à la liberté religieuse le fait pour un chef traditionnel de solliciter des habitants d'un village le paiement d'une somme d'argent et la donation de tubercules d'igname pour l'organisation d'une fête traditionnelle lorsqu'il s'agit d'une souscription volontaire ... et non d'une obligation

26 Cour const., Décision DCC 04-106, Ogou Hinnoussi.

imposée aux habitants dont la non-exécution est sanctionnée (Décision DCC 13-021 du 14 février 2013, Comlan Paul Adjilé).

En somme, aucune communauté religieuse ou philosophique n'a le droit d'imposer à l'autre ses croyances ou pratiques religieuses. L'Etat garantit la profession et la pratique libre de la religion sous réserve de l'ordre public. La République étant laïque et les autorités administratives doivent observer la plus stricte neutralité entre les religions et s'interdire de prendre position pour telle ou telle religion²⁷. Elles ont même le devoir d'intervenir pour faire cesser les violences ou prévenir les violences interconfessionnelles²⁸ et intraconfessionnelles²⁹. Cependant, le principe de neutralité ne s'oppose pas à la construction d'une église catholique comme Aumônerie dans une garnison de la gendarmerie nationale³⁰. Il n'interdit pas, non plus, de subventionner sans discrimination les confessions religieuses du pays³¹.

Il se dégage de cette position jurisprudentielle la garantie du pluralisme religieux de la société béninoise, la réaffirmation du principe de liberté et d'égalité religieuses pour les citoyens ainsi que le principe de laïcité de l'Etat (neutralité et d'impartialité) pour les personnes publiques vis-à-vis des religions et des cultes. Cette lecture libérale, ouverte et presque radicale de la liberté de culte et de religion peut être interrogée dans sa pertinence au regard de la décision du juge dans l'affaire opposant les adeptes du culte Vodun aux fidèles de l'Eglise évangélique Union Renaissance d'hommes en Christ à Kpomassè sur le lac Ahémé. Si la sanction contre les destructions des temples et des biens des fidèles des églises évangéliques se justifie pleinement, on peut, par contre, prendre avec

27 Cour const., Décision DCC 97-019 du 6 mai 1997, Adognon Etienne).

28 Cour const., Décision DCC 00-49 du 31 août 2000, Oueounou Ernest.

29 Cour const., Décision DCC 03-028 du 27 février 2003, Comité paroissiaux de l'Eglise renaissance d'homme en Christ, Kossoko Justin et al.

30 Cour const., Décision DCC98-006 du 8 janvier 1998, Badarou Olaniyi Yacouba

31 Cour const., Décision DCC 10-006 du 21 janvier 2010, Franck Adégbola Oké et Décision DCC 09-19 du 26 février 2009, Boni Faakih Oalakorédé O.

beaucoup de réserve l'analyse de l'interdiction de pêcher faite par les chefs féticheurs aux fidèles des églises évangéliques comme « une façon d'imposer leurs pratiques religieuses à toute la population ». Un auteur a interprété cette décision comme une protection de la liberté d'entreprise³². Mais, il nous semble que la décision du juge relève d'une faible analyse des fondements historiques, sociologiques, culturels et scientifiques d'une telle interdiction. Historiquement, les offrandes constituaient le moyen que la société avait trouvé pour donner du temps aux ressources halieutiques pour leur permettre de se régénérer. On peut faire le lien avec les forêts sacrées, qui n'ont de sacré que la volonté de les protéger. Il est prouvé scientifiquement, aujourd'hui que de telles pratiques sont écologiquement efficaces. C'est se parer de préjuger que de condamner systématiquement cette pratique d'interdiction, du moment où les adeptes des fétiches n'obligent pas les autres croyants à faire avec eux des offrandes. Le juge aurait pu demander un encadrement de cette interdiction avec le concours des autorités locales. Ces autorités publiques sont également intéressées par la liberté d'association et de réunion dont le juge prend la défense.

2- La défense de la liberté d'association et de réunion

« Sans doute, les associations demeurent-elles, dans leur grande majorité, le lieu naturel d'engagement des citoyens désireux de défendre leurs intérêts sectoriels, de promouvoir les causes auxquelles ils sont attachés et d'organiser des conditions de leur épanouissement personnel »³³. C'est pourquoi, une liberté publique essentielle leur est dédiée. Au Bénin, la liberté d'association est affirmée par les articles 25 et 98 de la Constitution et l'article 10 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Il en résulte pour le juge constitutionnel que « *la liberté d'association est un droit fondamental de la personne humaine garanti par l'Etat dans les conditions fixées par la loi et*

32 MEDE (N), *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, op. cit. p. 171.

33 Conseil d'Etat, *Les associations et la loi de 1901, cent ans après* - Rapport public 2000, 30 novembre 1999

son exercice est d'initiative individuelle ; qu'il appartient donc aux associés de convenir de la nature, de la forme et des modalités de leur regroupement ». Sur le fondement de ces observations, la Cour a déclaré contraire à la Constitution un vieux décret de 1986 portant statut et règlement intérieur de l'Association nationale des praticiens de la médecine traditionnelle (ANAPRAMETRAB). Le ministre de la Santé publique a tenté de justifier la prise de ce décret par la volonté du gouvernement de mettre en place un cadre réglementaire adéquat pour la pratique de la médecine traditionnelle et reconnaître cette association comme une organisation de santé publique qui favorise la collaboration entre la médecine traditionnelle et la médecine moderne.

Ces arguments n'ont pas convaincu le juge constitutionnel, qui considère que le contrat d'association suppose une liberté de choix des associés, or « *en l'espèce, le décret visé constitue des associés dans une forme sociale qu'ils n'ont pas librement choisi* »³⁴. La Cour a donc voulu rappeler que l'association est une «convention», c'est-à-dire un acte contractuel qui est gouverné par un triple principe de liberté : liberté de création, liberté de choix des objectifs et liberté de détermination des modalités de leur organisation³⁵.

Il est possible que l'administration publique confie à une association une mission de service public et, parfois même, l'investisse de prérogatives de puissance publique. Mais, il faudrait que l'association existe déjà en dehors de l'Etat. Dans le cas d'espèce, l'association est créée par le gouvernement. Le juge a certainement pris en compte le fait que le décret qui a créé et organisé cette association a édicté qu'elle est unique sur toute l'étendue du territoire national. Ce faisant, il empêche ou limite la création d'autres associations de ce type. Or la médecine traditionnelle est d'une telle variété et d'une telle richesse que limiter le nombre de cadres associatifs pouvant

34 Cour const., Décision DCC 18-180 du 28 août 2018, Basile Badjito

35 Conseil d'Etat, op. cit.

permettre son développement risque d'être contre-productif pour le pays et dommageable pour la liberté des citoyens versés dans la médecine traditionnelle, de se regrouper, comme ils le souhaitent, pour donner une impulsion à cette médecine à laquelle recourt une large part de la population.

Cette décision peut être également analysée comme la sanction des pratiques de centralisation de l'ancien régime du Parti de la Révolution populaire du Bénin. C'est pourquoi le juge indique « qu'aux termes de l'article 158 de la Constitution, *« La législation en vigueur en République du Bénin jusqu'à la mise en place de nouvelles institutions reste applicable, sauf intervention de nouveaux textes en ce qu'elle n'a rien de contraire à la présente Constitution ; que si par législation on entend les éléments de l'ordre juridique notamment les lois, décrets, les arrêtés, etc., celle-ci ne survit au sens de l'article 158 de la Constitution que si elle n'a rien de contraire à la Constitution »*. Celle-ci ayant choisi la démocratie libérale, le centralisme démocratique du décret emporte sa disparition du nouvel ordre juridique.

Dans l'affaire opposant Michel Alokpo à la Ministre chargée des Relations avec les Institutions, le juge constitutionnel a sanctionné les modalités d'exercice de la liberté d'association. Se présentant comme le Secrétaire général et le porte-parole du Cadre de concertation des confessions religieuses, un regroupement des chefferies traditionnelles, de la communauté musulmane, des religions endogènes et des religions judéo-chrétiennes, M. Alokpo reproche à la ministre de s'immiscer dans le travail des organisations faïtières de la société civile (espace réservé aux associations), en décidant de distribuer dans les localités du pays les fonds que le gouvernement a alloué aux confessions religieuses et aux chefferies traditionnelles. Le juge n'est pas entré dans le fond du dossier. Il a fait constater « qu'il résulte du règlement intérieur de la Cour que toute association ou tout collectif doit justifier, entre autres, de sa capacité à ester en justice, en rapportant la preuve de

son existence légale par son enregistrement au ministère de l'Intérieur, de la Sécurité Publique et des Cultes ». Au cas où la personne habilitée par les Statuts pour agir au nom de l'association (généralement le président), souhaiterait déléguer son pouvoir à un autre membre du Bureau ou de l'association, il faudra que les statuts l'y autorisent et qu'il donne un mandat formel à ce représentant. La Cour a ainsi tracé les concours d'une des modalités d'exercice de la liberté d'association en lien avec sa saisine. L'action populaire obéit donc à des règles que la Cour s'emploie à répéter en signe de pédagogie à travers sa jurisprudence sur les conditions d'accès son office, même lorsqu'il s'agit de jouir des prérogatives attachées à la liberté d'association.

Malgré, le libéralisme dans les conditions de formation des associations, pour qu'elles accèdent à la pleine capacité juridique, celle d'être une personnalité morale disposant du droit d'ester en justice, elles doivent obtenir une reconnaissance légale à travers le dépôt d'une déclaration préalable au ministère de l'Intérieur. Cette formalité est exigée, quelle que soit la qualité des membres qui les composent, qu'ils soient des citoyens ordinaires ou des personnalités religieuses et/ou traditionnelles. En dépit de cet activisme de la Cour en faveur de l'égalité et des libertés en matière religieuse, elle observe parfois de la prudence face à certains faits sociaux et culturels déferés devant sa juridiction.

II- La prudence de la Cour face aux coutumes et traditions endogènes

Dans l'exercice de son office, la haute juridiction prend des pincettes pour aborder certains dossiers liés aux us, coutumes et traditions africaines. Comment se manifeste cette prudence et quelles en sont les raisons ? Et quelles approches de solutions pour assumer pleinement les valeurs de civilisations matérielles et spirituelles, qui sous-tendent les pratiques et croyances coutumières et religieuses de notre société. L'examen de ces questions amène à saisir les stratégies de prudence du juge constitutionnel qui trouvent leur

source dans les limites de l'Etat de droit appliqué au contexte du Bénin (A). La réponse à ses limites passe par une reconnexion des élites béninoises avec les valeurs des coutumes et traditions africaines en vue de l'inculturation³⁶ de l'Etat et de son droit (B)

A- Les stratégies de prudence du juge ou les limites de l'Etat de droit au Bénin

Certaines décisions de la Haute juridiction soulignent leurs limites dans la mise en œuvre des exigences de l'Etat de droit. Lorsque les sujets des coutumes et traditions deviennent complexes avec l'intervention des données de la spiritualité africaine ou les aspects sensibles des coutumes, le juge utilise des stratégies de contournement qui peuvent consister, soit en un évitement devant « l'état du Bo » (1), soit en un camouflage derrière la neutralité de l'Etat face à l'état des coutumes et traditions, sans toujours donner sa pleine application à l'Etat de droit (2).

36 Le concept d'inculturation est un néologisme de la missiologie catholique [LABBE (Y), «Le concept d'inculturation », Revue des sciences religieuses [En ligne], 80/2 | 2006, mis en ligne le 10 août 2015, consulté le 04 juin 2022. URL : <http://journals.openedition.org/rsr/1875> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/rsr.1875>]. Sa paternité est généralement attribuée à Pedro Arrupe, Père général des Jésuites qui a, le premier appelé, à partir de 1974, l'Église et la Compagnie jésuite à engager la mission d'évangélisation vers l'« inculturation ». Dans sa « Lettre aux Jésuites », en date du mai 1978, il a défini ce concept comme étant : «l'incarnation de la vie et du message chrétiens dans une aire culturelle concrète, en sorte que non seulement l'expérience chrétienne s'exprime avec les éléments propres à la culture en question (ceci ne serait qu'une adaptation superficielle), mais aussi que cette même expérience devienne un principe d'inspiration, à la fois norme et force d'unification, qui transforme et recrée cette culture, étant à l'origine d'une nouvelle création » (P. ARRUPE, « Lettre aux Jésuites » (14 mai 1978), dans *Écrits pour évangéliser*, prés. J.-Y. Calvez). Le cardinal Ratzinger avait introduit le terme d'inter-culturation, pour remplacer celui d'inculturation, plus habituel mais moins juste (par COULON (P), «Sur un « gros mot » qui ne figure pas sur la couverture : inculturation », Revue *Histoire et missions chrétiennes*, 2008/1 n°5, p. 5). Les sciences humaines préfèrent le concept de l'«acculturation» défini comme «un processus de changement culturel résultant de contacts entre des groupes de cultures différentes» [Madeleine GRAWITZ, *Lexique des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 4e éd., 1988, article: acculturation, cité par COULON (P), *ibidem*, p. 5]. Nous avons préféré le concept d'«inculturation» à celui d'«acculturation», parce ce dernier à une charge assimilationniste et donc péjorative, alors que l'inculturation comporte une dimension d'interaction culturelle qui sied à l'exercice envisagé d'une part, et prend en compte la double appartenance culturelle de chaque être humain dont a parlé Amin Maalouf, d'autre part, MAALOUF (A), *Les identités meurtrières*, Paris, Grasset, 1998, pp. 136-137). Mais, il doit être dégageé ici de sa dimension étroitement théologique.

1- L'évitement ou la dérobaide du juge constitutionnel face à l'état du Bô

Dans un essai sur la sociologie politique du Bénin, Victor Topanou a soutenu que l'Etat, la démocratie et l'Etat de droit sont tenus en laisse par « l'état de Bô ». Il théorise ce concept comme étant un état social caractérisé par une véritable jungle où la sécurité individuelle et collective des citoyens est assurée par des personnes physiques privées, et non par un organe impersonnel au service de l'intérêt général. Derrière ce concept, se cachent des pratiques de pouvoirs occultes, consubstantielles à la religion traditionnelle « Vodun » du sud-Bénin. Ces pratiques, a-t-il détaillé, sont de deux types : « Bô », entendu comme le système offensif de protection des individus et de « Glo », entendu comme le système défensif de protection des individus. Au-delà du Sud-Bénin, tout le pays et une large partie du continent africain baigne dans un environnement où les religions traditionnelles et des pratiques magico-religieuses structurent l'univers mental des citoyens. Cet environnement socio-culturel impacte les comportements individuels et l'ordre étatique. Il pèse lourdement sur la mise en œuvre des principes de l'Etat de droit³⁷. Le juge chargé de mettre en œuvre ces principes peut se retrouver démuné devant l'état de « Bô ». Le plus souvent, il esquivé la difficulté. Comme ce fut le cas de l'affaire Yankoti.

Le 6 juin 2013, M. Marcellin Yankoti introduit à la Cour constitutionnelle « une plainte contre Basile Bognaho, chef féticheur à Azowlissè-Ouémé » pour menaces de mort et sollicite l'intervention de la Haute juridiction afin que ses « souffrances soient abrégées ». Dans son exposé, le requérant explique qu'il est la cible de sa belle-famille depuis le décès en couche le 1^{er} mars 2013 de l'une de ses deux épouses. Son beau-père Basile Bognaho et certains membres de sa famille auraient décidé de mettre fin à ses jours ou tout au moins

37 TOPANOU (V.P.), *Introduction à la sociologie politique du Bénin*, L'Harmattan, 2013.

de le jeter en prison. *«Tous les moyens sont bons pour assouvir cette soif. Josiane Bognaho [la défunte] a eu tort aux yeux de sa famille de m'avoir épousé au lieu d'accepter le choix à lui fait par sa famille. Aussi, a-t-elle été vomie toute sa vie par son père. Sa disparition est le moment favorable pour celui-ci pour régler ses comptes. Les menaces de mort me parviennent tous les jours m'obligeant à changer ma carte SIM »*. Il poursuit : *« Nous en étions là quand Basile quand Basile Bognaho lance la Police à mes troussees par le biais d'une déclaration mensongère qui a floué la Police républicaine...*

Malgré la clarté de ma démarche, la puissance financière de mon beau-père m'oblige à vivre dans mon pays comme un réfugié sur une terre étrangère. Mes enfants qui sont dans des classes d'examen comme les autres, sont à la maison et se cachent pour ne pas se faire prendre » ; il conclut : « j'ai essayé en vain de faire régner la paix, mais ceux d'en face sont dans une logique de guerre. C'est pourquoi, j'en appelle à vous ... afin que mes souffrances soient abrégées ». Face à cet appel au secours, la haute juridiction, sans engager une instruction du recours qui aurait pu permettre, au moins d'écouter le beau-père accusé, a répondu que *« l'examen d'une telle demande ne rentre pas dans le champ de compétence de la Cour tel que défini aux articles 114 et 117 de la Constitution ; qu'en conséquence, elle doit se déclarer incompétence »*³⁸.

Si l'on restait dans la logique cartésienne de l'Etat de droit formel, l'on pourrait très rapidement rallier la position du juge. Et pourtant, ce qui est en cause dans cette requête, c'est le droit à la vie de M. Yankoti (menacé de mort) qui est le premier droit fondamental humain que l'Etat est censé garantir, protéger et promouvoir avec ses corollaires, la liberté, la sécurité et l'intégrité de la personne humaine, toutes consacrées par l'article 15 de la Constitution béninoise. En principe, la Cour constitutionnelle, en tant que garante des droits fondamentaux, devrait s'autosaisir du dossier et se prononcer

38 Cour const., Décision 13-102 du 29 août 2013, Marcellin Yankoti.

d'office sur un cas où ces droits sont en jeu, même si les requêtes sont déclarées irrecevables. Elle n'a cherché à écouter ni le mis en cause, ni la Police Républicaine qui serait aux trousseaux du requérant, pour même savoir de quoi il est question. Pourquoi, la Cour a préféré s'éloigner du dossier ou esquiver la difficulté ?

La raison de cette stratégie de l'évitement est simple : le type de menace de mort dont il est question dans ce dossier est une menace mystique qui renvoie à « l'état de Bô », cet environnement mystico-religieux qui imprègne l'univers mental des Béninois. La difficulté à objectiver l'état de la menace a poussé le juge à se mettre à l'écart du dossier. Il s'agit d'un aveu d'impuissance face au « Bô ». En effet, les institutions républicaines béninoises et d'autres pays africains sont souvent désarmées, désemparées devant les dossiers dans lesquelles il est question de sorcellerie, de menaces mystiques ou spirituelles, en bref, de Bô. La mémoire collective se souvient même que dans les années 1980, sous le régime révolutionnaire, l'Etat s'est aventuré sur le terrain mouvant de la lutte contre la sorcellerie³⁹. Cette opération s'est révélée contre-productive. Ceux qui étaient chargés de cette lutte étaient devenus les adeptes les plus assidus des pratiques du « Bô » en vue de se « protéger contre les missiles invisibles ». Le président Mathieu Kérékou, marxiste-léniniste, avait Mohamed Cissé comme marabout et lors sa rentrée politique en janvier 1996, il a avoué s'être soulagé de 50 kg d'amulettes.

Aujourd'hui, avec la Démocratie constitutionnelle, l'application des principes de l'Etat de droit éprouve ses limites face aux pratiques du Bô qui structurent l'univers mental dans la majorité de la population.

39 Le 21 août 1987, l'Assemblée nationale révolutionnaire a adopté la loi n° 87-011 promulguée le 21 septembre 1987. Cette loi dispose en son Article 264 bis : « Sera puni d'un emprisonnement de trois (3) mois à un (1) an et d'une amende de 50 000 francs à 2 000 000 de francs ou de l'une de ces deux (2) peines seulement, quiconque se sera livré ou aura participé à toutes pratiques tendant à perturber le cycle pluviométrique. Sera puni de travaux forcés : de quinze (15) à trente (30) ans, quiconque aura participé à des pratiques de sorcellerie, de magie ou et toutes pratiques du genre, susceptibles de troubler l'ordre public ou de porter atteinte aux personnes et aux biens.»

Même si la Cour constitutionnelle se projette comme juge des faits sociétaux, il elle est plutôt déstabilisée devant certaines pratiques sociologiques et culturelles du pays. Ne disposant ni d'outil d'évaluation des risques du Bô, ni de réponses logiques, rationnelles face à ce phénomène, les juges, pour utiliser une expression de la langue fon, « enlèvent leurs pieds du dossier ». Certains d'entre eux peuvent même craindre les mesures de rétorsion du beau-père. Ils préfèrent donc ne rien comprendre au dossier. Ainsi, l'Etat de droit se trouve neutralisé ou tout au moins ébranlé par l'état du Bô. La déclaration d'irrecevabilité est la formule magique de reddition des armes de l'Etat de droit face à l'état du Bô. « *Pour que j'aille plus loin dans certains dossiers, il faut que je sois initié* », justifie un ancien président de la Haute juridiction constitutionnelle. Dans d'autres cas, le juge parvient à se tirer d'embarras, en utilisant les armes du principe de la séparation des pouvoirs et/ou de la neutralité de l'Etat face à certaines réalités socio-culturelles.

2- Le camouflage du juge constitutionnel face à l'état des traditions

Les limites de l'Etat de droit classique s'observent également face à certaines coutumes et traditions endogènes. Mais, la séparation des pouvoirs ou la neutralité de l'Etat permet au juge constitutionnel de se défilier face aux règles coutumières. Des décisions en matière de conflits de culte et de succession de trône illustrent ce cas de figure.

Il en est ainsi lorsque M. Alphonse Dansou, au nom du syndicat national des médecins intellectuels traditionnels et assimilés du Bénin (Synamitraab) a saisi la Cour pour dénonciation d'une usurpation de titre et occupation illégale du palais royal d'Abomey-Calavi par Monsieur Emile Houansodji. Ce dernier occuperait illégalement le palais royal depuis plus d'un an ; que ce faisant, il empêche à la fois la sortie du couvent et l'installation du roi dont le nom a été révélé des suites de la divination opérée au travers du Fâ.

En réponse, le requis M. Kpèyéton Emile Houansodji observe que le requérant, originaire d'Athiémé, n'a aucune référence dans la famille royale Hounsa d'Abomey-Calavi pour prétendre y avoir un quelconque privilège lié à cette chefferie traditionnelle ; que l'intéressé multiplie les procédures devant les juridictions pour semer la confusion et la discorde dans sa chefferie aïzo. En réplique, « le requérant a produit à la Cour le procès-verbal de consultation de l'oracle pour la succession au trône royal et divers documents de désapprobation et contestation relatives à la royauté querellée »⁴⁰.

Ne disposant pas des “outils ou des techniques coutumières” pour apprécier l'authenticité du Procès-verbal et d'éventuels problèmes de droit qu'il pose, le juge a préféré se contenter de sa jurisprudence de neutralité ou plus précisément d'incompétence face aux différends relatifs à une succession de trône pour autant qu'il n'ait pas été invoqué une atteinte aux droits fondamentaux. Cette jurisprudence a été répétée presque mot pour mot dans l'affaire d'usurpation de trône entre Mme Adidjatou AROUNAN et consorts, représentants de la collectivité Mècha Egbèlika et M. Anocet Adéchinan (Décision DCC 21-255 du 30 septembre 2021, Adidjatou Arounan et consorts).

La Cour s'est voulue plus claire sur cette jurisprudence dans l'affaire de conflit de contrôle de culte entre adeptes du Zangbéto de Enagnon et Akpakpa-Dodomey (Cotonou). La Cour a analysé que « la requête tend à solliciter l'intervention de la haute juridiction dans le règlement d'un différend cultuel entre adeptes de la divinité *Zangbéto* ; que l'appréciation *d'une telle demande relève du contrôle de la légalité et n'entre pas dans le champ de compétence de la Cour* »⁴¹.

Pour la haute juridiction, les différends de culte et de succession de trône relèvent du contrôle de légalité, si aucune atteinte aux droits fondamentaux n'est invoquée. Mais lorsque le conflit déborde vers le

40 Cour const., Décision DCC 21-433 du 30 décembre 2021, Alphonse Dansou.

41 Cour const., Décision DCC 18-207 du 11 octobre 2018, Etienne Vignonfodo.

champ de la violence, la cour recouvre sa compétence en matière de protection de la liberté de religion et de culte, mais, elle peut décider de changer de regard, pour disqualifier les violences en « querelle entre des communautés religieuses », comme dans le cas de la crise de Bantè. Dans le cas d'espèce, la Cour tout en pointant du doigt les violences contraires à la liberté de religion et de culte, a jugé « *que cependant, en agissant comme ils l'ont fait, malgré la présence du Commandant de Brigade de Gendarmerie, les Communauté de l'Eglise catholique de Bantè et la Communauté Vodun de Bantè ont méconnu les dispositions de l'article 36 de la Constitution qui dispose : 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* ». ⁴²

Ce jugement de Salomon (en France, on dirait jugement de Normand) cache, en réalité, la complicité et la délicatesse du litige qui fait intervenir non seulement le cultuel (avec les communautés religieuses), mais également le culturel (avec le chef traditionnel Oba Adé Lu Ifutu de Bantè) dont les représentants disent qu'il a subi un affront de la part des responsables catholiques.

On peut se demander, dans quelle mesure la présence des dignitaires de la chefferie de Porto-Novo a influencé la décision d'échappatoire du juge dans l'affaire de la réclamation des bâtiments administratifs pour Porto-Novo. En septembre 1994, des représentants du collectif des cinq dynasties royales de la collectivité Té-Agbanlin et des cadres de Porto-Novo ont sollicité sur le fondement de l'article 1^{er}, alinéa 2 de la Constitution, le contrôle de constitutionnalité de la décision du gouvernement de construire à Cotonou un Bâtiment administratif regroupant des ministères. L'article en question dispose, en effet, que « *La capitale de la République du Bénin Porto-Novo* ».

42 Cour const., Décision DCC 12-061 du 15 mars 2012, Hounnnassin C. Couchoro Balogoun.

Les requérants soutiennent qu'à ce titre, elle doit abriter tout l'appareil administratif de l'Etat : Présidence de la République, ministères et autres. C'est pourquoi, ils estiment que le projet de construire un centre administratif pour abriter tous les ministères ne respecte ni l'esprit, ni la lettre de l'article précité. Ils ont donc demandé à la Cour de rétablir la légalité constitutionnelle de Porto-Novo.

Après avoir déclaré irrecevables les requêtes d'une partie des notables, la Cour se débina par une pirouette, ⁴³ en jugeant « *qu'une disposition constitutionnelle ou légale dont la violation pourrait être invoquée n'organise les attributs spécifiques attachés à cette dénomination [de Porto-Novo, capitale du pays] ; que l'article 55 de la Constitution donne compétence au Gouvernement pour déterminer la politique générale de l'Etat ; que dans ces attributions figure celle de la localisation des services administratifs sur le territoire national ; que dès lors, la décision du Gouvernement de construire à Cotonou un Centre Administratif devant abriter des ministères n'est pas contraire à la Constitution* »⁴⁴. Il est surprenant que la Haute juridique se soit refusée à se référer à la définition basique de la capitale d'un Etat : une ville où siègent le gouvernement ou les pouvoirs politiques et administratifs de l'État. En prenant l'initiative de la requête, les hauts-dignitaires de la chefferie de Porto-Novo n'ont-ils pas aussi voulu impressionner la Cour avec les attributs que leur confère leur dignité de représentants des cinq dynasties royales de Porto-Novo ? Cette décision illustre aussi les ambiguïtés des relations des élites béninoises avec les coutumes et les traditions endogènes. Pour fluidifier ces relations et permettre aux élites de s'assumer pleinement en tant que héritiers des valeurs de civilisations africaines, tout en restant des acteurs de la modernité de la démocratie constitutionnelle, il importe qu'ils se reconnectent aux coutumes et traditions du pays en vue « d'inculturer » l'Etat de droit.

43 MEDE (N), op. cit., p. 231.

44 Cour const., Décision DCC 28-94 du 2 septembre 1994, Collectif des cinq dynasties royales collectivité Té-Agbanlin et cadres de Porto-Novo.

B- La nécessité de l'inculturation de l'Etat et de son droit pour rassurer le juge

Guillaume Pambou-Tchivounda a soutenu que si l'Etat africain postcolonial constitue une réalité historique issue de la décolonisation, il demeure une fiction sociologique. Cet Etat demeure, dans une certaine mesure, artificiel et ambigu⁴⁵. L'état de « Bô » interroge en fait la légitimité de cet Etat post-colonial. Dans ce contexte, on comprend aisément la difficulté de l'Etat de droit à s'épanouir dans les Etats africains. Pour résoudre le hiatus entre l'Etat et sa société, il urge de travailler à une reconnexion des élites béninoises aux traditions africaines. Cette réappropriation des traditions ne doit pas se résumer seulement à un « contrôle des moyens politiques et financiers en mesure de préparer la renaissance de la « tradition » perdue comme source de « développement »⁴⁶. Elle doit viser à « endogénéiser » l'Etat de droit. Pour inculturer l'Etat et son droit, il faut d'abord saisir les religions traditionnelles de façon holistique avant d'accélérer le dialogue et la coopération avec les intellectuels communautaires que sont « aussi bien l'ensemble des principaux représentants de la culture, de la sagesse, de la religion, de la science, de la technique et de l'art traditionnel, que chacune des personnes concrètes en qui un aspect du trésor de l'esprit humain se concentre et s'exprime ».

1- Saisir le Vodun et les religions traditionnelles dans toutes leurs dimensions

Pour Victor Topanou, « l'état de Bô » a des répercussions sur plusieurs domaines à savoir l'Etat, l'Etat de droit, la démocratie et le développement. Il y a d'abord la primauté du « Bô » sur le droit : le « Bô » perçu comme normes sociales, ayant une valeur supérieure aux normes juridiques ; Il y a ensuite, les craintes que l'application

45 PAMBOU-TCHIVOUNDA (G), *Essai sur l'Etat africain postcolonial*, LGDJ, 1982, p. 28 et suiv.

46 Ciarcia (G), « Rhétoriques et pratiques de l'inculturation. Une généalogie « morale » des mémoires de l'esclavage au Béni », in *Gradhiva*, Revue d'anthropologie et d'histoire des arts n° 8 | 2008 Mémoire de l'esclavage au Bénin, p. 38.

des sanctions juridiques expose l'auteur de l'exécution à la sanction suprême du « Bo ». Ensuite, l'Etat béninois n'a pas de base sociologique pour fonder son autorité. Puis, « l'état de Bô » empêche l'Etat moderne d'assurer la sécurité individuelle et collective des citoyens. Enfin, cet état hobbesien est incompatible avec les droits de l'homme, car « *par la banalisation et l'internalisation de la violence que ses pratiques, il semble tourner vers la mort... alors que toute la problématique des droits humains illustre une certaine idée de la vie en même temps qu'elle est une ode à la vie* »⁴⁷.

Avant Victor Topanou, Paul Hazoumé⁴⁸, Monseigneur Barthélemy Adoukonou⁴⁹ et Roger Gbégnonvi ont marqué leurs réserves vis-à-vis du Vodun. Dans un texte cinglant, Roger Gbégnonvi a disqualifié le Vodun qu'il accuse d'avoir pactisé avec le crime de l'esclavage ou, tout au moins, de ne l'avoir pas empêché. Il ajoute que : « *Sur sa terre d'origine en tout cas, le Vodun effraye plus qu'il ne rassure. Résistance ou pas (à quoi résistaient les esclavagistes d'Abomey et d'ailleurs?), la réalité du Vodun est de poison et de sang, de mort étale et violente, de pieux qu'on enfonce pour déclencher le malheur, de crânes humains qu'on déterre et d'animaux vivants qu'on enterre pour acquérir force et puissances occultes. L'usage habituel que le Danxoméen fait du Vodun rend celui-ci parfaitement méprisable* »⁵⁰.

Ces portraits au vitriol ne décrivent que ce qu'est devenu le Vodun aujourd'hui ou du moins l'image qu'elle projette dans une large partie

47 TOPANOU (V), op. cit., pp. 35 et 36.

48 Paul Hazoumé, *Le pacte de sang au Dahomey*, Institut d'ethnologie, Paris, 1956.

49 Barthélemy Adoukonou, *Jalons pour une théologie africaine*, tome I, Éditions Lethielleux, Paris, 1980.

50 Roger Gbégnonvi, «Le vodun disqualifié », in Aaron Kayayan, *Discerner les esprits. Foi et Vie Réformées*, Palos Heights, 1997. On peut trouver l'article aussi sur le lien : <file:///C:/Users/adjovie/Downloads/20150215%20-%20Roger%20Gb%C3%A9gnonvi%20-%20Le%20vodun%20disqualif%C3%A9.pdf>, consulté le 28 mai 2022. D'autres articles et livre affichent la même hostilité au culte du Vodoun. On peut citer son article « La bouffe, le Vodun et Mawu », dans le quotidien *La Nation*, mardi 13 janvier 1998, p.2. Il y a aussi son dernier ouvrage dans lequel il estime que le Vodun est un terreau de peur et de violence. Le Vodun enchaîne et qu'il ne libère ni ne favorise le développement, *Le Vodun ne fait pas rêver*, Lomé, Editions Continents, 2019.

de la population béninoise⁵¹. Il est difficile d'articuler ces critiques en faisant litière des persécutions que le Vodun a subies pendant les périodes coloniale et néo-coloniale. Il a dû résister à l'écrasement, à la destruction de la machine coloniale et de l'appareil répressif du régime du Parti de la révolution populaire du Bénin⁵². Il n'est pas exclu que l'image qu'il offre soit sa réponse aux agressions qu'il a subies et continue de subir en termes de volonté de marginalisation.

De plus, les critiques acerbes articulées contre le Vodun ne soulignent pas suffisamment le type de relation qu'une bonne partie de la population et surtout les élites entretiennent avec le Vodun et les traditions africaines. Il s'agit le plus souvent de relations de mépris, de défiance et finalement de volonté d'instrumentalisation du Vodun au service de leurs intérêts. Mais, comme leurs préjugés les ont éloignés des codes des religions traditionnelles, ils sont obligés de s'en remettre, parfois nuitamment, à des intermédiaires (bokonons ou autres) qui monnaient leurs pouvoirs magico-sorciers contre des « protections » (Glo), les attaques contre les supposés adversaires (Bô) et autres pratiques détonantes⁵³. Ainsi, à l'approche des remaniements ministériels ou des changements du personnel administratif, la bourse des valeurs des Bokonons et autres charlatans s'active très fortement avec une hausse exponentielle des prix⁵⁴. Avant de se présenter à une élection présidentielle ou législative, la plupart des candidats béninois rendent visite aux chefs traditionnels pour

51 En Haïti, la dynamique vodun est craint par la population. Mais, elle joue surtout un rôle de contrepois social contre l'arbitraire de l'Etat et des personnes puissantes dans la société, DESCARDES (J.R), *Dynamique Vodou et Droits de l'Homme en Haïti*. Mémoire de DEA d'études Africaines, sous la direction du professeur Étienne LE ROY, Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) 1998-1999.

52 L'historien des religions, le prof. Jérôme Alladaya considère que les religions traditionnelles comme un foyer de résistance à l'enracinement du christianisme, cf. ALLADAYE (J), *Le catholicisme au pays du Vodun*, Cotonou, Editions du Flamboyant 2003.

53 Roger Gbégnonvi estime qu'ils le font sous l'empire de la peur. On peut répondre que pas eux tous. Nombre le font par intérêt personnel, cf. GBEGNONVI (R), « Le Vodun disqualifié », op. cit. p. 2

54 Pour augmenter leurs chances, certains adeptes de l'islam ajoutent à ces pratiques la consultation des Alfas et autres marabouts.

recueillir leurs bénédictions. On peut aussi donner l'exemple d'un fidèle catholique qui se présente devant le curé de sa paroisse pour prendre la communion en main. Lorsqu'il a tendu sa main, le prêtre, impressionné par le nombre bagues qui cerclent ses doigts, a émis un « Houn », interjection marquant l'étonnement. Au communiant de lui répondre, « mon père, tout cela aide ! ». On peut également citer le cas d'un ancien président de la République d'un pays limitrophe du Bénin, qui était en conseil des ministres lors du coup d'Etat qui l'avait emporté. Il s'était levé devant tous ses ministres et s'était mis à secouer son boubou dans tous les sens. A chaque fois, il leur demandait « vous me voyez ». Et ses ministres lui répondaient « Président, on vous voie ! ». Au bout de cinq tentatives sans succès. Il s'était rendu à l'évidence : « ça n'a pas marché ». La disparition de son corps que lui a promise son fournisseur de pouvoir magique n'a pas fonctionné. Et pourtant, le Président en question était réputé être un bon musulman. Au Bénin, pourquoi les Présidents de la République ne vont pas à Ouidah lors de la célébration de la fête des religions traditionnelles ? Et pourtant, on les voit dans les églises et dans les mosquées à l'occasion de diverses fêtes des religions du Livre. Tout prouve à suffisance que les élites n'assument pas de façon transparente leur attachement aux traditions et coutumes africaines.

Par ailleurs, les présentations ténébreuses du Vodun ne portent que sur sa dimension magico-sorcière qui, du reste, « *est le biais de sa fonctionnalisation socio-politique* »⁵⁵. Les religions traditionnelles africaines en général, et le Vodun dans son essence profonde et dans sa pratique courante et concrète, en particulier, va au-delà de cette image de peur et de sang. Comme l'a rappelé Edem Kodjo, « *Comme les autres civilisations, celles de l'Afrique traditionnelle sont le fruit d'une vision propre du monde, fondée avant tout sur*

55 *Démocratie et pluralisme religieux, contribution du M'ewihwendo/Sillon Noir au Festival Ouidah 92*, Publication du Sillon Noir, n° 9-93, Cotonou, mars 1993, p. 15.

le respect de la vie »⁵⁶. La théorie africaine de la genèse du monde et la cosmogonie africaine pense qu'à l'origine était le chaos d'où est sorti le monde créé par Dieu, incréé. C'est cet Etre Suprême qui a créé les divinités inférieures. Ces divinités peuplent le panthéon des religions animistes, ainsi que tous les hommes et tous les êtres vivants et non vivants. De cette cosmogonie découlent les croyances religieuses dont celles du Vodun. Les piliers du crédo de cette Afrique traditionnelle se résument à la croyance en ce que la vie, don de Dieu, est formée de l'homme matériel, de l'au-delà (d'où le culte des ancêtres) et des êtres vivants et inanimés qui participent des forces naturelles. Il en découle que l'élément permanent et commun des civilisations africaines, c'est le respect de la vie et de la nature. C'est d'ailleurs, cette conception philosophico-religieuse de la vie qui a expliqué le blocage scientifique et technique de l'Egypte ancienne. Héritier de cette cosmogonie, le Vodun va au-delà du « Bô ». Monseigneur Adoukonou distingue quatre couches. Conçu comme intermédiaire entre l'homme et Dieu, créateur de l'univers visible et invisible, le Vodun a d'abord une dimension purement religieuse qui consiste premièrement, au niveau parental, en la recherche de la transcendance, la communion au mystère de Dieu dans l'élément sacramental du mémorial des ancêtres. Il y a, ensuite, la dimension magique de puissance de bienfaisance ou de nuisance (Boto, Azondato). Elle se fonde sur la maîtrise des feuilles et de la puissance de la parole pour répondre aux épreuves de la vie que sont les maladies et les accidents de toutes natures. La troisième couche est d'ordre socio-politique. Elle prend sa source dans le pouvoir conféré au roi qui a mis en convergence les différents filons humains pour créer le royaume, le pays. Cela lui confère le monopole de la violence légitime. De ce fait, le roi a fonctionnalisé le Vodun comme le plus intégrateur social. La quatrième dimension du Vodun se trouve dans l'existence d'un système divinatoire, la géomancie symbolisée par le « Fa ». L'ensemble de ce système comporte des valeurs qu'il convient de souligner. Premièrement,

56 KODJO (E), *Et demain l'Afrique*, Stock, 1985, p. 72.

le Vodun et plus généralement les religions traditionnelles africaines sont des vecteurs du pluralisme religieux. Dans le panthéon Vodun, il y a une multitude de divinités qui peuvent cohabiter sans se heurter. A cette adoption du principe de la tolérance religieuse, on peut ajouter que le Vodun n'est pas expansionniste. A la différence des religions de Livre, il ne pratique pas le prosélytisme. De plus le Vodun est un grand intégrateur social. Il protège les faibles et les handicapés en leur conférant une dimension sacrée (les enfants anormaux sont consacrés *Abikou*, un dieu bienfaiteur ; des nains sont appelés *Tohossou*, les albinos sont des *Segbo-Lissa* ; les homosexuels sont intégrés dans les activités des temples, etc.). Cela témoigne d'une conception des droits de l'homme⁵⁷. Cette vision de la société intègre le droit à un environnement sain, à travers la consécration des forêts et des étangs d'eau sacrés. «Le vaudou est créé pour protéger la vie et non pas pour donner la mort », a soutenu le professeur de linguistique, Bienvenu Akoha. Dans le Vodun, nous dit Monseigneur Adoukonou, un individu « *ne parvient à son identité de M€jom€ (personne entière, personne respectable) que grâce à la tension éthique qui introduit la mort dans l'épaisseur de la vie pour créer une béance qui est appel à la réalisation s'un idéal. C'est effort pour combler cette béance qui est ce qu'on appelle valeur* »⁵⁸. De ce fait, le Vodun participe à maintenir les hommes dans le respect des règles de la vie humaine (les « Su », règles d'alliance). Isaac Azimov nous enseigne qu' : «une civilisation qui produit de la connaissance et pas de sagesse est vouée à l'extinction ». Il se fait donc régulateur de l'ordre social pour éviter cette extinction de la civilisation humaine d'Afrique.

Le Vodun influence la vie familiale, sociale, culturelle, religieuse et politique des populations du Bénin. Qu'on le veuille ou non,

57 Cette philosophie des droits humains est en parfaite résonance avec bien des dispositions de la charte du mande, charte de Kurukan Fuga de 1220, lire CELTHO, *La charte de Kurukan Fuga. Aux sources d'une pensée politique en Afrique*, L'Harmattan, 2008.

58 Vodun, *Démocratie et pluralisme religieux, contribution du M€wihwendo/Sillon Noir au Festival Ouidah 92*, Publication du Sillon Noir, n° 9-93, Cotonou, mars 1993, p. 8

on doit reconnaître avec Monseigneur Barthélemy Adoukonou que « le vodun reste le plus grand mobilisateur social qui a investi le subconscient de notre peuple depuis les temps immémoriaux »⁵⁹. Ces propos sont confirmés par un autre prêtre catholique : « en dépit de tous leurs efforts, la tentation d'un retour à des divinités, le Vodun par exemple, reste permanente et défie malheureusement la force de l'initiation chrétienne. Cela interpelle tout observateur, tout pasteur averti. Quelle est donc cette dictature que le Vodun et sa culture exercent sur nos chrétiens et qui les rend sourds au message de conversion du christianisme ? »⁶⁰. Devant, ce qu'il a appelé « des prédispositions socioculturelles à la double appartenance religieuse », il propose d'aller au-delà des sentiers battus et de repenser la théologie en Afrique, en enseignant aux fidèles catholiques nos cultures. C'est dire que le Vodun ne va pas mourir de sa mort, ne va pas s'effriter avec le temps, contrairement à ce qu'espère Roger Gbégnonvi dans son dernier ouvrage. Il va falloir composer avec lui. Du fait de la colonisation et de l'islamisation, l'identité des Béninois est aujourd'hui plurielle, hybride et éclatée. Mais son sous-bassement, son socle reste et demeure les coutumes et les traditions endogènes d'Afrique. C'est pourquoi, on ne peut qu'être d'accord avec le président Patrice Talon lorsqu'il soutient que « l'Afrique est de culture Vodun »⁶¹. Pour résoudre les problèmes de l'Etat de droit ou de l'Etat, tout court, dans ses liens avec « l'état du Bô », il ne s'agira pas de l'élimination ou de la réduction l'un au

59 Préface de Vodun, *Démocratie et pluralisme religieux*, op. cit., p. II.

60 Giono Brun Honfin, « La foi chrétienne à l'épreuve de la dictature du Vodun en Afrique », in <https://africa.la-croix.com/la-foi-chretienne-a-lepreuve-de-la-dictature-du-vodun-en-afrique/>, Consulté le 26 mai 2022. L'évangélisation en Haïti est confrontée au même problème. Le syncrétisme est roi. Haïtien croit fermement au surnaturel, aux esprits, cf. PAULÉMON (M), Vodou et évangélisation, Mémoire présenté à la Faculté de théologie et d'études religieuses dans le cadre du programme de maîtrise en études du religieux contemporain Pour l'obtention du grade de Maître ès arts, M.A, Université de Sherbrooke, Québec, 2011, p. 224 ; Après avoir considéré l'éradication du vodou comme priorité pastorale, l'Eglise catholique haïtienne sollicite depuis un moment un dialogue, cf. FRANÇOIS (K), *Vaudou et Catholicisme en Haïti à l'aube du XXI^e. Des repères pour un dialogue*, Imp. Deschamps, 2011 ; TELUSMA (H. C), *Etat des lieux des rapports antagonistes entre chrétiens et vodouisants en Haïti*, Imp. Média-Texte, 2018.

61 Intervention de Patrice Talon à l'occasion du lancement du programme d'actions du gouvernement, le Nouveau départ, le Bénin Révélé, 16 décembre 2016, cf. <https://www.youtube.com/watch?v=9U5HajwFaeo>, consulté le 28 mai 2022.

profit de l'autre. Mais, il conviendra d'accélérer le dialogue avec les gestionnaires des traditions africaines qui sont les intellectuels communautaires.

2- Accélérer le dialogue et la coopération avec les intellectuels communautaires en vue de l'inculturation de l'Etat et du droit

Le chemin de l'assurance à donner au sujet devant « l'état du Bô » passe par l'inculturation de l'Etat et de son droit. Cette endogénéisation nécessite que les élites assument leur africanité et procèdent des clarifications préalables. Il s'agit de séparer le cultuel du culturel, le politique du religieux, le religieux du magico-sorcier. Il convient donc de distinguer le culte vodun de la culture vodun. Une religion est d'abord une conception du monde, de sa création et de son fonctionnement. Pour reprendre Emile Durkheim, une religion est « *un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale* ». La religion vodun est donc un ensemble de croyances et de rites qui reposent sur une vision globale du monde et qui recherchent le dialogue avec Dieu à travers des forces de la nature. Il s'agit là du cultuel. Quant à la culture, elle désigne « *un ensemble lié de manières de parler et de communiquer, de penser, de sentir et d'agir, en vue d'un vivre ensemble dans une collectivité particulière et distincte* »⁶². La culture vodun renvoie donc aux modes d'expressions artistiques, littéraires et culturelles initiés dans le contexte du Vodun. En effet, la religion vodun a secrété une culture spécifique qui peut être différenciée du fonctionnement du culte vodun. Ce qui distingue donc le cultuel du culturel, c'est la différence entre le sacré et le profane. On peut utiliser et même admirer les arts et cultures vodun sans être adepte de la religion vodun. La consommation des mets comme le *Amiwo*

62 G. Rocher, dans *L'action sociale*, Paris, 1968, p. 111, cité et repris par Claude Pairault : « Note sur le concept d'inculturation : de l'anthropologie à la théologie », dans *L'inculturation en débat*, Conférences théologiques n° 1, Presses de l'UCAC, Yaoundé, 1996, p. 13-22.

et le *Gnomlin* issus des arts culinaires vodun ne transforma pas le consommateur en vodouïsant, pas plus que la pratique des danses et musiques populaires vodun, de la peinture, de la teinture et de la sculpture vodun. On peut donc laisser le cultuel aux initiés et s'emparer du patrimoine culturel vodouesque.

Il sied aussi de séparer la pharmacopée vodun des pratiques magico-sorcières. La confusion du fond religieux traditionnel et du magico-sorcier est source de peur. La pharmacopée vodun est fondée sur la maîtrise des savoirs du milieu cosmo-biologique. C'est une manifestation du sacré « dont les magiciens guérisseurs ont pu systématiser le culte comme symbole d'ouverture à la transcendance ». Il s'agit de la maîtrise des fonctions thérapeutiques des feuilles et/ou des plantes. Elle vise d'abord et avant tout, dans la religion vodun, à soigner les corps et fortifier les âmes des humains face aux adversités de la nature et de la vie. Un dicton de la langue Fon enseigne qu'il n'y a de Vodun que de connaissance de feuille. Ce sont les abus résultants des manipulations de ce savoir social pour en faire une source de pouvoir qui ont produit les magico-sorciers.

Enfin, la séparation la plus difficile à réaliser est celle du religieux et du politique. Le principe de soumission du Vodun à l'autorité royale ou à la chefferie traditionnelle pose problème. Il conduit à une sacralisation du chef traditionnel qui cumule, d'une part, le pouvoir temporel et le pouvoir religieux, d'autre part les deux premières couches de l'expérience du sacré que sont le pouvoir de nomination des ancêtres et l'idéologie du sacré fonctionnel des magiciens guérisseurs. En raison du risque de tyrannie que cette concentration de pouvoirs comporte, Monseigneur Adoukonou milite pour la libération de la religion de la politique. Cette séparation du religieux du politique permettra de faire des chefs traditionnels des gardiens des coutumes et traditions de gestion de pouvoir politique, sans la religion. Elle contribuera à libérer les populations de la peur.

Dans ce sillage, une décision du Haut Conseil des Rois du Bénin en date du 8 mai 2022 interdit aux rois et aux chefs traditionnels de prendre part aux meetings et autres activités politiques.

Après ces clarifications conceptuelles, qui permettent de confirmer que tout n'est pas rose dans le système du Vodun, il convient d'énoncer quelques solutions. Le passage de « l'état de Bô » à un Etat de droit authentique postule un dialogue actif et dynamique avec les érudits, les chefs coutumiers, les notables locaux et les responsables des cultes voduns afin de travailler ensemble pour une inculturation progressive de l'Etat et de son droit. Le premier domaine de dialogue ou d'échanges pour une collaboration féconde est l'éducation. Tout le monde est d'accord sur le fait que l'école moderne, telle qu'elle fonctionne aujourd'hui est en inadéquation avec les besoins de la société béninoise. Certains soutiennent que le modèle d'école que nous développons est la perpétuation de notre défaite. Comme le propose Adjignon Débora Gladys HOUNKPE, il est urgent d'engager un dialogue avec les intellectuels communautaires du Vodun pour trouver une formule adéquate qui permettrait d'insérer quelques enseignements dispensés par les couvents vodun dans les programmes scolaires de l'école dite moderne, à tous les niveaux d'enseignement au Bénin⁶³. Il ne s'agira pas de faire des écoles dites modernes des lieux de formation traditionnelle, religieuse et professionnelle, mais des espaces qui favorisent la quête de la modernité avec la maîtrise des cultures traditionnelles locales. Il s'agit de convaincre les gestionnaires de nos traditions à partager avec le système scolaire leurs sciences éducatives et leurs savoirs psychologiques et médicaux. Il pourrait être bénéfique de puiser dans les curricula des couvents, des enseignements sur la pharmacopée et le nom premier des choses ainsi que les codes culturels de l'éducation traditionnelle.

63 HOUNGBE (A. D. G), « L'éducation dans les couvents vodous au Bénin », *L'éducation en débats: analyse comparée*, Vol 5, <file:///D:/Droit/La%20cour%20%C3%A0%20l'%C3%A9preuve%20des%20traditions%20africaines/L'%C3%A9ducation%20dans%20les%20couvents%20vodous%20au%20B%C3%A9nin-Hounkpe.pdf>, consulté le 28 mai 2022.

Comme le soutient le professeur Bienvenu Akoha, « nous avons beaucoup à apprendre des sciences de l'éducation *vodun* : le *Vodun éduque à la conscience et estime que la science vient par surcroît. Alors que l'école dont nous avons héritée de la colonisation nous éduque à la science et finalement sans conscience. ... Pour éduquer à la conscience, le Vodun utilise l'esthétique, l'art, parce qu'il sait que l'émotion est plus importante que la raison. Alors, tout ce qui est important, on le met dans les chansons, dans la musique. On accompagne la musique de danse obligatoire, pour que, en même que l'esthétique appréciée par l'esprit, le corps se met en mouvement en accord avec la mélodie. Résultat : c'est l'être tout entier qui est perméable à la pénétration de la conscience* »⁶⁴.

Pour opérer ce rapprochement de l'éducation dans les couvents vodun avec le système de scolarisation actuel, il faudra, au préalable, encourager des travaux spécifiques de recherche sur les aspects pédagogiques et fonctionnels des couvents vodun. Des recherches universitaires sont également recommandées pour mesurer les implications de «l'état de Bô» sur l'Etat, le développement, l'Etat de droit et la démocratie. Ces recherches doivent permettre de répondre directement à la menace sorcellaire au travers de trois propositions qui visent à disqualifier le magico-sorcier.

La première consistera à mettre en place une législation spécifique qui va instaurer un système de rémunération-compensation sous forme de brevet pour protéger les secrets de recherche des détenteurs de savoirs pratiques contenus dans le magico-sorcier. Ainsi, on pourra garantir les droits d'auteur que les gestionnaires de la tradition essayaient de protéger par le moyen de l'arcane et de l'ésotérisme. La deuxième vise à créer de nouveaux centres de recherche qui soient le creuset d'une coopération agissante entre les tenants des savoirs traditionnels et les chercheurs modernes afin de découvrir

64 Bienvenu Akoha, Conférence TEDx, janvier 2017, https://www.ted.com/talks/bienvenu_akoha_demystification_du_vaudou, consulté le 27 mai 2022.

les éléments de connaissance des terroirs (notamment en matière de pharmacopée et de médecine) pour les récupérer au compte de la Science universelle. Il s'agira de voir comment faire interagir les pratiques traditionnelles et les méthodes d'expérimentation de la science moderne afin d'obtenir des résultats probants. A cet effet, un Campus du « Bô » vient d'être créé à Sékou (40 km au Nord de Cotonou) sur l'initiative du professeur de sociologie Raymond Assogba, qui se fait appeler « boologue ». D'autres initiatives doivent se développer pour approfondir les aspects chimiques et biologiques. Ces travaux donneront l'opportunité de corriger une anomalie dans les formations proposées aux étudiants des facultés de médecine et de pharmacie qui font sept ou cinq années d'étude sans jamais bénéficier d'un enseignement sur la médecine ou la pharmacopée traditionnelle. Enfin, il est proposé de discerner, sur les bases des travaux de recherche et avec l'aide des experts traditionnalistes, « *ce qui est criminel et ce qui est valeur servant d'appui à un pouvoir de domination dégénéré en pouvoir de vie et de mort que les individus* ». Sur cette base, procéder à une modification du code pénal pour prévenir et réprimer les activités criminelles⁶⁵. Le Code pénal actuellement en vigueur punit déjà « de la réclusion criminelle de dix (10) ans à vingt (20) ans, quiconque s'est livré ou a participé à des pratiques de sorcellerie, de magie ou de charlatanisme, susceptibles de troubler l'ordre public ou de porter atteinte aux personnes et aux biens »⁶⁶. Mais en quoi consistent ces infractions et partir de quand, peut-on affirmer qu'elles sont constituées ? La béance de la difficulté à produire des modes de preuve peut être progressivement comblée par les résultats des recherches scientifiques et techniques.

Les juristes doit également prendre toute sa place dans les travaux de recherche en interrogeant, avec l'aide des historiens, en termes de

65 Les deux premières propositions sont essentiellement faites par Victor Topanou et le Mouvement du Sillon Noir. Quant à la troisième, elle émane du Sillon noir, cf. ; TOPANOU (V). op. cit. p. 47 ; Sillon noir, Vodun, Démocratie et pluralisme religieux, op. cit. pp. II, 24, 39.

66 Art. 458 de la Loi n° 2018-16 du 28 décembre 2018 portant code pénal.

philosophie de droit, les fins que poursuivent les institutions de l'Afrique traditionnelle. Par exemple, nous savons que les sociétés et royaumes précoloniaux d'Afrique disposaient des contre-pouvoirs, conseils de notables et assemblées consultatives diverses. Il appartiendra aux juristes de travailler à mettre en lumière les intentions et les fins que portent ses diverses institutions et leur actualité en termes de promotion de la démocratie, de la liberté et du droit.

D'autres actions sont également préconisées visant à impliquer la société civile dans la sensibilisation sur les méfaits de « l'état de Bô » et les actions à engager ou engagées pour y remédier. Les élites politiques, économiques et intellectuelles doivent aussi sortir de l'hypocrisie générale pour provoquer des rencontres et des échanges réguliers avec les intellectuels communautaires du Vodun en vue de mieux comprendre la philosophie et les codes des coutumes et traditions. Se mettre à l'école des traditions africaines ne signifie nullement devenir adepte du Vodun. À court et à moyen terme, ces échanges pourront également engager les gardiens de la tradition dans une logique d'adaptation aux évolutions de la société. La reconnaissance constitutionnelle de la chefferie traditionnelle et les actions engagées par le gouvernement du Bénin pour mettre en place une nouvelle législation constituent un cadre idéal pour amorcer le nécessaire dialogue respectueux et intense avec les représentants des chefferies et des religions traditionnelles. L'aboutissement de l'ensemble de ce processus constitue le plus sûr moyen de construire un Etat de droit et de démocratie constitutionnelle authentique qui prend en compte les réalités socio-culturelles du pays. Une telle bâtisse permettra de libérer le juge du terrorisme spirituel local que constitue « l'état du Bô » et de répondre aux besoins de sécurité juridique et physique des citoyens qui serait ainsi saisi dans tous les états.

LES DROITS PROCÉDURAUX DU CITOYEN DANS LE CONTENTIEUX CONSTITUTIONNEL AU BÉNIN

Akouègnon Clément DASSI

Docteur en droit public

Greffier à la Cour des comptes

« Le procès équitable est la pierre angulaire qui permet une justice efficace et juste »¹. Sans lui, « il ne peut y avoir d'application correcte du droit ni de confiance en la justice »². C'est « *l'essence même de la justice, c'est sa fonction essentielle, sa finalité* »³. C'est, selon la Cour constitutionnelle du Bénin « *un impératif de justice supérieur à toutes les règles gouvernant les procédures* »⁴.

Une telle importance du procès équitable justifie qu'il soit qualifié de « cœur de l'État de droit et moteur de la réalisation du droit »⁵. C'est donc à juste titre qu'il a été consacré par les instruments juridiques internationaux⁶ et régionaux, notamment la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, partie intégrante de la Constitution du Bénin⁷.

1 Amr SOLIMAN, « Avant-propos », in IHEJ et la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis – Université de Carthage, *L'état de droit et l'état du droit : le procès équitable*, Les actes de colloques de la quatrième conférence régionale des juristes arabes francophones, Tunis, 2014, p. 7.

2 François GOUYETTE, « Propos inaugural », in IHEJ et la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis – Université de Carthage, *L'état de droit et l'état du droit : le procès équitable*, Les actes de colloques de la quatrième conférence régionale des juristes arabes francophones, Tunis, 2014, p. 10.

3 Fadhel MOUSSA « Propos inaugural », in IHEJ et la Faculté des sciences juridiques politiques et sociales de Tunis – Université de Carthage, *L'état de droit et l'état du droit : le procès équitable*, Les actes de colloques de la quatrième conférence régionale des juristes arabes francophones, Tunis, 2014, p. 13.

4 Voir Cour constitutionnelle du Bénin, Décisions DCC 20-641 du 19 novembre 2020 et DCC 21-096 du 1er avril 2021.

5 Amr SOLIMAN, *op. cit.*

6 Il s'agit de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) en ses articles 8, 10 et 11, et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ses articles 14 et 15.

7 Voir préambule et article 7 De la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la

Mais le procès équitable apparaît également comme « *un horizon et un défi pour tous les systèmes juridiques du monde* »⁸, et la Cour constitutionnelle qui est « non seulement la clé de voûte de [l'] *architecture démocratique [du Bénin], mais encore l'instrument privilégié de l'édification de l'État de droit* »⁹, n'y échappe pas. C'est dire que le défi de la mise en œuvre du droit à un procès équitable se pose aussi à la Cour constitutionnelle du Bénin.

Elle « garantit les droits *fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques* »¹⁰, et à ce titre, elle peut exercer le contrôle de constitutionnalité de tous les actes de toutes les juridictions sur le fondement du procès équitable. Mais elle n'en demeure pas moins une juridiction devant laquelle le droit à un procès équitable doit être respecté. En cela, elle est d'ailleurs contrainte à un devoir d'exemplarité.

Cependant, il n'existe au Bénin aucun mécanisme de contrôle sur la mise en œuvre du droit à un procès équitable devant le juge constitutionnel. C'est pourquoi la présente étude y porte, non pas comme un contrôle exercé sur le juge constitutionnel, mais comme un exercice visant à mettre en exergue l'exemplarité de la Cour constitutionnelle en la matière, ainsi que les aspects nécessitant d'être améliorés.

Toutefois, les analyses ne portent pas sur le droit à un procès équitable dans toutes ses dimensions. Elles se limitent aux ***droits procéduraux du citoyen dans le contentieux constitutionnel au Bénin***, en ce que ces droits sont des composantes du droit à un procès équitable et

République du Bénin, telle que modifiée par la loi n°2019-40 du 07 novembre 2019.

8 Amr SOLIMAN, *op. cit.*

9 Théodore HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », in *Pouvoirs*, 2009/2, n°129, pp. 101-114, p. 102. Téléchargeable à l'adresse https://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=POUV_129_0101&download=1 (Consulté le 04 juin 2022 à 18 h 14 mn).

10 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.

permettent de mieux illustrer la mise en œuvre de celui-ci devant la Haute juridiction constitutionnel¹¹.

Les droits procéduraux du citoyen, par opposition à ses droits substantiels, consistent en ses droits subjectifs que doit respecter le juge pour garantir un procès équitable. D'ailleurs, tout procès devant quelque organe juridictionnel se déroule suivant ces droits. C'est ce qui justifie que le juge, avant même d'analyser le fond, examine la forme, et ce sont aux questions de forme que sont intimement liés les droits procéduraux du citoyen. L'on imagine mal par exemple les questions de la compétence du juge, de la recevabilité de la requête, du contradictoire être débattues dans le fond. Or à ces questions sont attachées les droits du citoyen à un juge compétent, indépendant et impartial, à un procès mené dans un délai raisonnable, etc., des droits qui sont tous procéduraux.

D'une manière générale, le terme citoyen désigne tout « membre d'une cité ou d'un groupement politique »¹². C'est un terme parfois synonyme de national ou ressortissant d'un Etat¹³. Dans ce sens, le citoyen est le « national d'un Etat titulaire des droits civiques et politiques »¹⁴. En d'autres termes, c'est un « individu jouissant, sur le territoire de l'Etat dont il relève, des droits civils et politiques »¹⁵. Sous ce rapport, sont exclues du champ d'analyse de la présente étude les personnes morales. Ne sont donc concernées que les personnes physiques.

11 Toutefois, il ne s'agit pas de toutes les composantes, en raison de ce que certaines d'entre elles, telles que, par exemple, la présomption d'innocence, propre au procès pénal, n'est pas applicable devant la Cour constitutionnelle.

12 Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} édition mise à jour, Quadrige, Paris, 2014, p. 176.

13 *Idem*.

14 Rémy CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique 2021*, 12^{ème} édition, LexisNexis, Paris, 2021, p. 98.

15 Serge GUINCHARD et Thierry DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2017-2018*, 25^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2017, p. 198

Mais la définition du citoyen telle que donnée ne doit pas conduire à exclure les personnes physiques ayant le statut d'étrangers sur le territoire béninois, dans la mesure où elles y bénéficient « des mêmes droits *et libertés que les citoyens béninois et ce, dans les conditions déterminées par la loi* » et sont tenues de « se conformer à la Constitution, aux lois et aux règlements de la République »¹⁶.

De façon plus spécifique, le citoyen est la « personne qui, dans un Etat démocratique, participe à l'exercice de la souveraineté, soit dans la démocratie indirecte par l'élection de représentants, soit dans la démocratie directe par l'assistance à l'assemblée du peuple »¹⁷. C'est ce qui justifie que la présente étude s'intéresse à lui, à l'exclusion de tout autre justiciable de la Cour constitutionnelle.

Le contentieux constitutionnel désigne, au sens large, l'« ensemble des litiges qui peuvent naître de l'interprétation et de l'application de la Constitution »¹⁸. Dans ce sens, il est aussi défini comme « l'ensemble des litiges liés à l'application de la Constitution et donnant lieu à des prétentions opposées. Cependant, depuis que de nombreuses constitutions ont décidé qu'un tel contentieux pourrait être porté devant des institutions au caractère juridictionnel fortement marqué, l'habitude a été prise de considérer comme contentieux constitutionnel l'ensemble des règles d'organisation, de compétence et de procédure relatives à ces institutions »¹⁹.

Au sens étroit, il est l'« ensemble des décisions rendues par la juridiction constitutionnelle en matière de litige portant sur la contestation de la constitutionnalité d'actes juridiques (lois, traités internationaux) »²⁰.

16 Voir article 39 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.

17 Gérard CORNU (dir.), *op. cit.*

18 Rémy CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p. 143.

19 Michel DE VILLIERS et Armel LE DIVELLECC, *Dictionnaire du droit constitutionnel*, 10^{ème} édition, DALLOZ, Paris, 2015, pp. 83-84.

20 Rémy CABRILLAC (dir.), *op. cit.*, p. 143.

Le contentieux constitutionnel a un caractère objectif²¹. « *Il vise à purger l'ordre constitutionnel d'un vice ou d'une irrégularité et transcende en conséquence les droits et les intérêts individuels en privilégiant la préservation de l'Etat de droit* »²².

Toutefois, il y a lieu de s'interroger sur les procédures devant la Cour constitutionnelle du Bénin sont respectueuses des règles du procès équitable, notamment vis-à-vis du citoyen. Il convient, pour y répondre, d'interroger les textes qui régissent la Haute juridiction constitutionnelle, ainsi que sa jurisprudence.

Il ressort de l'analyse que le procès équitable se mesurant à l'aune de ses composantes, ce sont elles qui serviront à examiner les droits procéduraux du citoyen dans le contentieux constitutionnel au Bénin. Il s'agit d'une part, de l'accès au juge constitutionnel (I) et d'autre part, des garanties procédurales du citoyen devant le juge constitutionnel (II).

I. L'accès du citoyen au juge constitutionnel

« *En matière de justice constitutionnelle, la capacité des individus à accéder à une juridiction compétente détermine le degré d'efficacité dans la protection des droits humains et des libertés fondamentales [...] De même, cet accès est d'une importance cruciale pour les acteurs et intérêts politiques, car il contribue à garantir le respect des règles du jeu politique, de l'exercice de l'autorité publique et des limites de celle-ci* »²³. Au Bénin, nombre de conditions (A) auxquelles s'ajoutent des qualités requises du juge (B) favorisent l'accès du citoyen à la Haute juridiction constitutionnelle.

21 Décision DCC 19-272 du 22 août 2019.

22 Décisions DCC 19-004 du 04 janvier 2019 ; DCC 19-007 du 04 janvier 2019 ; DCC 19-176 du 18 avril 2019 ; DCC 20-591 du 15 octobre 2020 ; DCC 21-165 du 03 juin 2021 ; DCC 21-272 du 28 octobre 2021 ; DCC 21-282 du 28 octobre 2021.

23 Markus BÖCKENFÖRDE et al., *Les juridictions constitutionnelle en Afrique de l'Ouest : analyse comparée*, Institut international pour la démocratie et l'assistance électorale et la Fondation Hanns Seidel, 2016, p. 128.

A. Les conditions d'accès au juge constitutionnel

Les conditions d'accès au juge constitutionnel béninois sont largement favorables au citoyen, dans la mesure où le contentieux constitutionnel n'est pas soumis, pour sa recevabilité, aux conditions propres aux contentieux à caractère subjectif protégeant les intérêts particuliers. On ne saurait opposer à l'admission du recours, les caractères personnel, légitime, né et actuel de l'intérêt²⁴.

Ainsi, en matière de contrôle de constitutionnalité, qu'il s'agisse de contrôle de constitutionnalité des normes ou du contrôle de constitutionnalité des faits²⁵, le citoyen a le droit d'opérer une saisine directe du juge constitutionnel. Et le Professeur Théodore HOLO n'a pas manqué de souligner à ce sujet que « *c'est l'action populaire, c'est-à-dire la saisine directe de la Cour constitutionnelle par tout citoyen, qui donne toute sa vitalité à la justice constitutionnelle au Bénin et en fait le rempart légitime des droits fondamentaux entendus comme un ensemble de droits et de garanties que l'ordre constitutionnel reconnaît aux particuliers dans leur rapport avec les pouvoirs publics. Autrement dit, l'exception que constitue la justice constitutionnelle au Bénin ne se conçoit pas sans cette générosité de sa saisine et les fondements de ses décisions que le juge puise abondamment dans la Constitution, mais aussi dans l'ensemble des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits humains et ratifiés par le Bénin, dont certains sont même directement intégrés à la Constitution* »²⁶.

Plus spécifiquement, en matière de constitutionnalité des normes, le constituant offre au citoyen, outre l'action directe, l'exception d'inconstitutionnalité pour saisir le juge constitutionnel. Mais il ne peut exercer les deux à la fois. En effet, « *l'article 122 de la Constitution*

24 Décision DCC 19-309 du 05 septembre 2019.

25 Cette distinction contrôle de constitutionnalité des normes et contrôle de constitutionnalité des faits est excellemment faite par Gilles BADET (Voir Gilles BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, FES, Bénin, 2013, 480 p.)

26 Théodore HOLO, *op. cit.*.

impose le choix entre l'action directe et la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité »²⁷, de sorte 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 »²⁸.

Il est de relever aussi que même s'il faut entendre par acte pouvant faire l'objet de contrôle de constitutionnalité toute forme d'acte réglementaire ou non, censé violer les droits fondamentaux ou pas²⁹, et même si est déclaré irrecevable le recours qui ne porte ni sur une loi ni sur un texte réglementaire ni sur un acte administratif³⁰, certains actes voisins des actes administratifs sont exclus de ce contrôle. Ainsi en a-t-il été d'une émission radiophonique ou télévisuelle destinée à des individus non identifiés³¹ ; d'une décision non écrite de reporter ou d'annuler une émission radiophonique ou télévisuelle³² ; du discours d'investiture du Président de l'Assemblée nationale³³ ; de la restitution médiatisée des travaux du Conseil Consultatif National de l'Enseignement Supérieur qui a proposé en conclusion la fermeture de certains établissements supérieurs privés³⁴.

Le juge constitutionnel a même déclaré que « le message à la Nation du Président de la République n'est pas une loi, ou un texte susceptible d'être soumis au contrôle de constitutionnalité aux termes de l'article [3] de la Constitution »³⁵. Aussi, a-t-il affirmé dans une jurisprudence constante que « l'appel à candidature lancé par la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication (HAAC)

27 Décision DCC 97-060 du 28 octobre 1997.

28 Décisions DCC 04-023 du 04 mars 2004 ; DCC 08-174 du 04 décembre 2008 ; DCC 08-174 du 04 décembre 2008.

29 Gilles BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, FES, Bénin, 2013, pp. 87-88.

30 Décision DCC 05-165 du 27 décembre 2005.

31 Décision 16 DC du 03 juin 1993.

32 Décision 16 DC du 03 juin 1993.

33 Décision DCC 15-201 du 10 septembre 2015.

34 DCC 20-433 du 23 avril 2020

35 Décision DCC 08-094 du 21 août 2008.

n'est pas 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 [...] Un acte préparatoire d'un acte administratif n'est pas lui-même un acte administratif »³⁶.

Une précision mérite toutefois d'être apportée sur le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice. En effet, elles sont exclues de « *l'énumération des actes visés par l'article 3 alinéa 3 de la Constitution [...] dès lors qu'elles ne sont pas censées porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine* »³⁷. Mais « *lorsqu'elles violent les droits de la personne humaine, [elles] n'échappent pas au contrôle de constitutionnalité* »³⁸.

Il convient de souligner aussi que « *le contrôle de constitutionnalité de la loi vise à garantir la suprématie de la norme suprême. Elle se fonde sur l'idée selon laquelle la volonté du peuple souverain, directement et solennellement exprimée par lui à travers la Constitution, est supérieure à la volonté de ses représentants ordinairement exprimée par la loi. En raison de cette hiérarchie, la loi ne sera l'expression raisonnable et authentique de la volonté générale qu'autant qu'elle sera conforme à la norme fondamentale* »³⁹. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle est « *incompétente pour connaître d'une requête qui tend à contester non pas la constitutionnalité d'une loi, mais l'application qui en est faite* »⁴⁰. Elle « *ne connaît des actes administratifs que lorsqu'ils violent une disposition précise de la Constitution* »⁴¹.

Cependant, en ce qui concerne les lois votées non encore promulguées il résulte des dispositions de l'article 121 alinéa 1^{er}

36 Décision DCC 02-071 du 19 juin 2002.

37 Décisions DCC 05-027 du 31 mars 2005 ; **DCC 05-092 du 30 août 2005** ; DCC 05-097 du 30 août 2005 ; DCC 19-319 du 05 septembre 2019.

38 Décision DCC 13-082 du 09 août 1993.

39 Théodore HOLO, *op. cit.*

40 Décision DCC 96-029 du 26 juin 1996.

41 Décision DCC 17-040 du 23 février 2017.

de la Constitution que seul le Président de la République ou tout membre de l'Assemblée Nationale peut solliciter leur contrôle de constitutionnalité⁴². Sur le fondement de ces dispositions, ont été déclarées irrecevables les requêtes des citoyens qui ont sollicité respectivement « le contrôle de constitutionnalité de l'article 36 de la Loi n° 2005-14 portant règles générales pour les élections en République du Bénin » et celui de « la Loi n°2005-26 portant règles particulières pour l'élection du Président de la République votée par l'Assemblée Nationale » qui furent votées mais non promulguées au moment de la saisine du juge constitutionnel⁴³

Le contrôle de constitutionnalité des lois votées mais non encore promulguées est en réalité le contrôle *a priori* « dont l'objet n'est pas de trancher un litige concret [mais qui] tend plutôt [...] à régler une querelle juridique entre les acteurs politiques que sont le président de la république et les députés »⁴⁴.

Il apparaît ainsi que le constituant et le juge constitutionnel, bien que reconnaissant au citoyen un droit étendu de recourir à la Haute juridiction constitutionnelle pour le contrôle de constitutionnalité de divers actes normatifs, ont néanmoins apporté une restriction par rapport à la nature des actes devant faire l'objet de ce contrôle. Ainsi, le citoyen ne peut déférer devant le juge constitutionnel que des actes bien définis qui violent la loi fondamentale.

Il en va autrement des faits susceptibles de contrôle de constitutionnalité, car il est donné à tout citoyen de déférer devant le juge constitutionnel tout comportement quelconque de quelque citoyen que ce soit, chargé d'une fonction publique ou élu à une fonction politique, dès lors que ce comportement est présumé être contraire la constitution. Ainsi, ont été déclaré contraire à l'article

42 Décisions DCC 05-062 du 07 juillet 2005 ; DCC 05-062 du 07 juillet 2005 ; DCC 05-071 du 28 juillet 2005.

43 Décisions DCC 05-062 du 07 juillet 2005 et DCC 05-071 du 28 juillet 2005.

44 Théodore HOLO, *op. cit.*

35 de la Constitution, le fait pour les pouvoirs publics, de ne pas exécuter une mesure d'instruction de la Cour, dans le cadre d'une procédure pendante devant elle⁴⁵ ; pour le Ministre de l'Environnement, de l'Habitat et de l'Urbanisme de ne prendre aucune disposition en vue de l'exécution d'une décision de la Cour⁴⁶ ; la Cour d'Appel de Cotonou, de n'avoir pas transmis dans les délais requis, à la Cour Constitutionnel, le dossier dans lequel le requérant a soulevé une exception d'inconstitutionnalité, constitue une méconnaissance des dispositions des articles 35⁴⁷ ; pour les officiers de police judiciaire, de garder à vue un individu pendant six (06) jours, sans une décision du Magistrat auquel il doit être présenté ;⁴⁸ pour un officier de police judiciaire de ne pas mentionner le nom d'une personne convoquée écoutée dans le registre « main-courante » d'un commissariat de Police⁴⁹ ; pour les membres du Conseil Economique et Social de n'avoir pas, sans motif valable, pris part aux assemblées plénières prévues par le Règlement Intérieur de cette institution. Ils ont, par leur comportement, mis en péril le fonctionnement normal de ladite institution⁵⁰ ; etc.

Toutefois, même si pour le citoyen le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels demeure une faculté à laquelle il peut renoncer⁵¹, le désistement, une fois le juge constitutionnel saisi, « n'est opérant qu'à la double condition que le recours ne porte pas sur la violation des droits fondamentaux et des libertés publiques et qu'il ne comporte pas le risque de laisser subsister dans l'ordonnancement juridique une atteinte aux normes et valeurs protégées par la Constitution »⁵².

45 Décisions DCC 00-067 du 15 novembre 2000 ; DCC 04-020 du 04 mars 2004 ; DCC 04-092 du 08 octobre 2004 ;

46 Décision DCC 04-038 du 20 avril 2004 ;

47 Décision DCC 04-023 du 04 mars 2004 ;

48 Décision DCC 04-041 du 23 avril 2004 ;

49 Décision DCC 04-055 du 19 mai 2004 ;

50 Décision DCC 04-065 du 29 juillet 2004 ;

51 DCC 12-009 du 24 janvier 2012

52 Décisions DCC 19-004 du 04 janvier 2019 ; DCC 19-007 du 04 janvier 2019 ; DCC 19-176 du

Dans le cadre du contentieux des élections législatives, la possibilité est également donnée au citoyen électeur ou candidat aux élections législatives, de contester l'élection d'un député devant la Cour constitutionnelle durant les dix (10) jours qui suivent la proclamation des résultats du scrutin. Mais il ne peut le faire que s'il est inscrit sur la liste électorale de la Circonscription dans laquelle il a été procédé à l'élection⁵³.

Il apparaît clairement qu'au Bénin, l'accès au juge constitutionnel, bien que strictement réglementé, demeure largement ouvert au citoyen. Cela est davantage favorisé par le fait que, contrairement aux juridictions de l'ordre judiciaire, la procédure devant la Cour constitutionnelle est gratuite⁵⁴. En effet, dans l'ordre judiciaire, le législateur, après avoir affirmé qu'en République du Bénin la justice est gratuite, ajoute toutefois que c'est « sous les seules réserves des dispositions légales et réglementaires concernant les frais de justice, les droits de timbre et d'enregistrement »⁵⁵.

Cependant, une circonstance peut constituer une limitation sérieuse à l'accès du citoyen au juge constitutionnel. Il s'agit de la distance, en ce que la Cour constitutionnelle a son siège à Cotonou, avec une compétence territoriale nationale. Dès lors il est à craindre que la distance séparant le siège de la Cour de certaines localités ne soit un frein à l'accès au juge constitutionnel.

Certes, en matière de contentieux des élections législatives, la possibilité est offerte au citoyen d'adresser sa requête au Sous-Préfet, au Chef de circonscription Urbaine, au Préfet ou au Ministre

18 avril 2019 ; DCC 20-591 du 15 octobre 2020 ; DCC 21-165 du 03 juin 2021 ; DCC 21-272 du 28 octobre 2021 ; DCC 21-282 du 28 octobre 2021.

53 Article 55 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

54 Article 28 alinéa 1 (version du 11 juin 2018) du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle.

55 Voir article 6 alinéa 1^{er} de la loi n°2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin, telle que modifiée et complétée par la loi n°2016-15 du 28 juillet 2016 et la loi n°2018-13 du 02 juillet 2018.

de l'Intérieur, quitte à ceux-ci d'aviser, par télégramme ou tout autre moyen de communication approprié le Secrétariat Général de la Cour et assurer sans délai la transmission de la requête dont il a été saisi⁵⁶. Mais cette disposition est aujourd'hui désuète car, non seulement il n'existe plus de Sous-Préfet ni de Chef de Circonscription Urbaine. Elle semble d'ailleurs être abrogée par les dispositions de l'article 104 du code électoral, aux termes desquelles « dans le cas de l'élection du président de la République ou des élections législatives, la Cour constitutionnelle est saisie par une requête écrite adressée à son Secrétariat général »⁵⁷.

Il faut donc, pour pallier cette difficulté liée à la distance, s'inspirer de certaines dispositions prises dans l'ordre judiciaire, notamment la saisine du juge par voie électronique. En effet, il est désormais établi que « *la requête et l'assignation peuvent être introduites par voie électronique* »⁵⁸.

Il serait très judicieux que la Cour constitutionnelle emprunte la même voie pour davantage faciliter son accès, non seulement aux citoyens vivant sur le territoire béninois, mais aussi aux béninois vivant à l'étranger, sans qu'il soit besoin pour eux de se déplacer.

Ainsi, l'accès au juge constitutionnel béninois sera-t-il davantage facilité au citoyen si à la gratuité s'ajoute la saisine par voie électronique. Mais il ne suffit pas d'accéder au juge. Il faut en outre que celui-ci soit doté de certaines qualités.

56 Article 56 alinéa 1 (version du 11 juin 2018) du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle.

57 En principe, ces dispositions du code électoral ne devraient être considérées comme non écrites, en ce que le législateur opère l'abrogation des dispositions d'une loi organique (loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001) par celles d'une loi ordinaire (loi n°2019-43 du 15 novembre 2019 portant code électoral, telle qu'interprétée et complétée par la loi n°2020-13 du 04 juin 2020).

58 Voir article 3 de la loi n°2020-08 du 23 avril 2020 portant modernisation de la justice en République du Bénin.

B. Les qualités requises du juge en matière de procès équitable

Pour un procès équitable, le juge doit être indépendant et impartial. Le constituant n'a certes pas mentionné *expressis verbis* l'indépendance de la Cour constitutionnelle vis-à-vis des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires. De ce point de vue, l'on pourrait même *a priori* penser que la Haute juridiction constitutionnelle tire le fondement de son indépendance de l'exercice du pouvoir judiciaire, puisque c'est à ce pouvoir qu'est conféré l'indépendance, de sorte que ce sont les juridictions chargées de l'exercer qui en jouissent.

Mais, il faut se garder d'oublier que contrairement à certains Etats comme par exemple le Niger⁵⁹ et le Sénégal⁶⁰, la Haute juridiction constitutionnelle béninoise n'est pas assimilée aux juridictions exerçant le pouvoir judiciaire, puisqu'aux termes des dispositions de l'article 125 alinéa 2 de la Constitution, le pouvoir judiciaire « est exercé par la Cour suprême, les cours et tribunaux créés conformément à la présente Constitution ».

Cela donnerait à penser que le terme « *cours* » employé dans cette disposition constitutionnelle englobe aussi bien les cours de l'ordre judiciaire, à savoir les cours d'appel, les cours d'appel de commerce et la Cour de Répression des Infractions économiques et du Terrorisme, que toutes les autres cours que sont la Cour constitutionnelle, la Cour des comptes et la Haute Cour de justice.

Le fait que la Cour suprême, la Cour des comptes et la Haute Cour de Justice soient placées sous le même titre, à savoir : « TITRE VII : DU POUVOIR JUDICIAIRE » peut être un indice de ce que les trois juridictions exercent le pouvoir judiciaire. Mais la difficulté

59 Au Niger, l'article 116 de la Constitution dispose que « le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'État, la Cour des comptes, les cours et tribunaux ».

60 Aux termes des dispositions de l'article 88 de la Constitution du Sénégal, le pouvoir judiciaire le pouvoir judiciaire « est exercé par le Conseil constitutionnel, la Cour suprême, la Cour des Comptes et les Cours et Tribunaux ».

n'est pour autant pas évacuée dans la mesure où, d'une part, les titres des actes normatifs n'ont pas une valeur normative, et d'autre part, même si c'était le cas, la Cour constitutionnelle n'est pas placée sous la même rubrique, de sorte que s'il est permis de douter en ce qui concerne la Cour des comptes et la Haute Cour de Justice, le doute se dissipe quant au fait que la Haute juridiction constitutionnelle n'exerce pas le pouvoir judiciaire.

Avec la révision constitutionnelle de 2019, le constituant béninois a manqué l'occasion de lever l'ambiguïté. Cependant, le fait que la Cour constitutionnelle soit « organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics »⁶¹ et que ses décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et *juridictionnelles* »⁶² autorise à affirmer qu'elle est indépendante. D'ailleurs, au regard des autorités juridictionnelles, tout au moins celles judiciaires, elle-même déclare que « dans l'exercice de l'une quelconque des prérogatives que lui confère la Constitution et les lois de la République, la juridiction constitutionnelle n'est intégrée dans aucune hiérarchie judiciaire »⁶³.

Le fait pour la Cour constitutionnelle de déclarer non conforme à la Constitution le serment du Président de la République, en raison de ce que ce dernier n'a pas prononcé le membre de phrase « les mânes des ancêtres », en indiquant que « le texte du serment, tel que fixé par la Constitution, est une formule sacramentelle indivisible et qu'il ne saurait donc subir une quelconque modification et doit être prononcé dans son intégralité »⁶⁴, constitue un indice de l'impartialité du juge constitutionnel vis-à-vis de l'exécutif. *La même conclusion peut être tirée lorsque le juge constitutionnel rappelle avec hardiesse que « la*

61 Voir 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.

62 Article 124 alinéa 3 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.

63 Décisions DCC 20-641 du 19 novembre 2020 ; DCC 21-096 du 1er avril 2021.

64 Décision DCC 96-017 du 05 avril 1996.

décision du Conseil des Ministres qui remet en cause une décision de justice viole le principe sacré de la séparation des pouvoirs et l'article 59 de la Constitution qui fait obligation au Président de la République de garantir l'exécution des décisions de justice »⁶⁵ *et que l'article 59 de la Constitution* « s'agissant des décisions de justice devenues définitives, impose au Chef de l'Etat et partant à toute Administration, une double obligation à savoir d'une part, l'obligation de prendre toutes les mesures pour exécuter les décisions juridictionnelles et d'autre part, l'obligation de ne prendre aucune mesure de caractère général constituant une résistance à l'exécution des décisions de justice »⁶⁶.

Il est aussi possible d'inférer du pouvoir conféré au juge constitutionnel en matière de contrôle de constitutionnalité des lois, son indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif. Il n'a d'ailleurs pas manqué d'exercer ce pouvoir en déclarant contraire à la constitution des dispositions de lois votées à l'assemblée nationale et ayant même parfois fait l'objet de promulgation. Cette indépendance apparaît également en filigrane lorsqu'il rappelle par exemple l'étendue et les limites du pouvoir de légiférer du Parlement en ces termes : « s'il est exact que le Parlement a le pouvoir de voter une loi, puis de l'amender ou de l'abroger par la suite, 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 »⁶⁷.

Même si « *les institutions chargées de la justice constitutionnelle, en particulier les cours/conseils constitutionnel(le)s, sont en position de relative faiblesse par rapport aux autres branches du pouvoir* »⁶⁸ en raison de ce qu'« *ils ne détiennent ni les cordons de la bourse, comme le pouvoir législatif, ni la force du glaive, apanage de l'exécutif* »⁶⁹,

65 Décision DCC 02-005 du 16 janvier 2002.

66 Décision DCC 12-125 du 07 juin 2012.

67 Décision DCC 10-049 du 05 avril 2010.

68 Markus BÖCKENFÖRDE et al., *op. cit.*, p. 61.

69 *Idem.*

il est néanmoins possible de dire qu'au Bénin, l'indépendance du juge constitutionnelle demeure encore plus affirmée vis-à-vis des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, pour le bonheur du citoyen.

Mais à l'indépendance du juge constitutionnel doit répondre son impartialité, laquelle au sens de l'article 7(1) (d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples doit s'entendre de « *l'absence d'un parti pris ou de préjugé dans l'examen d'une cause en justice* »⁷⁰. En effet, « *il est d'une importance fondamentale dans une société démocratique que les tribunaux inspirent la confiance du public* »⁷¹. C'est pourquoi il est requis de tout juge une obligation d'impartialité. Celle-ci « *a deux caractéristiques : premièrement, les juges ne doivent pas laisser des partis pris ou des préjugés personnels influencer leur jugement ni avoir d'idées préconçues au sujet de l'affaire dont ils sont saisis – ce qui se reporte à une impartialité subjective ; et, deuxièmement, le tribunal doit aussi donner une impression d'impartialité à un observateur raisonnable – appelée impartialité objective* »⁷².

L'impartialité subjective est « *le fait que les magistrats doivent exercer leur fonction sans égard à tout point de vue ou conviction personnel sur les parties ou sur la nature de la procédure* »⁷³.

En ce qui concerne l'impartialité objective, « *il est essentiel que les magistrats exercent leurs fonctions d'une manière qui offre des garanties suffisantes pour exclure tout doute légitime sur leur impartialité, c'est-à-dire que le tribunal doit donner une impression d'impartialité à un observateur raisonnable* »⁷⁴.

Ainsi, « *l'impartialité est[-elle] essentielle pour donner convenablement décharge à la fonction judiciaire. Elle concerne non seulement*

70 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Arrêt, 26 juin 2020, Fidèle MULINDAHABI c. République du Rwanda, par. 63, 64.

71 OSCE, *Recueil juridique des standards internationaux relatifs à un procès équitable*, OSCE/ODIHR, 2013, p. 57.

72 *Idem*.

73 *Ibidem*, p. 58.

74 *Ibidem*, p. 59.

la décision elle-même mais également le processus qui a conduit à cette décision »⁷⁵.

Quoi qu'il en soit, « *la partialité ne saurait être présumée et doit être prouvée de manière irréfutable à la charge de la partie qui l'allègue*⁷⁶.

Au Bénin, le caractère objectif du contentieux constitutionnel⁷⁷, la composition collégiale⁷⁸, l'exigence de motivation des décisions du juge⁷⁹, le fondement constitutionnel de la compétence du juge⁸⁰ sont autant de critères qui permettent, tout au moins de créditer le juge constitutionnel d'une impartialité dans toutes les procédures applicables devant lui.

Le citoyen béninois a donc accès à un juge constitutionnel indépendant et impartial. Mais il lui faut davantage pour jouir pleinement du droit à un procès équitable devant ce juge. Il lui faut des garanties procédurales.

75 Voir 2^{ème} valeur (impartialité) des principes de Bangalore sur la déontologie judiciaire.

76 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Arrêt, 26 juin 2020, Fidèle MULINDAHABI c. République du Rwanda, par. 63, 64.

77 Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 19-272 du 22 août 2019.

78 Aux termes des dispositions de l'article 115 alinéa 1^{er} 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 Cour constitutionnelle 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'article 16 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 précise : « Les décisions et les avis de la Cour Constitutionnelle sont rendus par cinq conseillers au moins, sauf en cas de force majeure dûment constatée au procès-verbal ».

79 Voir article 28 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001

80 Voir article 114, 117 et 118 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. Le lien entre le fondement constitutionnel de la compétence du juge et son impartialité peut paraître curieux. Mais il apparaît évident dès lors qu'on réalise qu'« *un organe n'ayant pas été établi conformément à la volonté du législateur, serait nécessairement dépourvu de la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers* » (Voir Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), Arrêt n°58442/00 du 28 novembre 2002, Lavents contre Lettonie, § 114). Il s'agit là d'une garantie qui « *a pour objet d'éviter que l'organisation du système [...] ne soit laissée à la discrétion de l'Exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi du Parlement* » (Voir Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), Arrêts n° 32492/96 du 22 juin 2000, Coëme et autres contre Belgique, § 98).

II. Les garanties procédurales

Pour bénéficier d'un droit à un procès équitable, il est nécessaire pour le citoyen de jouir des garanties procédurales relatives au déroulement de l'instance (A) et à l'exécution des décisions du juge constitutionnel (B).

A. Les garanties liées au déroulement de l'instance

Devant le juge constitutionnel béninois, le citoyen jouit de nombreuses garanties procédurales liées au déroulement de l'instance, notamment : le droit à l'assistance, l'égalité des armes et le principe du contradictoire, la publicité des audiences, la motivation des décisions, et le délai raisonnable des procédures.

Aussi bien les textes fondamentaux qui régissent la Cour constitutionnelle que sa jurisprudence admettent l'assistance des parties. En effet, Celles-ci « *peuvent se faire assister de toute personne physique ou morale compétente* »⁸¹.

Toutefois, la représentation semble exclue des règles procédurales suivies devant la Haute juridiction constitutionnelle. Les textes fondamentaux ci-dessus mentionnés n'en font pas mention et la jurisprudence constitutionnelle relève sans ambiguïté que « *sauf en ce qui concerne les personnalités morales, la représentation n'est pas admise devant la Cour constitutionnelle de sorte que pour qu'elle soit recevable, la requête doit obligatoirement être revêtue de la signature de tous les requérants* »⁸². C'est sur ce fondement que le juge constitutionnel a déclaré irrecevable la requête de Maîtres Mohamed A. O. BARE, Rafiou G-C. PARAISSO, Igor Cécil E. SACRAMENTO et Evelyne da SILVA-AHOUANTO qui n'est pas revêtue de la signature de leur client Abdou Raïmi MOUSSE⁸³.

81 Article 30 alinéa 1^{er} (version du 11 juin 2018) du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin.

82 Décisions DCC 15-071 du 26 mars 2015 et DCC 19-490 du 17 octobre 2019 ; DCC 21-257 du 21 octobre 2021.

83 Décision DCC 15-071 du 26 mars 2015.

L'égalité des armes, « *composante essentielle de l'égalité de tous devant la loi, protégée par l'article 3 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples et l'article 26 de la Constitution* »⁸⁴ est également « *une composante autonome, une exigence et une garantie fondamentale du procès équitable. Elle traduit [...] le juste équilibre qui doit s'instaurer entre les parties et implique l'obligation d'offrir à chacune d'elles une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Elle doit être respectée dans toutes les procédures et en toutes matières. Elle s'apprécie concrètement, au cas par cas, et globalement, au vu de l'ensemble du procès. Elle s'applique à travers toutes les obligations découlant du principe de la contradiction* »⁸⁵.

Le principe du contradictoire, quant à lui, « *implique en principe la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision et de la discuter. Ce principe doit pouvoir s'exercer dans des conditions satisfaisantes, en permettant au plaideur, notamment, d'examiner les documents communiqués, de les commenter d'une façon appropriée et de bénéficier d'un délai suffisant pour rédiger ses arguments, quitte à obtenir un renvoi. Le respect du principe s'impose non seulement aux parties mais aussi au juge, par exemple, lorsqu'il relève un moyen d'office ou lorsqu'il envisage de procéder par substitution de motifs. Il ne peut le faire qu'après en avoir informé les parties et sollicité leurs observations* »⁸⁶.

Cependant, « *le principe n'a pas une portée absolue et n'implique pas, en principe, que le débat ait lieu sur toute pièce produite mais seulement sur celles susceptibles d'avoir une incidence sur l'issue du litige. Son étendue peut donc varier en fonction des spécificités de l'affaire en cause*

84 Décision DCC 19-055 du 31 janvier 2019.

85 Tony MOUSSA, *op. cit.*, p. 39.

86 *Idem.*

et il n'exige pas que chaque partie communique à son adversaire des documents qui n'ont pas davantage été présentés au juge »⁸⁷.

Devant le juge constitutionnel béninois, malgré le caractère objectif du contentieux qui se déroule devant lui, l'égalité des armes et le principe du contradictoire sont assurés et se manifestent par le fait que le requérant a le droit de présenter sa demande, ainsi que les moyens qui la soutiennent, et l'occasion est offerte à celui dont l'acte ou les faits sont déférés devant la Haute juridiction, de les discuter. Le juge constitutionnel ne manque d'ailleurs pas de retracer ces aspects dans chacune de ses décisions.

Ainsi, le droit à la défense affirmé par l'article 7.1.c) de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples et « *qui trouve son écho devant les juridictions dans le principe du contradictoire en vertu duquel toute personne doit être en mesure de discuter librement les prétentions, les moyens et les preuves de son adversaire* »⁸⁸, est-il amplement mis en œuvre devant le juge constitutionnel béninois.

La procédure devant la Cour constitutionnelle du Bénin « est publique, sauf décision contraire *de la Cour* »⁸⁹. En ce qui concerne les décisions, le législateur organique dispose que la déclaration de la Cour constitutionnelle « est publiée au Journal officiel »⁹⁰. La déclaration dont il est question ici désigne la décision⁹¹.

Aussi, est-il fait mention dans le règlement intérieur de la Cour que ses décisions « sont publiées au Journal officiel ou dans un journal d'annonces légales »⁹².

87 Tony MOUSSA *op. cit.*, p. 40.

88 Décision DCC 18-160 du 31 juillet 2018.

89 Article 28 alinéa 2 (version du 11 juin 2018) du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin.

90 Article 28 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

91 Il est de souligner que « la *Cour constitutionnelle rend une Décision et non pas des arrêts* ». (Voir Décision 3 DC du 02 juillet 1991)

92 Article 23 alinéa 1^{er} du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin.

« En rendant publiques ses audiences, la Cour, d'une part, met en œuvre le principe à valeur constitutionnel de transparence qui s'impose à elle-même, d'autre part, donne au caractère contradictoire de la procédure toute son expression, en permettant aux parties, dans le cours d'une même audience, de discuter des faits et moyens juridiques exposés par chacune d'elles pour soutenir leurs demandes [...] Il en résulte que ces audiences publiques de la Cour ne revêtent un caractère public que pour autant que qu'elles concernent les débats faits par les parties devant la Cour et non les délibérations de la Cour qui restent secrètes »⁹³.

Aux termes des dispositions de l'article 28 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001, « *la déclaration de la Cour Constitutionnelle est motivée* ». Cette dispositions, bien que ne faisant pas expressément mention des décisions, y renvoie néanmoins.

Une autre disposition beaucoup plus explicite laisse entrevoir cette obligation de motiver les décisions de la Cour constitutionnelle. En effet, l'article 22 alinéa 1^{er} du règlement intérieur de la Haute juridiction constitutionnelle dispose que « les décisions de la Cour comportent [...] les motifs sur lesquels elles se fondent ».

L'obligation de rendre la justice dans un délai raisonnable est un « *principe constitutionnel* »⁹⁴ au sujet duquel la Cour constitutionnelle ne ménage pas les juges de l'ordre judiciaire. Elle a déclaré que « même les dysfonctionnements ne sauraient exonérer les juges de leur mission constitutionnelle de rendre la justice dans un délai raisonnable »⁹⁵. En effet, « *l'empêchement des juges, le fait des grèves, les perturbations [...] tous ces dysfonctionnements ne sauraient*

93 Décision DCC 18-262 du 06 décembre 2018.

94 DCC 15-071 du 26 mars 2015.

95 DCC 14-108 du 03 juin 2014.

exonérer les juridictions de leur mission constitutionnelle de rendre la justice dans un délai raisonnable »⁹⁶.

La Haute juridiction constitutionnelle en tire la conclusion selon laquelle « *toute défaillance à cette obligation s'analyse comme une violation des prescriptions de l'article 35 de la Constitution aux termes duquel : "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"* »⁹⁷.

Cette rigueur que tient le juge constitutionnel à l'égard des juges judiciaires procède de ce que l'article 7.1.d) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, « en exigeant le respect du "délai raisonnable", souligne en réalité l'importance qui s'attache à ce que la justice ne soit pas administrée avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité »⁹⁸. En effet, « *lorsque la société se rend compte que le règlement judiciaire des différends est trop lent, elle peut perdre confiance non seulement dans les institutions judiciaires, mais aussi et surtout dans le règlement pacifique des différends* »⁹⁹.

En matière de contentieux constitutionnel, il ne serait pas illégitime de se demander si le juge constitutionnel se conforme lui-même aux exigences faites au juge judiciaire en termes de délai raisonnable.

En principe, la Cour constitutionnelle, par devoir d'exemplarité, n'a d'autres choix que de se conformer à ce principe. D'ailleurs, les textes fondamentaux qui la régissent l'y contraignent. En effet, d'une manière générale, « la Cour constitutionnelle doit statuer dans le délai de quinze (15) jours après qu'elle a été saisie d'un texte de

96 Décision DCC 16-187 du 15 novembre 2016.

97 Décision DCC 14-108 du 03 juin 2014.

98 Décisions DCC 15-071 du 26 mars 2015.

99 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Arrêt du 18 mars 2016, (fond), Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. Tanzanie, par. 127.

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 (08) jours* »¹⁰⁰.

Lorsqu'elle est saisie par le Président de la République ou un membre de l'Assemblée nationale pour contrôle de constitutionnalité d'une loi votée, avant sa promulgation, « la Cour Constitutionnelle doit se prononcer dans un délai de quinze (15) jours »¹⁰¹. Lorsqu'elle se saisit 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, sa décision doit intervenir dans un délai de huit (08) jours à compter de la réunion de la Cour qui a décidé de cette saisine¹⁰². Lorsqu'elle est saisie par la procédure d'exception d'inconstitutionnalité, la Cour constitutionnelle doit rendre sa décision dans un délai de trente (30) jours¹⁰³.

Mais un examen rapide des décisions de la Cour constitutionnelle permet de vite se rendre compte que la réalité est tout autre, car lorsqu'on en juge d'après la date de saisine et celle de la décision, la Haute juridiction ne respecte pratiquement pas les délais légaux.

Toutefois, il serait exagéré de confondre ces délais légaux au délai raisonnable dont l'appréciation « *dépend entre autres du comportement du juge et de celui des parties* »¹⁰⁴. La Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ajoute même un troisième élément d'appréciation, à

100 Article 120 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.

101 Article 20 alinéa 3 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

102 Article 121 alinéa 2 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 et article 32 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin.

103 Article 122 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 et article 25 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

104 Décision DCC 19-071 du 14 février 2019.

savoir : la complexité de l'affaire¹⁰⁵. Elle précise que « *pour apprécier la complexité d'une affaire, tous les aspects doivent être pris en considération, étant donné que la complexité peut porter à la fois sur des questions de fait et de droit [...] En conséquence, plus une affaire est complexe, plus longue en est la procédure. Cependant, même dans des affaires très complexes, les retards déraisonnables peuvent encore se produire*¹⁰⁶.

Le non-respect par la Cour constitutionnelle des délais légaux dans le cadre de ses procédures peut donc en partie se justifier.

B. L'effectivité mitigée des décisions du juge constitutionnel

La mise en œuvre des décisions du juge constitutionnel peut trouver son fondement dans les dispositions constitutionnelles aux termes desquelles « une disposition déclarée *inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application [...] Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours [...] Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles* »¹⁰⁷. Aussi, le législateur organique prescrit-il que dans le cas où la Cour Constitutionnelle déclare qu'un texte normatif « contient une disposition qui viole les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques, [il] est considéré comme nul et de nul effet et ne peut être mis en application ou exécuté par le pouvoir exécutif »¹⁰⁸.

105 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Arrêt du 20 novembre 2015, (fond), Alex Thomas c. Tanzanie, par. 104 ; Arrêt du 18 mars 2016, (fond), Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. Tanzanie, par. 136.

106 Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, Arrêt du 18 mars 2016, (fond), Wilfred Onyango Nganyi et 9 autres c. Tanzanie, par. 138 et 139.

107 Article 124 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.

108 Article 33 alinéa 2 de la loi organique n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

Par ailleurs, certaines décisions du juge constitutionnel ont été exécutées diligemment¹⁰⁹ et la Cour constitutionnelle a, à certaines occasions, décidé que des violations des droits fondamentaux ouvrent droit à réparation¹¹⁰.

Cependant, ainsi que le relève le Professeur Théodore HOLO, « *Cette jurisprudence, malgré son intérêt incontestable pour la défense des libertés, connaît deux limites essentielles dans sa portée pratique. D'abord, tout en consacrant le droit à réparation, la Cour se déclare incompétente pour décider de la nature et du quantum de la réparation, contribuant ainsi à ne donner à la victime qu'une satisfaction morale qui la réhabilite dans sa dignité sans lui en donner les moyens matériels et financiers. Cette difficulté ne peut être surmontée qu'avec le concours du juge ordinaire qui se trouve rétabli dans sa mission de gardien traditionnel des libertés. En effet, les décisions du juge constitutionnel s'imposant aux autorités juridictionnelles, il est permis de penser que le juge ordinaire, saisi par la victime pour évaluer le préjudice et décider de la qualité ou de la nature de la réparation, se sentira lié par la décision du juge constitutionnel en vertu du principe de la primauté de la jurisprudence constitutionnelle dans le domaine des droits de l'homme. Il serait intéressant de suivre l'évolution de la jurisprudence civile en la matière* »¹¹¹.

Il souligne qu' « *Ensuite, le constat de la violation des droits fondamentaux, la condamnation à réparation du préjudice subi ne suffisent pas pour autant à rétablir la victime automatiquement dans ses droits et faire cesser les violations qu'elle endure, surtout dans l'hypothèse d'une garde à vue ou d'une détention abusive et arbitraire.*

109 Décisions DCC 03-078 du 12 mai 2003 et DCC 04-065 du 29 juillet 2004.

110 Décisions DCC 02-052 du 31 mai 2002 ; DCC 02-58 du 4 juin 2002 et DCC 03-088 du 28 mai 2003.

111 Théodore HOLO, *op. cit.*

En effet, le principe de la séparation des pouvoirs, fondement essentiel de la démocratie béninoise, et la culture juridique héritée de la France interdisent au juge, investi de la fonction juridictionnelle, de s'immiscer dans le domaine de l'exécutif en adressant des injonctions à l'administration qui relève du pouvoir exécutif. Cette interdiction est respectée scrupuleusement par le juge constitutionnel qui, dans sa décision DCC 04-047 du 18 mai 2004, se déclare « incompetent pour donner des injonctions au gouvernement et pour faire des rappels à l'ordre » en précisant que les articles 114 et 117 de la Constitution qui fixent ses attributions ne lui en donnent pas compétence »¹¹².

Il ajoute que « cette interdiction ne devrait cependant pas exclure la possibilité pour le juge constitutionnel, en vue d'assurer une protection efficiente des droits fondamentaux, de prévoir des astreintes à la charge de ceux qui mettent du temps à exécuter ses décisions. En effet, conformément à l'article 23 du règlement intérieur de la Cour, ses décisions prennent effet dès leur prononcé et doivent donc être exécutées avec la diligence nécessaire, d'autant plus qu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours et s'imposent aux pouvoirs publics, à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles »¹¹³.

Il conclut : « malgré ces limites, il est incontestable que la défense des droits fondamentaux est bien assurée au Bénin par le juge constitutionnel comme en témoignent non seulement le nombre élevé des dossiers dont il est régulièrement saisi, mais encore l'accueil favorable de l'opinion publique à la plupart de ses décisions »¹¹⁴.

Quoi qu'il en soit, il est nécessaire, pour assurer l'effectivité des décisions de la Cour constitutionnelle, de mettre en place un mécanisme efficace de leur suivi et exécution.

112 *Idem.*

113 *Idem.*

114 *Idem.*

CONCLUSION

Sous la réserve de la mise en place d'un mécanisme fonctionnel du suivi de l'exécution des décisions du juge constitutionnel, notamment en ce qui concerne la réparation des dommages, il n'est pas exagéré d'affirmer que les droits procéduraux du citoyen sont, non seulement garantis, mais également respectés dans le cadre du contentieux constitutionnel. En tout cas, ils le sont mieux que devant tous les autres ordres de juridiction.

Il ne peut en être autrement, puisque la Cour constitutionnelle est investie de la mission de « garantir *les droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques* »¹¹⁵.

115 Voir 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.

LA PROTECTION NON JURIDICTIONNELLE DU CITOYEN AU
BÉNIN : L'OFFICE DU MÉDIATEUR DE LA RÉPUBLIQUE

Josué Olatoundji CHABI KPANDE

Docteur en droit public,

Chargé des activités scientifiques,

Assistant du Secrétaire général de la Cour constitutionnelle.

« L'arbitraire administratif est [...] plus sournois, plus redoutable que l'arbitraire politique [Il est] plus quotidien, plus individualisé dans ses effets, il se prête moins à des mouvements de protestation [...] ».

Théodore HOLO, « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques », *RBSJA*, n° 16, 2006, p. 28.

A l'issue de la Conférence des Forces Vives de la Nation du 19 au 28 février 1990, le Bénin, pionner des Etats francophones d'Afrique subsaharienne, s'est engagé résolument dans la logique de la démocratie libérale qui repose sur le postulat de l'Etat de droit¹ en adoptant une nouvelle constitution le 11 décembre

¹ Le début des années 1990 a marqué en Afrique la fin des régimes monolithiques et l'avènement des transitions démocratiques. A partir de ce moment les Etats africains s'engagent résolument dans la logique fondatrice de la démocratie et de l'Etat de droit. C'est ce que révèle l'adoption de nouvelles constitutions qui revendiquent dans leur préambule la détermination de créer « un Etat de droit et de démocratie ». Le nouvel ordre constitutionnel ainsi consacré est caractérisé par « la séparation des pouvoirs, la protection juridictionnelle des droits fondamentaux reconnus aux individus, la compétition électorale entre plusieurs partis ». cf. HOLO (Th.), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les Etats de l'espace francophone africain : régimes juridiques et systèmes politiques » *In Revue Béninoise des Sciences Juridiques et Administratives* n° 16, 2006, pp. 17-30 ; KPODAR (A.), « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo » *In Revue Béninoise de Droit et de Sciences Juridiques et Administratives* n° 16, 2006, p.105 et s. ; SALAMI (I. D.), *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles*

1990. En s'inscrivant dans la logique de cette saine émulation, le constituant béninois a institué une nouvelle catégorie d'autorités administratives² concurrentes à celles traditionnellement connues jusqu'alors. Il s'agit des autorités administratives indépendantes³.

africaines : analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais, thèse de droit public, Université de Tours, 2005, 459 p. ; ADELOUI (J. A.), *Transitions démocratiques et coopérations au développement : approche comparative du Bénin, Mali, Niger et Togo*, thèse de droit public, Université d'Abomey-Calavi et Université Catholique de Louvain, 2006, 589 p. ; AKEREKORO (H.), *Opposition et démocratie au Bénin et au Togo*, thèse de doctorat en droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2011, 482 p.

La démocratie devient donc le modèle par excellence auquel les Etats africains doivent se conformer pour être acceptés et avoir une légitimité dans le concert des nations. C'est ce qui résulte de la Déclaration de Bamako du 3 novembre 2000 qui proclame en effet que « francophonie et démocratie sont indissociables et il ne saurait y avoir d'approfondissement du projet francophone sans une progression constante vers la démocratie et son incarnation dans les faits ». Le Professeur Jacques CHEVALLIER souligne également que l'Etat de droit est devenu « un véritable standard international, auquel les Etats sont tenus de se conformer » tel qu'en témoignent les nouvelles constitutions qui font de l'Etat de droit « une référence incontournable, un des attributs substantiels de l'organisation politique, au même titre que la démocratie, avec laquelle il entretient des rapports complexes ». cf. CHEVALLIER (J.), *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 9.

Il devient donc difficile de dissocier l'Etat de droit de la démocratie. L'on retiendra donc que « si l'Etat de droit et la démocratie correspondent à des notions différentes, dans la pratique comme dans la théorie, elles sont complémentaires. La démocratie, c'est la transposition politique de l'Etat de droit et l'Etat de droit, la traduction juridique de la démocratie. Une démocratie authentique ne peut survivre que si elle réussit à se mouler dans l'Etat de droit. Et un Etat de droit moderne sauf à se renier, ne peut qu'ouvrir la voie à la démocratie. Démocratie et Etat de droit sont comme deux aimants s'orientant vers le même pôle ». CONAC (G.), « Etat de droit et Démocratie » In CONAC (G.), Dir., *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Paris, Economica, 1993, p.485.

2 Article 142 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

3 La notion d'autorité administrative en droit administratif ne fait pas l'objet d'unanimité. Malgré la controverse sur la question, il existe, d'après l'étude de Paul SABOURIN, un point commun selon lequel les autorités administratives s'entendent de « tous les agents compris dans la hiérarchie administrative et tous les organes délibérants ou exécutifs des corps décentralisés ». SABOURIN (P.), *Recherche sur la notion d'autorité administrative en droit français*, Paris, LGDJ, 1966, p. Cette définition traduit le modèle suivant lequel l'appareil administratif béninois, tout comme celui de la France dont il s'est inspiré, est organisé. Il est construit, comme l'illustre bien les propos de Jacques CHEVALLIER, selon un modèle unitaire. Il écrit en effet que « l'unité n'interdit évidemment pas que soient mises en place des structures pluralistes et diversifiées, indispensables pour assurer l'emprise concrète de l'administration sur la société : elle implique seulement que ces structures soient liées entre elles, qu'elles forment un ensemble cohérent, un appareil dont les rouages sont étroitement solidaires et soumis à une même impulsion ». Cf. CHEVALLIER (J.), « Réflexion sur l'institution des autorités administratives indépendantes » In *JCP* 1986, 1, n° 3254 cité par GENTOT (M.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, Montchrestien, 1994, p. 8. Invoquer l'existence de concurrence au sein des autorités administratives (celles indépendantes étant aussi des autorités administratives) paraît donc paradoxale. D'ailleurs, Guy BRAIBANT abonde dans le même sens lorsqu'il

A la suite du constituant, l'exécutif et le législateur⁴ vont, sans doute dans la même dynamique que celui-ci⁵, créer à leur tour des structures similaires. Il s'agit d'organismes publics à « compétences propres »⁶ dotés d'importants pouvoirs pour garantir, en toute indépendance, les libertés individuelles contre les atteintes pouvant résulter des actes de l'administration⁷. Désignés aussi bien par la

souligne l'existence d'une contradiction intrinsèque de la notion. Parlant de la France, il écrit qu'« il est difficile de parler d'indépendance des autorités administratives à l'égard du gouvernement... Dans notre tradition législative, en effet, l'administration n'est pas, du moins en principe, indépendante, elle est subordonnée au gouvernement, et à travers lui au parlement. L'indépendance est assurée par la Constitution à l'autorité judiciaire et l'on sait combien d'ailleurs elle est relative ». BRAIBANT (G.), « Droit d'accès et droit à l'information » in *Mélanges Charlier*, 1981, p. 703.

Cependant, les autorités administratives indépendantes sont des structures placées hors hiérarchie, échappant à tout pouvoir d'instruction et de contrôle et disposant d'une liberté d'action juridiquement garantie. Leur existence au sein de l'appareil administratif est une contradiction et en constitue, par là même, un avatar (BRAIBANT (G.), « Panorama de l'administration française » In GALLOUDEC-GENUYS (Fr.), *A propos de l'administration française*, Paris, La documentation Française, 1998, p. 17). L'article 54 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 fait du président de la République, détenteur du pouvoir exécutif, celui qui dispose de l'administration. Il en résulte la conséquence logique suivant laquelle il ne saurait y avoir d'autorité administrative placée en dehors du contrôle de l'exécutif lequel se traduit par l'exercice du contrôle hiérarchique et du contrôle de tutelle.

4 Lorsque l'on invoque ici le législateur, il ne s'agit pas que du législateur national. L'on se réfère également au législateur communautaire qui participe par les directives à l'édiction de vraies normes qui s'imposent et font partie de l'ordonnement juridique des Etats membres tel que le révèlent les Directives n° 04/2005/CM/UEMOA et n°05/2005/CM/ UEMOA. En effet, lesdites directives imposent aux Etats membres de l'UEMOA la création d'une autorité de régulation des marchés publics. C'est donc sur le fondement de ces directives combiné à la mise en application de la loi n° 2009-02 du 7 août 2009 portant code des marchés publics et des délégations de service public en République du Bénin que le décret n° 2012-224 du 13 août 2012 a été pris pour fixer les attributions, l'organisation et le fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics prévue par le législateur communautaire. Il faut noter que ces dispositions nationales ont été complétées et modifiées par la loi n° 2017-04 du 19 octobre 2017 portant code des marchés publics en République Bénin et le Décret n° 2018-223 du 13 juin 2018 portant Attributions, Organisation et Fonctionnement de l'Autorité de Régulation des Marchés Publics en République du Bénin.

5 Dès 1990, le constituant béninois, tirant leçon de la sombre période monolithique qui avait prévalu, a voulu confier la protection et la régulation de la liberté de presse à un organisme (la Haute Autorité de l'Audiovisuel et de la Communication) qui ne relèverait ni du législatif ni de l'exécutif. Cela témoigne déjà de la méfiance du constituant vis-à-vis des pouvoirs constitués qu'il instituait. Cf. CHABI KPANDE J. O. *Les autorités administratives indépendantes et l'Etat de droit au Bénin*, thèse de doctorat en droit public, UAC, 2020, 508 p.

6 Cf. J. RIGAUD cité par GENTOT (M.), *op. cit.*, p. 9.

7 Comme le souligne si bien Marie-Ange LE MESTRE, « c'est la méfiance envers l'intervention de l'Etat dans certains domaines qui a justifié l'introduction d'un nouveau mode d'administration ». Elle justifie cette affirmation par la création de la Commission Nationale de l'Informatique et

loi, le juge que par la doctrine par les termes « autorités publiques indépendantes »⁸, « autorités constitutionnelles indépendantes »⁹ ou encore « autorités administratives indépendantes », ces organismes ont pour objet la protection de l'exercice de certaines libertés publiques et de certains droits fondamentaux¹⁰. Ils sont dotés à cet

des Libertés faisant suite à l'annonce d'une centralisation des données détenues par l'ensemble des services de police. LE MESTRE (M.-A.), « L'argument de droit comparé et les autorités administratives indépendantes » In MELLERAY (F.), (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 137-138.

8 Jusqu'en 2007, le Conseil d'Etat français n'avait pas encore expressément affirmé que les autorités publiques indépendantes ne sauraient être classées dans la catégorie des autorités administratives indépendantes. Dans un arrêt (CE., 30 novembre 2007, M. V. et autres) il a rangé l'Autorité de contrôle des assurances et mutuelles dans la catégorie des autorités administratives indépendantes. En effet, le juge administratif ne l'a pas classé explicitement dans la catégorie mais, il se réfère aux règles gouvernant cette formule classique pour l'appliquer au cas d'espèce si bien que l'on pense que le juge n'établit pas de distinction entre autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes. GRANERO (A.), *Les personnes publiques spéciales*, Paris, L'Harmattan, pp. 178 et s.

Mais, dans son rapport de 2009, le Conseil d'Etat semble opérer une distinction entre les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes. La distinction tient au fait que les dernières ont la personnalité juridique ce dont ne disposent pas les premières. Cf. Conseil d'Etat, « Les établissements publics » In *Les études du Conseil d'Etat*, Rapport public 2009, p. 21 ; Cf. LACHAUME (J. – Fr.), PAULIAT (H.) et al., *Droit des services publics*, Paris, Lexis Nexis, 2012, pp. 234 et s.

En prélude aux réflexions des auteurs comme LACHAUME, PAULIAT et al., le Conseil d'Etat dans un avis du 8 septembre 2005 établissait déjà une nuance capitale entre les autorités administratives indépendantes et les autorités publiques indépendantes. Elle réside dans le fait que les autorités publiques indépendantes, à la différence des autorités administratives indépendantes qui ne sont pas distinctes de l'Etat lorsqu'il s'agit d'engager leur responsabilité, assumeront, le cas échéant, les conséquences des actions en responsabilités qui pourraient être engagées contre elles à l'occasion des fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions. Cf. LABETOULLE (V. D.), *La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de garantie de l'Etat*, CJEG, 2006, p. 359 cité par LACHAUME (J. – Fr.), PAULIAT (H.) et al., *op. cit.*, p. 236.

Benoît DELAUNAY partage cette même position avec Yves GAUDEMET en relevant que « l'Etat est un responsable des actions d'autorités sur lesquelles il n'a précisément pas autorité, ce qui contraste avec la chaîne hiérarchique traditionnelle en vigueur dans l'administration ». Il conclut à ce propos que « lorsque l'autorité de régulation est dénuée la personnalité morale, elle n'est qu'un rouage de l'Etat et son action ne peut, dès lors, engager la responsabilité de ce dernier ». Cf. DELAUNAY (B.), « Autorités de régulation et responsabilité de la puissance publique », In *RDP n° 2, 2014*, pp. 277-278 ; v ; aussi, DELAUNAY (B.) « Synthèse – Etablissements publics : personnes publiques « sui generis », In Lexis360, p. 8, disponible sur le lien www-lexis360-fr.ressources.univ-poitiers.fr

9 Cf. FORMERY (S. – L.), *La constitution commentée article par article*, Paris, Hachette Livre, 2012, p. 144.

10 DEBBASCH (Ch.), BOURDON (J.) et al., *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 2001, p. 31.

effet d'un véritable « pouvoir de décision »¹¹. « Elles disposent de pouvoirs plus ou moins étendus qui, dans certains cas, combinent à la fois un pouvoir de réglementation, d'autorisation individuelle, de contrôle, d'injonction, de sanction, voire même de nomination, et se limitent, dans d'autres cas, à un simple pouvoir d'influence, il est vrai entouré dès lors d'une certaine solennité et donc empreint d'une réelle autorité morale »¹². A ce propos, Mme Marie-José GUEDON¹³ relève que « les termes les plus fréquemment utilisés par le législateur pour définir les missions des autorités (administratives indépendantes) sont « veiller »¹⁴, « assurer »¹⁵, « garantir »¹⁶ » les droits et libertés des citoyens. M. Jean-Louis. AUTIN renchérit le sujet en affirmant que « l'action de toutes les AAI est susceptible d'intéresser, à un titre ou à un autre, les différentes libertés publiques »¹⁷. En effet, leur intervention dans les relations entre les citoyens et l'administration a pour objectif la sauvegarde des individus contre le risque d'arbitraire dans l'intervention de l'Etat. Le Conseil d'Etat français a d'ailleurs affirmé que ces organismes constituent un « élément de renforcement de l'Etat de droit »¹⁸.

« Créées pour assurer, en dehors du cadre administratif traditionnel et avec des garanties d'indépendance, soit des fonctions de médiation, notamment dans le domaine économique, soit des fonctions de

11 Cf. CE, 6 décembre 1968, *Ministre des armées contre Ruffin*.

12 Conseil d'Etat, Rapport public 2001, « Les autorités administratives indépendantes », *Etudes et documents n° 52*, La documentation française, 2001, p. 257. Voir aussi, GENTOT (M.), *op. cit.*, p. 17 ; DEBBASCH (Ch.), BOURDON (J.) *et al.*, *Lexique de politique*, Paris, Dalloz, 2001, p. 31 ; DUHAMEL (O.), MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, pp. 65-68 ; DEBBASCH (Ch.), *Droit administratif*, Economica, Paris, 2002, p. 171 ; VEDEL (G.), DELVOLLE (P.), *Droit administratif*, Puf, Paris, 1992, p. 459.

13 GUEDON (M.-J.), *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, 1991, p. 88.

14 C'est le cas du Médiateur de la République.

15 C'est le cas de l'Autorité de régulation des marchés publics.

16 C'est le cas de la HAAC.

17 AUTIN (J.-L.), « Intervention des autorités administratives indépendantes », *Jurisclasser Libertés*, Fasc 300, 2009.

18 DUBBITON (S.), thèse précitée, p. 61 ; GAZIER (Fr.), CANNAC (Y.), « Etude sur les autorités administratives indépendantes », *EDCE n° 35*, 1983-1984, pp. 37-38.

protection des droits fondamentaux »¹⁹, ces autorités administratives indépendantes s'appréhendent comme un moyen non juridictionnel de protection du citoyen. Tel est le cas du Médiateur de la République.

En effet, « c'est au degré de perfection des procédures qui assure [la protection du citoyen] *que se mesure l'efficacité de l'Etat de droit* »²⁰. Pour pallier donc les irrégularités, les dommages que peut causer l'administration, une protection alternative, non juridictionnelle s'avère indispensable en dehors de l'office du juge. C'est, sans doute, dans cette perspective que s'inscrit la création de l'Organe Présidentiel de Médiation par le décret n° 2000/417 du 25 Août 2006. Il est chargé de garantir la réforme de l'Etat et l'amélioration des relations entre l'administration et les citoyens et de légitimer²¹ ainsi l'action croissante de l'administration²². Contesté pour son inconstitutionnalité²³, le législateur, tirant conséquence²⁴ de son succès et pour tenir compte de l'évolution des relations entre les citoyens et l'administration²⁵, parachève l'œuvre entamée par le président de la République en votant la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République.

19 DEBET (A.), « Autorités administratives indépendantes et personnalité morale », *In Actes du colloque sur la « personnalité morale* », Journée Capitant, Paris Dalloz, 2010, p. 16.

20 HOLO (Th.), *ibidem*.

21 La satisfaction de l'intérêt général ne suffit plus à légitimer l'action administrative moderne observe Mme Nathalie MARCON. Elle ajoute à ce propos que « les services publics doivent [...] fonctionner efficacement dans le respect de la protection des libertés individuelles ». MARCON (N.), « Le défenseur des droits », in LUCHAIRE (Fr.), CONAC (G.) et al, (Dir.), *La constitution de la république française : Analyses et commentaires*, Paris, Montchrestien, 2009, p. 1689.

22 MARCON (N.), *ibid.*, pp. 1685-1687.

23 DCC 08-066 du 26 mai 2008

24 Il faut souligner que pendant cette période, le président Boni YAYI était dans une situation assimilable à une cohabitation dans la mesure où le parlement lui était hostile. Faute de majorité stable, toutes les mesures ou lois qui étaient soumises au parlement et qui pourraient créditer le bilan du président de la République étaient rejetées et il lui fallait recourir aux dispositions de l'article 68 lorsqu'il avait le dos au mur. TOPANOU (V.), « L'équilibre des pouvoirs dans la Constitution béninoise » *In Droit Béninois* n° 1, 2012.

25 Selon Mme Nathalie MARCON, « le secret administratif et l'inégalité classique entre les personnes publiques et les personnes privées tendent à disparaître tandis que de nouveaux droits sont conférés aux citoyens. Le droit à une bonne administration et le droit à une administration transparente, efficace et accessible, respectant le principe du contradictoire et les droits de la défense sont des composantes des droits du citoyen face à l'administration ». MARCON (N.), *ibid.*, pp. 1689.

L'institutionnalisation du Médiateur de la République constitue une avancée notable dans l'édification de l'Etat de droit au Bénin. En effet, l'organisation de la juridiction administrative, pièce maîtresse du dispositif de protection des administrés face à l'Administration²⁶, ne favorise pas une protection efficace²⁷. Ainsi, « pour obtenir l'annulation d'un acte administratif exécutoire, le requérant béninois doit emprunter un véritable chemin de croix »²⁸.

Dans la perspective de satisfaire aux exigences de l'Etat de droit en assurant la protection des citoyens contre les fautes, les négligences et les abus divers de la part des structures administratives, l'office du Médiateur de la République s'est avéré salutaire. Le Médiateur de la République est très proche des citoyens et adapté à leurs préoccupations par l'objet et les moyens de son office. Il procède au contrôle de l'activité administrative (I) par un mécanisme aménagé pour faciliter son magister (II).

I- Un contrôle de l'activité administrative avéré

L'étude des réclamations par le Médiateur de la République le conduit à opérer de manière indirecte un contrôle de l'activité de l'administration. Ce contrôle singulier (A) est bien organisé (B).

26 Le Professeur SALAMI affirme à ce propos que « le juge est la sentinelle des libertés » et, reprenant Gaston JEZE, il souligne que le recours pour excès de pouvoir est « la plus merveilleuse création des juristes, l'arme la plus efficace, la plus économique et la plus pratique qui existe au monde pour défendre la liberté ». SALAMI (I. D.), « Le recours pour excès de pouvoir : contribution à l'efficacité du procès administratif au Bénin » *In RBSJA* n° 25, 2011, p. 97.

27 SALAMI (I. D.), *ibid.*, pp. 99-100 ; GBEHOU – KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 125 ; VIGNON (Y.), « La protection des droits fondamentaux dans les constitutions africaines », *op. cit.*, p. 116.

28 SALAMI (I. D.), *ibid.*, p. 99.

A- Un contrôle singulier

Le contrôle des actes de l'administration consiste en un contrôle de leur légalité. Il s'agit de vérifier si l'administration a respecté la règle de droit. L'action du Médiateur s'apparente bien à ce type de contrôle (1) même si cela relève de la compétence exclusive du juge qui le fait à l'occasion du contentieux de l'excès de pouvoir. Mais bien au-delà, le contrôle qu'effectue le Médiateur de la République vise surtout l'équité (2).

1- Un contrôle de légalité

Lorsqu'un citoyen saisit le Médiateur de la République, il doit vérifier si le service public « n'a pas fonctionné conformément à sa mission de service public »²⁹. Il s'agit de voir si l'administration a fonctionné convenablement dans le respect des règles, conformément à la mission de service public qu'elle doit assurer³⁰. Autrement, il vérifie s'il y a eu un dysfonctionnement administratif, « maladministration »³¹ voire, « *mésadministration* »³². Le contrôle de l'administration dont le législateur a investi le Médiateur s'apprécie comme un contrôle de légalité³³.

En appréciant la légalité de l'acte, le Médiateur vérifie s'il n'est pas vicié. Il s'agit plus du contrôle de légalité interne qu'externe. Ce contrôle de légalité interne ainsi opéré par le Médiateur de la République repose essentiellement sur trois éléments de fonds que sont le contenu de l'acte, les motifs de l'acte et son but³⁴.

29 Art. 11 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République.

30 PELLETIER (J.), « Complémentarité ou antinomie de l'égalité et de l'équité dans l'activité du Médiateur de la République » In LAMBERT (Th.), DESCHEEMAEKER (Ch.) et al., *Egalité et équité antagonisme ou complémentarité*, Actes du colloque du CERAP, Paris, Economica, 1999, p. 131.

31 CHAPUS (R.), *Droit administratif* général, tome 1, p. 463.

32 ETEKPO (Th. K.), *Le Médiateur de la République et la gouvernance administrative au Bénin*, Mémoire de DESS gouvernance et démocratie, Chaire UNESCO / FADESP, UAC, 2011-2012, p. 31.

33 PELLETIER (J.), *ibidem*.

34 CHAPUS (R.), *Droit administratif* général, tome 1, pp. 1039-1055 ; BREWER – CARIAS (A. R.), *Les principes de la procédure administrative non contentieuse*, Paris, ECONOMICA, 1992, p. 62.

D'abord, s'agissant de l'illégalité en raison du contenu de l'acte, elle consiste en une violation de la loi. Il s'agit d'un acte qui en lui-même n'est pas conforme à la loi et plus précisément, un acte qui méconnaît la hiérarchie des normes³⁵. C'est une modalité très simple de l'illégalité interne puisqu'on y voit une « violation directe de la loi »³⁶.

Ensuite, l'illégalité liée aux motifs de l'acte s'apprécie en fonction de la cause de l'acte. Autrement dit, il s'agit d'apprécier la raison en fonction de laquelle l'acte a été pris. A cette occasion, il sera question de savoir s'il y a eu soit erreur de droit³⁷, soit une erreur dans la qualification juridique³⁸ des faits ou soit une erreur de fait^{39/40}.

Enfin, quant à l'illégalité tirée du but de l'acte, elle est d'ordre psychologique. Il s'agit de rechercher le mobile ou l'intention de l'autorité administrative dans la prise de la décision⁴¹. Lorsque l'autorité administrative a exercé son pouvoir dans un but autre que

35 SALAMI (I. B.), *Droit administratif*, op. cit., pp. 46 et s.

36 CHAPUS (R.), *ibid.*, p. 1039.

37 L'erreur de droit s'apprécie à un triple point de vue. Elle peut résulter d'abord de la mise en œuvre d'une norme inexistante ou inapplicable. Il s'agit d'une erreur qui porte sur la base légale qui a servi de fondement à la prise de l'acte. Ensuite, l'erreur de droit peut consister en la prise en considération d'une norme illégale pour édicter un acte. Dans ce cas de figure, la base légale de l'acte est illégale et entraîne par voie de conséquence lui aussi son illégalité. Enfin, l'erreur de droit consiste en une mauvaise interprétation de la base légale par l'auteur de l'acte tel que cela fut jugé par le Conseil d'Etat français dans l'affaire Barel du 28 mai 1954. V. CHAPUS (R.), *ibid.*, pp. 1040-1043 ; BREWER – CARIAS (A. R.), *ibid.*

38 On parle d'erreur dans la qualification juridique des faits lorsque l'auteur de l'acte s'est trompé sur la qualification juridique des faits qu'il a pris en considération pour édicter l'acte. Il s'agit d'une erreur sur la nature des faits qui ont justifié juridiquement la décision. Autrement dit, il est question de savoir si « les faits, tel qu'ils existent, présentent les caractéristiques permettant de prendre la décision, s'ils sont de nature à justifier celle-ci ». V. observations sous CE 4 avril 1914, GOMEL, Rec. 488 in LONG (M.), WEIL (P.) et al, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 168 – 178.

39 L'erreur de fait est appréciée par rapport à l'exactitude matérielle des faits qui ont nécessité la prise de l'acte. Le contrôle de l'erreur de fait conduit à vérifier la matérialité des faits qui ont motivé la mesure prise. Ainsi, si une autorité administrative justifie par un fait une décision, il est nécessaire pour la légalité de celle-ci que le fait évoqué soit exact. V. observations sous CE 14 janvier 1916, CAMINO, Rec. 15 in LONG (M.), WEIL (P.) et al, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, op. cit., pp. 179 – 183 ; CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, op. cit., pp. 1046-1048.

40 CHAPUS (R.), *Ibidem.*

41 *Idem.*

celui en vue duquel il lui a été conféré⁴², l'on est en présence d'un détournement de pouvoir qui entache la légalité de l'acte⁴³.

Ce contrôle de légalité doit être compris au sens large dans la mesure où il ne produit pas le même effet que le contrôle opéré par le juge⁴⁴.

Ainsi, « lorsqu'une réclamation lui semble justifiée, le Médiateur de la République *fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, le cas échéant, toutes propositions tendant à améliorer le fonctionnement de l'organisme concerné* »⁴⁵. Ce faisant, le Médiateur de la République invite l'autorité administrative concernée à prendre les mesures qui s'imposent afin de faire respecter le droit. L'autorité administrative pourra voir si l'acte doit être retiré ou abrogé ou s'il faut reformer l'acte afin que celui-ci soit conforme au droit. Il s'ensuit que par l'office du Médiateur de la République, l'administration est contrainte, par les recommandations qu'elle reçoit, au respect de la légalité car elle ne pourra plus se prévaloir de son ignorance. L'observation de la règle de droit à cette occasion peut faire disparaître les griefs qui pourraient naître dans la mesure où l'autorité administrative prendra en compte non seulement la légalité qui encadre l'action administrative mais aussi la situation des administrés afin d'éviter toute discorde pouvant conduire à un contentieux. A ce propos, dans une affaire opposant un certain collectif d'agents contractuels de l'ex - Centre d'Action Régionale pour le Développement Rural (CARDER) Ouémé / Plateau au ministère de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche, l'office du Médiateur de la République a

42 CE 26 novembre 1875, *PARISET*, Rec. 934 et CE 26 novembre 1875, *LAUMONNIER – CARRIOL*, Rec. 36.

43 LONG (M.), WEIL (P.) et al, *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative*, op. cit., pp. 27 – 35.

44 Lorsque le juge constate à l'occasion de ce contrôle que l'acte administratif a méconnu le droit, ce dernier est frappé d'illégalité et le juge décide son annulation. Ce n'est pas le cas lorsque le contrôle est opéré par le Médiateur de la République. Il ne peut décider ni le retrait, ni l'abrogation de l'acte qui fait grief comme l'aurait fait l'autorité compétente. Mais son office peut amener l'auteur de l'acte à ne pas l'appliquer en l'abrogeant ou en le retirant.

45 Art. 15 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République.

permis de régler l'irrégularité entachant le licenciement de certains agents à la suite d'une restructuration du service. En effet, vingt-six (26) travailleurs, exclusivement constitués de gardiens, chauffeurs ou conducteurs de barques motorisées, au moment de leur départ de la structure, n'ont pas perçu, pour chacun : douze (12) mois d'arriérés de salaires, plus de trois (03) mois de congés administratifs non jouis, l'immatriculation à la sécurité sociale, les droits dus à un licencié qui n'a pas commis de faute, des dommages et intérêts pour le défaut d'immatriculation à la sécurité sociale, la part ouvrière ayant été régulièrement prélevée sur leurs salaires. A la demande d'intervention adressée⁴⁶ au Ministre de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche, a suivi une prompte réaction par lequel l'autorité en question a reconnu la véracité des faits. Cette réaction a été suivie de la promesse d'un règlement diligent de la situation⁴⁷.

Ainsi, le Médiateur de la République a pu exercer son contrôle par rapport à l'application des textes qui a reçu un écho favorable en vue de la résolution de la situation. Mais son action ne se limite pas seulement au contrôle de légalité. Il y intègre l'équité.

2- Un contrôle d'équité

« Le Médiateur de la République *reçoit les griefs des administrés relatifs au fonctionnement des administrations [...] et les étudie afin d'y apporter des solutions équitables* »⁴⁸. Le Médiateur est ainsi doté d'un pouvoir d'action qui repose sur l'équité dans ses recommandations⁴⁹ qui se met en œuvre dans les circonstances où le droit et les procédures ont été respectés par l'administration.

46 Médiateur de la République, Rapport d'activités 2011, Médiateur de la République, Porto – Novo, 2012, pp. 55 – 56.

47 Ibid., pp. 57 – 58.

48 Art. 8 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

49 Il est à rappeler que le Médiateur de la République n'est ni un administrateur ni un juge. Par conséquent, il ne décide pas et il ne peut imposer. Il doit persuader en recommandant une solution. PELLETIER (J.), op. cit., p. 130.

Mais ce strict respect entraîne des conséquences manifestement insupportables pour un usager visé par la décision administrative⁵⁰.

L'intervention du Médiateur en équité permet de corriger les erreurs que l'application du droit peut commettre⁵¹. Cette intervention en équité apporte une vision concrète à l'égalité en la complétant et même en dépassant la stricte égalité des droits⁵². Du coup, l'équité constitue un prolongement de l'égalité. En effet comme le souligne si bien le Doyen VEDEL, il s'agit de « greffer sur l'égalité des droits quelque chose de nouveau qui est d'abord la correction de certaines inégalités puis l'égalité des chances et au bout l'égalité des résultats »⁵³. L'équité prend donc le relai de l'égalité qui n'est pas en elle-même complète⁵⁴.

Or, l'équité n'est ni une notion de droit⁵⁵, ni la correction du droit⁵⁶. Elle est une conception de la justice couramment admise au moment où l'on parle. L'équité est une notion qui « permet d'expliquer et de justifier la dérogation, le changement, la discrimination positive, ce que le CE appelle « conception équitable de la légalité ; elle légitime

50 M. Jacques PELLETIER constate à ce propos que dans cette hypothèse, « l'administration, tenue de se conformer au principe de légalité, *ne peut de sa propre initiative corriger ou compléter la règle de droit* ». C'est là qu'intervient le Médiateur de la République qui a compétence pour proposer une solution réglant en équité et non en droit la situation du requérant. PELLETIER (J.), op. cit., p. 132.

51 GAUDEMET (Y.), « L'équité corrige les erreurs que l'application du droit peut commettre » In Médiateur de la République, Médiateur Actualités, journal du Médiateur de la République, p. 4 disponible sur le lien www.mediateur-de-la-republique.fr consulté le 16 août 2014.

52 PELLETIER (J.), op. cit., p. 131.

53 VEDEL (G.), « Réflexions » in LAMBERT (Th.), DESCHEEMAERKER (Ch.) et al., *Egalité et équité antagonisme ou complémentarité*, Actes du colloque du CERAP, Paris, Economica, 1999, p. 140.

54 Ibidem.

55 Mme. Chrystelle SCHAEGIS écrit à ce propos que le juge n'interprète que des normes. Dès lors, il rejette la demande du requérant lorsque celui-ci évoque l'équité comme moyen. Aussi, souligne – t – elle que « l'appel contre un jugement, fondé sur le fait qu'il n'est pas équitable est voué à l'échec, et le juge constate même dans ce cas que les requérants n'invoquent aucun moyen ». Il s'ensuit que le juge ne tient pas compte de l'équité dans ses décisions puisqu'il ne peut appliquer que des normes. SCHAEGIS (Ch.), « la fonction rhétorique de l'équité » In LAMBERT (Th.), DESCHEEMAERKER (Ch.) et al., *Egalité et équité antagonisme ou complémentarité*, Actes du colloque du CERAP, Paris, Economica, 1999, p. 16.

56 VEDEL (G.), ibidem.

l'interprétation de la règle de droit en fonction d'une situation particulière, inhabituelle »⁵⁷. Elle n'impose aucun comportement précis à l'autorité qui prend une décision. Mais, elle attire plutôt l'attention sur le résultat d'un travail d'interprétation et non sur le travail lui-même. Elle permet de déterminer qu'une situation est acceptable, valable, non parce qu'elle est conforme à une norme, mais conforme au sentiment commun de ce que doit être la justice⁵⁸. L'équité s'apprécie donc comme un jugement de valeur porté sur les effets pratiques de l'application de la norme. Elle apporte une réponse raisonnable, acceptable à un cas exceptionnel.

Dans les cas où l'équité figure dans un texte, elle apparaît comme la justification d'un très large pouvoir d'interprétation confié à une autorité particulière. Autrement dit, les actes de cet organe sont par avance réputés équitables. Sa décision sera conforme à un idéal de justice, non pas tant par son contenu que parce qu'elle émane d'un organe habilité par la loi de décider en équité mais, d'un organe qui poursuit cette finalité.

La référence à l'équité par le Médiateur ne procède pas seulement d'une exigence des textes mais sans doute d'une disponibilité des administrations africaines à son égard. C'est la raison pour laquelle « le Médiateur est respecté des administrations. Il l'est non parce qu'il est craint, mais parce qu'il sait dialoguer et convaincre et parce que nos administrations ne sont pas réfractaires à l'équité et au bon sens que des esprits chagrins veulent bien le dire »⁵⁹. L'équité est par conséquent « un label, un jugement *moral porté a priori, prédéfini, sur une solution pratique* »⁶⁰. Ainsi, le Médiateur, pour défendre la

57 SCHAEIGIS (Ch.), *ibid*, p. 20.

58 *Ibid*, p. 15.

59 Allocution prononcée par le président de la République sénégalaise Abdou DIOUF à l'occasion de la cérémonie de présentation du premier rapport annuel du Médiateur, Dakar, 13 février 1992 cité par BOUMAKANI (B.), « Les Médiateurs de la République en Afrique noire francophone : Sénégal, Gabon et Burkina Faso », In *Revue Internationale de Droit Comparé* n° 2, 1999, p. 315.

60 SCHAEIGIS (Ch.), *ibid*, p. 16.

cause de l'équité, il doit veiller à ce que ses décisions donnent peu de prise possible à la contestation. Ce faisant, son interprétation au moyen de l'équité est légitimée qu'il s'agisse d'appliquer la norme égalité ou bien une autre norme, car l'équité intervient aussi pour légitimer la solution apportée.

Dans la pratique l'équité se traduit par l'intercession gracieuse du Médiateur. En effet, l'article 1^{er} de la loi précise qu'il est « un organe *intercesseur gracieux entre l'administration publique et les administrés* ». C'est à ce titre que le Médiateur a pu concilier la mairie de Cotonou et l'un de ses usagers au sujet d'un dossier perdu en faisant reconstituer le dossier par l'usager sans lui faire payer les débours liés à l'établissement de la pièce sollicitée.

Toutefois, il faut noter que ce contrôle de l'administration par le médiateur est une action bien organisée.

B- Un pouvoir de contrôle organisé

Pour assurer l'effectivité du contrôle, le Médiateur est doté de pouvoirs qui lui permettent d'exercer les missions qui lui sont dévolues⁶¹. Ils s'articulent en pouvoirs d'instruction (1) et d'actions (2).

1- Le pouvoir d'instruction

Saisi d'un recours, le Médiateur en examine le bien-fondé. A cette fin, il « peut demander à toutes autorités compétentes de lui communiquer tout document ou dossier concernant une affaire à propos de laquelle il fait une enquête à l'exception des dossiers couverts par le secret de confidentialité et relatif à la santé des personnes, à la défense nationale, la sûreté de l'Etat, *la politique extérieure et les procédures judiciaires* »⁶². Le pouvoir d'enquête dont le Médiateur est pourvu s'apparente au pouvoir d'instruction judiciaire.

61 Articles 15, 16 et 19 al. 1^{er} de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

62 Art. 19 de la loi n° 2009-11 du 22 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

L'instruction consiste en la mise en l'état de l'affaire⁶³. Il s'agit de l'ensemble des formalités et des informations nécessaires pour mettre une cause en état d'être jugée. Autrement dit, elle s'entend de la compétence dévolue à une autorité pour préparer et pour mettre en état des affaires sur lesquelles le pouvoir de décision appartient à une autorité. Elle est inquisitoriale et se traduit par des actes d'informations nécessaires à la manifestation de la vérité⁶⁴.

Les actes d'informations qu'utilise le Médiateur de la République lui permettent de recueillir les éléments d'appréciation afin de régler les difficultés dont il est saisi. Pour ce faire, il peut adresser des questions ou convoquer des agents d'une administration mis en cause dans l'affaire. Les autorités gouvernementales de même que toutes les autorités publiques ont l'obligation de faciliter la tâche au Médiateur de la République en autorisant les agents placés sous leur autorité à répondre à ses questions⁶⁵ et à ses convocations^{66/67}. En outre, le Médiateur dispose de la faculté de demander à toute autorité compétente de lui donner communication de tout document ou dossier concernant l'affaire à propos de laquelle il fait son enquête⁶⁸.

L'enquête à laquelle procède le Médiateur de la République est préliminaire. Elle est une recherche sérieuse des éléments justifiant la mise en l'état de la réclamation dont il est saisi. Ainsi, l'enquête est préliminaire et permet au Médiateur de réunir les éléments nécessaires pour apprécier si une réclamation est justifiée afin de

63 CHAMBON (P.), *Le juge d'instruction*, Paris, Dalloz, 1985, p. 48 ; PRADEL (J.), *Procédure pénale*, Paris, CUJAS, 1997, p. 485.

64 LOPEZ (G.), TZITZIS (?), dir., *Dictionnaire des sciences criminelles*, Paris, Dalloz, 2004, p. 553.

65 Les questions du médiateur aux agents, généralement impliqués ou en charge du dossier qui fait l'objet d'une réclamation, sont écrites et consignées dans un courrier adressé à la structure concernée par la réclamation. Cependant, il arrive que la question soit orale par le canal téléphonique. Médiateur de la République

66 La convocation du Médiateur lui permet de procéder à des auditions des agents ou des personnes impliquées dans un dossier de réclamation. Cette procédure est souvent contradictoire et consignée dans un procès – verbal.

67 Art. 18 de la loi n° 2009-11 du 22 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

68 Art. 19 al. 1^{er} de la loi n° 2009-11 du 22 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

faire les recommandations de nature à régler les difficultés dont il est saisi. L'enquête facilite l'action du médiateur en cas de bonne collaboration de l'administration avec celui-ci dans la manifestation de la vérité indispensable à la solution qui sera trouvée par le Médiateur de la République. A cet égard, l'affaire opposant Mme R. W. épouse M. A. à El Hadja S. C., la Police Nationale et le parquet de Cotonou est assez illustrative. Suite à la demande d'intervention du Médiateur de la République, le Ministre de l'Intérieur et de la Sécurité Publique s'est montré coopératif en fournissant les informations nécessaires à la résolution de l'affaire. Cette bonne collaboration entre administration et Médiateur de la République a permis de faire la lumière sur une affaire obscure⁶⁹.

69 Par correspondance datée du 06 novembre 2009, dame R. W. épouse M. A. saisit le Médiateur de la République d'un dossier relatif à l'enlèvement, suivi de la déportation sur le Gabon, de sa fille de cinq (5) ans par El Hadja S. C., en complicité avec des éléments de la Police Nationale et du Parquet de Cotonou. En fait, de quoi s'agit-il ?

De la lecture de la lettre de la réclamante, des pièces en annexe et de son audition, il ressort qu'elle aurait été sollicitée par El Hadja S. C., commerçante comme elle au marché Dantokpa, aux fins de lui confier des marchandises pour leur vente au Nigeria. Il s'agirait de pneus de véhicules gros porteurs. Une fois livrés, ces pneus auraient été rejetés par le client nigérian. Mais, El Hadja S. C. ne l'entendrait pas de ses oreilles et aurait imputé la responsabilité de la mésaventure à une maladresse de dame R. W. épouse M. A., la mettant en demeure de lui payer le prix évalué à près de deux millions de francs CFA.

Profitant des vacances scolaires et en complicité avec El Hadja S. C., la requérante décida d'intensifier son activité commerciale avec le Nigeria. Elle se verra offrir la garde de sa fille par El Hadja S. C. Elle se rendit donc au Nigeria pour plusieurs semaines. Advenue la rentrée des classes, El Hadja S. C. se serait opposée au retrait de l'enfant par sa mère, motif tiré de ce que la détention par elle de la petite Léila serait pour elle la garantie de remboursement de la dette de deux millions de francs CFA contractée par la requérante. Toutes les démarches de cette dernière en vue du retrait de sa fille seraient vaines. C'est chemin faisant qu'elle va se rendre compte de ce que son enfant serait envoyé au Gabon par El Hadja S. C. Pour réussir son coup, cette dernière aurait bénéficié de la complicité de l'oncle à la fille, Monsieur M. M. A., du Directeur de la Brigade de protection des mineurs et du Procureur de la République (3^{ème} Substitut). L'argument mis en avant serait que la mère aurait un « comportement peu recommandable ». Elle aurait pourtant, seule, élevé et assuré jusqu'ici l'éducation de sa fille, le père les ayant abandonnées depuis longtemps pour une autre et pour d'autres cioux. Le bulletin de Léila pour l'année scolaire 2008-2009 dément l'accusation portée contre sa mère qui réclame le retour pur et simple de son enfant au pays aux fins de la poursuite de sa scolarité.

Malheureusement, les enquêtes et investigations ont révélé que la réalité est quelque peu différente de ce scénario.

Dans sa réponse à la demande d'intervention du Médiateur de la République, le Ministre de l'Intérieur et de la Sécurité Publique relate :

« Le 12 octobre 2009, la Brigade de Protection des Mineurs (BPM) a reçu dans ses locaux,

Toutefois, ce pouvoir du Médiateur de la République connaît des restrictions. En effet, le pouvoir d'enquête du Médiateur se heurte au caractère secret ou confidentiel des pièces dont il fait la demande. L'article 19 de la loi instituant le Médiateur de la République au Bénin dispense les autorités gouvernementales et publiques de l'obligation de fournir les informations dès lors que le dossier est : « *couvert par le secret de confidentialité et relatif à la santé des personnes, à la défense nationale, la sûreté de l'Etat, la politique extérieure et les procédures judiciaires* ».

Tel a été le cas dans une affaire opposant Monsieur N. Z. au Ministère de la Défense Nationale. Il s'agit d'un ex-élève gendarme qui, entre-temps, a été évacué pour des raisons sanitaires à la suite d'un accident dont il aurait été victime au cours d'une activité de manœuvre de routine. A son retour des soins, il a été déclaré inapte au métier des armes et radié. Cependant, rien ne lui aurait été communiqué sur son dossier médical. De ce fait, il ne peut justifier de sa guérison définitive et envisager en toute connaissance de cause son avenir professionnel. Il s'agit là d'un véritable mystère volontairement entretenu sur sa santé.

sur instructions téléphoniques du Parquet de Cotonou..., les nommés S. C., M. M. A. et l'enfant Léila M. A. âgée de cinq (05) ans. Les instructions du Parquet...demandaient de procéder à la remise de l'enfant sus indiquée au nommé M. M. A., oncle paternel dudit enfant qui aurait été abandonné par la mère de comportement peu recommandable.

Déférant auxdites instructions, la BPM a procédé sans déssemparer à la remise à l'oncle qui en a signé la reconnaissance de retrait...

Après cette remise, la BPM a enregistré le 22 octobre 2009, la requête de dame R. W. relative à l'enfant Léila M. A.

Donnant immédiatement suite à cette requête, une convocation a été aussitôt adressée à dame S. C. pour qu'elle se présente le lendemain 23 octobre 2009, convocation à laquelle l'intéressée n'a pas déferé. L'enquête était à cette étape quand le Procureur de la République a transmis à la BPM la plainte de dame R. W. pour enlèvement et déportation de son enfant Léila au Gabon.

En exécution des instructions du Parquet de Cotonou relatives à cette requête, la BPM a établi la procédure n°055/DGPN/DPJ/BPM/SA du 24 novembre 2009 au terme de laquelle les nommés S. C. et M. M. A. lui ont été présentés le 15 décembre 2009. Le même jour, le Parquet a fait parvenir à cette Brigade, l'avis de classement sans suite de l'affaire "pour inexistence d'infraction à la loi pénale"...

Compte tenu de ce qui précède, ladite brigade n'a fait qu'exécuter les instructions du Parquet qui, à mon avis, est à même de clarifier ce dossier ». ETEKPO (Th.), ibid.

Par correspondance datée du 16 juillet 2012, il a saisi le Médiateur de la République. Jusqu'à ce jour, le Ministère de la Défense Nationale saisi à cet effet n'a donné aucune réponse à la demande d'intervention du Médiateur, malgré les relances faites dans ce dossier. La protection des données sanitaires va-t-elle jusqu'à ce point ?

Or, dans le but d'assurer le respect des dispositions relatives au secret professionnel, le Médiateur de la République veille à ce qu'aucune mention permettant l'identification des personnes dont les noms lui auraient été ainsi révélés ne soit faite dans un document publié sous sa responsabilité⁷⁰.

En dehors de ce pouvoir, le Médiateur de la République dispose d'un pouvoir d'action.

2- Le pouvoir d'action

« Lorsqu'une réclamation lui semble justifiée, le Médiateur de la République *fait toutes les recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi et, le cas échéant, toutes propositions tendant à améliorer le fonctionnement de l'organisme concerné* ». Il ressort de cette disposition que le pouvoir dont dispose le Médiateur de la République, lorsque la réclamation qui lui est adressée est justifiée, consiste à faire des recommandations ou des propositions de réformes. Au terme du règlement du dossier, soit une recommandation est faite, soit, en fin d'exercice, une proposition de réforme qui, l'une comme l'autre, visent à améliorer le fonctionnement d'un organe administratif déterminé.

Quant au pouvoir de recommandation exercé par ces autorités administratives indépendantes, il importe de souligner que ce pouvoir est d'une importance capitale. La recommandation est selon Michel GENTOT, « *une invitation pressante faite au gouvernement*

70 Art. 19 al. 2 de de la loi n° 2009-11 du 22 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

ou à l'administration qui en relève d'adopter un comportement, de procéder à une réforme, de modifier une réglementation ou de proposer au parlement une modification législative⁷¹ ». Au Togo, le Médiateur de la République exerce ce pouvoir de recommandation dans deux hypothèses⁷² : lorsqu'il lui apparaît qu'un organisme mentionné par la loi n'a pas fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer⁷³, et lorsqu'il lui apparaît que l'application de dispositions législatives ou réglementaires aboutit à des situations inéquitables⁷⁴. Ce pouvoir de recommandation émane spontanément du Médiateur qui estime qu'il est de son devoir de la formuler⁷⁵.

Ce pouvoir d'action dont il dispose s'apprécie comme un pouvoir d'influence qu'il exerce⁷⁶. C'est un pouvoir d'influence⁷⁷ *a priori* anodin alors qu'il est très important pour cette institution dans son activité⁷⁸. La détention de pouvoirs d'influence par le Médiateur de la République est l'une des caractéristiques essentielles par lequel il parvient, sans doute, aux meilleurs résultats dans la mesure où il s'efforce de convaincre plutôt que d'imposer. En effet, le pouvoir

71 GENTOT (M.), *op cit.* p. 71.

72 Dans la première hypothèse, le Médiateur de la République peut proposer à l'autorité compétente toute mesure qu'il estime de nature à remédier à cette situation. Dans la seconde hypothèse, il peut suggérer les modifications qui lui paraissent opportunes. A défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé, le Médiateur de la République peut rendre publique ses recommandations. Le pouvoir de recommandation ainsi exercé par le Médiateur de la République est donc en quelque sorte à double détente. Ce pouvoir n'a pas été formellement reconnu au Médiateur de la République au Bénin. Cf. GBEHOU KPAYILE (N.), thèse précitée, pp. 314.

73 Cf. article 10 al 2 de la loi organique n° 2003-21, du 9 décembre 2003 portant statut, attributions du Médiateur de la République et composition, organisation et fonctionnement de ses services au Togo.

74 Cf. article 10 al 3 de la loi organique n° 2003-21, précitée.

75 GENTOT (M.), *op cit.* p. 72.

76 GBEHOU KPAYILE (N.), thèse précitée, pp. 313 et s.

77 Selon DECOOPMAN, l'exercice de la fonction de régulation repose à la fois sur une capacité d'influence, d'autant plus facile à exercer dans la mesure où il existe une proximité avec le secteur régulé, et sur une multiplicité de pouvoirs. Le cumul de pouvoirs caractérise les autorités administratives indépendantes chargées d'une fonction de régulation économique. (Cf. DECOOPMAN (N.), « Peut-on clarifier le désordre » In DECOOPMAN (N.), Dir., *Le désordre des autorités administratives indépendantes, l'exemple du secteur économique et financier*, op cit. p. 20 et s.).

78 ALBA (M-N.), Existe – t – il une catégorie d'autorité administrative indépendante?, Mémoire de master en droit public fondamental, Université de Montesquieu Bordeaux IV, 2007 – 2008, p. 36.

d'influence lui confère la qualité d'Autorité, notion qui ne devait pas être comprise dans un sens exclusivement juridique, mais également dans celui d'autorité morale ou d'influence déterminante⁷⁹. Le Médiateur de la République exerce donc une magistrature d'influence ou une magistrature morale en privilégiant par nature les voies non contraignantes. Il est guidé par la recherche d'un consensus et d'un équilibre durable car, l'un des traits majeurs de son action est sa nécessaire souplesse⁸⁰.

Dans la pratique, le Médiateur exhorte l'autorité saisie à « un réexamen (du) *dossier* »⁸¹ tout en la priant de bien vouloir le « ... situer sur la véracité des faits narrés et, s'ils se trouvaient fondés, de faire prendre les dispositions nécessaires conformément aux textes en vigueur afin d'aider au dénouement harmonieux du cas posé par le réclamant. Une prompt réaction de votre part *m'obligerait* »⁸². Cette formule révèle que les recommandations faites par les A.A.I ne lient pas de façon obligatoire les destinataires. Elles ne servent qu'à influencer les positions de leurs destinataires sur un sujet donné ou leurs attitudes par rapport à un domaine d'activité donné⁸³. Or en France, les recommandations faites par certaines A.A.I ont un statut de décision ayant un caractère obligatoire⁸⁴. Ces recommandations sont considérées comme des décisions faisant grief.

Toutefois, il est à souligner que le Médiateur de la République peut aviser le président de la République à défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé. Cette capacité constitue un bémol par rapport au caractère non exécutoire d'une recommandation. Cette possibilité de se référer au Président de la République constitue une pression

79 DELAUNAY (B.), *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés, contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, Paris, LGDJ, p. 232.

80 CASSIN (Fr.), *Le rôle des autorités administratives indépendantes au regard des libertés fondamentales*, thèse de droit, Université Panthéon – Assas (Paris II), 1995, p. 14.

81 ETEKPO (Th.), *op. cit.*, p. 121.

82 ETEKPO (Th.), *op. cit.*, pp. 116 ; 121.

83 GBEHOU KPAYILE (N.), thèse précitée, pp. 318-319.

84 ADJOVI (E.), *op cit.* p. 155.

non négligeable car ce dernier étant le supérieur hiérarchique le plus élevé dans la nomenclature administrative⁸⁵. Le Médiateur de la République peut aussi, s'il le juge nécessaire, exposer le cas dans un rapport⁸⁶.

Il est question de la mise en œuvre du pouvoir d'information du Médiateur de la République. Il expose dans un rapport annuel le bilan de son activité et les résultats favorables ou défavorables obtenus. Ce rapport est transmis au Président de la République. L'article 20 de la loi dispose, à cet effet : « Le Médiateur de la République établit un rapport d'activités chaque année. Ce rapport est transmis officiellement au Président de la République, Chef du Gouvernement. *Il est publié au Journal Officiel de la République du Bénin. Il peut également établir des rapports spéciaux sur des situations de mal administration avérées et récurrentes, assortis de propositions de réforme* ».

« Par ces rapports, le Médiateur établit aussi un rapport avec l'opinion publique et peut ainsi bénéficier de son appui face aux services publics négligents, défaillants et insensibles au contrôle du Médiateur. Cet appel à l'opinion, pour peu qu'il trouve un réel répondant, constitue un moyen essentiel du renforcement de l'autorité morale de l'institution »⁸⁷. Seulement ici, la publication dont fera l'objet ladite recommandation n'entraîne elle non plus aucune conséquence juridique pour le destinataire. Seule la peur que ses défauts soient connus par l'opinion publique peut donc déterminer celui-ci à s'y conformer.

Toutefois, le contrôle avéré de l'activité administrative qu'exerce le Médiateur de la République est conditionné par un mécanisme aménagé à cet effet.

85 Art. 54 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

86 Art. 16 *in fine* de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

87 BOUMAKANI (B.), *op. cit.*, p. 321.

II-Un mécanisme de contrôle aménagé

A la lecture des dispositions contenues dans le chapitre IV de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009, il ressort que le Médiateur de la République ne peut examiner une affaire qui relève de sa compétence que dans deux conditions. Soit une demande lui est adressée (A) ou soit il peut s'auto saisir (B).

A-La demande

Pour que le Médiateur de la République puisse intervenir dans une affaire, il faut une demande. L'initiative de cette demande appartient aussi bien aux personnes de droit privé et, dans ce cas on parle de réclamation⁸⁸ (1) qu'aux autorités politico-administratives qui peuvent solliciter l'intervention du Médiateur⁸⁹ (2).

1- La réclamation

« Toute personne physique ou morale qui estime, à l'occasion d'une affaire le concernant, qu'un des organismes visés (...) n'a pas fonctionné conformément à sa mission de service public peut, par une réclamation individuelle écrite, saisir le Médiateur de la République⁹⁰ ». Il résulte de cette disposition que la réclamation, pour être recevable, les personnes physiques ou morales de droit privé doivent être victimes d'une mal administration. En effet, ces personnes doivent en principe justifier d'un intérêt à agir dans la mesure où le Médiateur de la République, en ce qui concerne les relations administration – administrés, est saisi d'une réclamation de quiconque s'estime victime dans une affaire le concernant lorsqu'un organisme visé par la loi n'a pas fonctionné conformément à la mission de service public qu'il doit assurer⁹¹. La victime en question ne peut donc contester que des décisions individuelles prises par

88 Art. 11 de la loi 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

89 Art. 12 al 2 de la loi 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

90 Art. 11 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

91 GBEOU-KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 132 et s.

l'organisme mis en cause. L'intérêt à agir doit donc être direct, personnel et actuel. L'intérêt à agir est donc un critère essentiel de la réclamation tel que c'est le cas dans le contentieux juridictionnel. Il s'ensuit que la dénonciation n'est pas recevable. A cette condition de fond, le législateur n'a pas voulu soumettre le réclamant à un formalisme excessif.

L'article 13 in fine de la loi 2009-22 du 11 août 2009 dispose que « la réclamation dans tous les cas doit être écrite ». C'est l'unique formalité à laquelle le réclamant est soumis. La saisine du Médiateur de la République n'est ni enfermée dans un délai, ni soumise à un recours administratif préalable. En effet, l'article 14 de la loi sus citée précise que « la saisine du Médiateur de la République [...] ne suspend pas les délais de recours administratif ou juridictionnel ». Cela s'explique dans la mesure où le Médiateur est un organe intercesseur gracieux entre l'administration publique et les administrés⁹². Cette liberté de saisine ne facilite pas le travail du Médiateur de la République et s'écarte des principes du contentieux administratif⁹³. C'est sans doute la raison pour laquelle, le Togo a opté pour une solution contraire. La victime de la mal administration doit, avant de saisir le Médiateur de la République, effectuer au préalable les démarches nécessaires auprès de l'administration ou l'organe public mis en cause pour obtenir une sorte de décision préalable⁹⁴.

92 Art. 1^{er} de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

93 « *En contentieux administratif, on ne saisit pas normalement le juge directement d'une prétention. A cette saisine il y a des préalables : l'un est quasi général, au point qu'il fait figure de première règle du contentieux administratif, c'est l'obligation de détenir une décision préalable, dont Hauriou disait qu'elle sert comme d'escalier au recours au Conseil* ». PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, Paris, PUF, 1985, p.131. On peut y puiser de grands avantages ; de prévention du contentieux, et aussi de renforcement du contrôle de l'Administration sur elle-même, plus spécialement des échelons supérieurs sur les instances locales. On ne saurait cependant oublier aussi ces inconvénients qui tiennent à l'obstacle supplémentaire placé sur le chemin de la décision de justice par laquelle seule parfois l'administré peut espérer obtenir satisfaction. GBEOU-KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 134.

94 Art. 15 al 1 de la loi organique n° 2003-21 du 9 décembre 2003 portant statut, attributions du Médiateur de la République et composition, organisation et Fonctionnement de ses services au Togo.

C'est seulement après un refus total ou partiel de l'Administration concernée que la personne peut saisir le Médiateur, l'Administration disposant d'un délai pour répondre⁹⁵. Cette démarche permet sans doute de ne soumettre au Médiateur de la République que des affaires qui n'ont pas obtenu des solutions satisfaisantes auprès de l'Administration en cause. C'est la preuve qu'elle n'est pas d'accord avec la demande du réclamant, liant ainsi en quelque sorte le contentieux⁹⁶. Toutefois, la possibilité qui est donnée aux autorités en cause de saisir le Médiateur de la République dans une affaire suite à un recours gracieux pourrait justifier la dispense du recours administratif préalable⁹⁷.

En dehors de cette absence de contrainte relative au recours administratif préalable, la saisine du Médiateur de la République est directe⁹⁸. Tel n'est pas le cas au Togo. La victime doit adresser sa réclamation soit à un député, à un sénateur, à un maire, à un président de conseil de préfecture ou à un chef canton qui va à son tour la transmettre au Médiateur de la République lorsqu'elle lui paraît entrer dans le domaine de compétence de celui-ci et mériter son intervention⁹⁹. Ces deux formules de saisine sont justifiables même si elles font l'objet de critique¹⁰⁰. En effet, elles répondent au

Cette même disposition avait été instituée à l'article 5 al 2 et 3 du décret n° 2006 – 417 du 25 août 2006 portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'organe présidentiel de Médiation, au Bénin.

95 GBEOU-KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 134.

96 YONABA (S.), *op. cit.*, p.32.

97 V. *infra*, p. 136 et s.

98 Art. 11 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

99 Art. 14 al 2 de la loi organique N° 2003-21 du 9 décembre 2003 portant statut, attributions du Médiateur de la République et composition, organisation et fonctionnement de ses services.

100 GBEOU-KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 138.

S'agissant de la première, la question de l'efficacité de l'institution se pose en ce sens que la saisine directe pourrait engendrer des requêtes fantaisistes et farfelues qui pourraient étouffer l'action du Médiateur. L'on se référera volontiers au cas de la Cour constitutionnelle béninoise qui est saisie des questions qui ne relèvent pas de sa compétence et qui font l'objet d'étude avant d'être rejetées. Cela pourrait justifier l'idée de filtrer les recours qui lui sont adressés.

Quant à la seconde, les objections à la procédure de saisine indirecte relèvent de la nature des intermédiaires des administrés. Elles sont des autorités politiques ou administratives. L'intervention de ces autorités laisse planer un doute sur la sincérité de leur jugement qui pourrait être affecté par des considérations partisanses et donc subjectives.

souci « *d'encourager une pratique libérale du médiateur en matière de saisine* »¹⁰¹ d'une part, et celui de ne pas asphyxier celui-ci par un nombre excessif de demandes à la limite intempestives, voire « farfelues » d'autre part.

Le Médiateur de la République n'intervient pas seulement à la demande d'un administré victime du fonctionnement de l'administration. Il peut aussi intervenir suite à la sollicitation du Président de la République ou de toute autre institution.

2- La consultation

« Le Président de la République, les membres de tout autre institution peuvent également soumettre au Médiateur de la République *toute réclamation de même nature dont ils auront été saisis* »¹⁰². Le Médiateur de la République exerce à cette occasion une fonction consultative. Cette « *fonction consultative constitue l'essence même de la mission de l'AAI, dans la mesure où son intervention sur le secteur contrôlé ne comporte pas d'autre moyen que celui d'orienter, d'infléchir ou de corriger les pratiques et les comportements des opérateurs concernés* »¹⁰³. Elle consiste à recueillir « *l'expression juridique d'opinions émises individuellement ou collégalement, à l'égard d'une autorité administrative, seule habilitée à prendre l'acte de décision à propos duquel intervient la consultation* »¹⁰⁴. Cette fonction consultative correspond presque exclusivement à la nécessité de solliciter des compétences techniques¹⁰⁵. La consultation dont il s'agit doit être en rapport avec les compétences du Médiateur de la République. Cette consultation est facultative.

101 THIAM (Ch. T.), « *Réflexions critiques sur l'Institution du Médiateur au Sénégal et son premier Bilan* », (article non publié) cité par GBEOU-KPAYILE (N.), *ibid.*, p. 138.

102 Art. 12 al. 2 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

103 AUTIN (J. – L.), « La rationalisation du système des AAI » In *Regard sur l'actualité, Les AAI*, La Documentation française n° 330, 2007, p. 35.

104 DELAUNAY (B.), *op cit.* p. 99.

105 GBEOU KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 307.

En assurant cette fonction, le Médiateur prend ainsi une part importante dans la prise de décision administrative. On pourrait y voir, tout comme ce fut le cas du Doyen HAURIOU, une modalité d'administration placée sur un pied d'égalité que celle du décideur et de l'exécutant¹⁰⁶. Pris dans ce sens, la consultation a donc une signification fonctionnelle. Elle permet aux organes qui en ont la charge, d'exercer une certaine influence sur l'action administrative, en contribuant ainsi au renforcement de l'efficacité de l'Administration¹⁰⁷. Même si cette influence doit être relativisée, son développement permet de démocratiser l'administration en favorisant l'écoute et la prise en compte des éléments extra administratifs et des opinions des groupes d'intérêts¹⁰⁸.

Aussi, la consultation demandée au Médiateur de la République peut – elle être perçue sous la forme d'une expertise qui provient d'une spécialisation de ses fonctions¹⁰⁹ et constituant une modalité de régulation des rapports juridiques¹¹⁰. L'expertise est une notion générale qui recouvre des interventions d'un tiers qualifié d'expert dont la nature et la portée peuvent être fort différentes¹¹¹.

L'expertise peut d'abord désigner une intervention purement technique. L'expert technique consulté, n'a pas pour mission de trancher un litige d'ordre juridique. La mission de ce type d'expert est d'éclairer une situation en présence ou non d'un litige. L'intervention de l'expert peut aussi être requise avant tout différend, précisément en vue d'éviter celui-ci¹¹². Ainsi, le Médiateur de la République peut, par son office, peser sur les choix stratégiques des autorités sollicitantes.

106 DELAUNAY (B.), *ibid.* p. 100.

107 Les organes consultatifs ont un point commun, la détention de pouvoirs consultatifs, chargés d'émettre des avis lorsqu'ils sont sollicités par l'autorité administrative ou de leur propre initiative, pour éclairer celle-ci sur le principe ou les modalités d'exercice de sa compétence, ainsi que dans certains cas de lui soumettre des propositions.

108 GBEOU KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 307.

109 CHARBIT (N.), « Les objectifs du régulateur entre recherche d'efficacité et rappel de légalité » In FRISON-ROCHE (M-A.), Dir., *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, *op cit* p. 59.

110 GBEOU KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 308 et s.

111 MEYER(P.), *OHADA, Droit de l'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 2002, Juriscope p. 13.

112 *Ibid.*, pp. 13 et 14.

Cette fonction de consultation reconnue au Médiateur de la République n'a pas encore été expérimentée jusque-là. Cependant, elle n'est pas ignorée de la pratique. Effet, à l'occasion d'une affaire, NOUGBODE, le Président de la République a sollicité l'avis de l'Organe Présidentiel de Médiation, l'ancêtre du Médiateur de la République.

Par ailleurs, la sollicitation du Médiateur de la République peut consister à une activité de conciliation entre l'administration publique et les forces sociales et / ou professionnelles et d'autre part, à des missions particulières relatives aux questions de réconciliation et de paix au niveau national, régional et international¹¹³.

Par cette fonction, on entend faire jouer au Médiateur de la République « *un rôle de conciliation dans les conflits sociaux aussi, ce faisant, à les dépolitiser. La fonction du Médiateur consistera à instruire l'affaire et au vu des éléments fournis par les parties, à tenter de trouver des solutions d'apaisement en améliorant la compréhension entre les parties concernées. La conciliation aura sans doute " la valeur de la chose conciliée" mais les parties resteront libres de l'exécution. C'est l'autorité du Médiateur et la valeur morale de l'engagement des parties qui donneront à cette mission tout son poids* »¹¹⁴.

S'agissant des missions particulières relatives aux questions de réconciliation et de paix au niveau national, régional ou international, le Médiateur de la République n'a pas manqué de faire ses preuves par son intervention dans la crise survenue au Niger en 2010. En effet, « l'expérience et le savoir-faire du Médiateur de la République, ont été sollicités par le Président de la Commission de l'Union Africaine, au Niger où il a été dépêché comme Envoyé Spécial du Président dans le but

113 Art. 9 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

114 BOUMAKANI B., article précité, p. 316.

d'accompagner la transition née du coup d'Etat *militaire ayant renversé le 18 février 2010, le Président Mamadou TANDJA...* »^{115/116}.

En dehors de la demande d'intervention du Médiateur par le réclamant ou la sollicitation d'avis, le Médiateur de la République peut s'auto saisir.

B- L'auto saisine

Le Médiateur de la République peut s'auto saisir de toute question relevant de sa compétence¹¹⁷. Cette auto saisine s'effectue lorsqu'il constate un dysfonctionnement du service public (1) ou d'une manière plus générale, lorsqu'il doit contribuer à l'amélioration de l'Etat de droit et à la bonne gouvernance administrative¹¹⁸ (2).

1- Le dysfonctionnement de l'administration constaté

Le Médiateur de la République, tel un auditeur interne, doit poser le diagnostic du dysfonctionnement de l'administration afin de proposer les réformes qui s'imposent. Il y a dysfonctionnement de l'administration lorsqu'il y a un défaut de fonctionnement du service public de nature à engager la responsabilité de l'administration. Ce dysfonctionnement s'observe dans le cas où le service a mal fonctionné ou lorsque le service n'a pas su s'adapter.

S'agissant du premier, la mal administration est une situation qui exaspère les administrés qui en sont victimes. Bien qu'elle ne soit

115 A la lecture de l'alinéa 2 de l'article 9 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin, le Médiateur de la République ne peut être sollicité en la matière que par le président de la République. La sollicitation par le Président de la Commission de l'Union Africaine, autorité d'une organisation régionale ne peut être directement adressée au Médiateur de la République. Pour être valablement sollicité, il aurait fallu que le Président de la Commission de l'Union Africaine manifeste son désir en saisissant le président de la République pour que ce dernier sollicite à son tour le Médiateur de la République.

116 Rapport d'activités 2010 du Médiateur de la République du Bénin, 32 p.

117 Art. 12 al. 1^{er} de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

118 Art. 8 al. 2 de la loi n° 2009-22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

pas facile à déterminer¹¹⁹, le Professeur VIGNON a pu établir que la mal administration « *se trouve [...] en rapport étroit avec les divers vices susceptibles d'entacher l'activité administrative, sans pouvoir se réduire à aucun d'entre eux. Tout comme il n'est pas possible de dresser une liste des dysfonctionnements caractéristiques de la pathologie administrative. Il reste que la mal administration consiste en un fonctionnement défectueux ou non conforme à leur mission des services publics. S'il y a mal administration, c'est parce que l'administration ne répond pas assez aux besoins et aux attentes légitimes des citoyens qui doivent en être les bénéficiaires* »¹²⁰. Ce mauvais fonctionnement de l'administration est de nature à faire engager sa responsabilité.

Quant à l'adaptation, elle est l'un des principes fondamentaux qui régissent le service public¹²¹. Elle impose à l'administration une modification suivant l'évolution de l'intérêt général qui varie avec le temps. Lorsque l'administration ne s'adapte pas à l'intérêt général, il y a dysfonctionnement. Cette défaillance de l'adaptation du service public aux exigences de l'intérêt général peut être constitutive de préjudice aux administrés. Il est donc nécessaire que cette défaillance soit décelée tôt¹²² pour que l'administration puisse véritablement répondre à sa mission : assurer le service public, un service public réel et actuel.

119 Comme le remarque M. GBEOU – KPAYILE, il est plus facile de constater l'existence de mal administration que d'en déterminer l'essence. GBEOU – KPAYILE (N.), thèse précitée, p. 119.

120 VIGNON (Y.), « Les aspects structurels de la maladministration au Togo », op cit. p. 33 et s. cité par GBEOU – KPAYILE (N.), *ibidem*.

121 SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, op. cit., pp. 225 et s. ; RIVERO (J.), WALINE (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2006, p. 319.

122 Cette défaillance peut être tardivement décelée, et souvent devant le juge, après que l'on ait établi le lien de causalité entre le préjudice subi et le dysfonctionnement du service. Ainsi, c'est à la suite d'un contentieux juridictionnel que la défaillance est établie alors que plusieurs administrés individuellement pris auraient été victimes du dysfonctionnement sans pouvoir se rendre réellement compte de la responsabilité de l'administration. Il s'ensuit que l'administration a échoué à l'accomplissement de sa mission : satisfaire l'intérêt général.

L'intervention du Médiateur de la République par sa saisine d'office en cas de dysfonctionnement a pour but de contribuer à la bonne gouvernance administrative. En effet, cette saisine d'office permet d'éviter le phénomène et d'améliorer la qualité du service public. Et, comme le souligne si bien M. GBEOU – KPAYILE, « la mission traditionnelle des institutions de médiation se situe dans le cadre de l'amélioration des relations entre l'Administration *et les administrés* »¹²³. Cette amélioration, bien qu'elle soit une préoccupation assez récente dans l'histoire administrative, « elle vise à développer l'efficacité *des administrations, et garantir aux administrés une bonne compréhension de leur fonctionnement, et des possibilités de dialogue avec elles* »¹²⁴. Selon M. THIAM, « il s'agit là sans nul doute d'une réforme salutaire qui serait notamment de nature à renforcer l'aptitude du médiateur à s'impliquer davantage dans la défense des droits des citoyens »¹²⁵. Cette innovation tient compte des réalités africaines¹²⁶. Il est une évidence que la plus grande frange des citoyens ne connaît pas leurs droits et même dans le cas où ils les connaissent, ils ne savent pas les réclamer. Il est donc souhaitable que quelqu'un puisse y veiller à leur place. L'intérêt de la saisine d'office par le Médiateur de la République pour relever le dysfonctionnement de l'administration et lui proposer les réformes est ainsi indéniable.

123 On parle actuellement de plus en plus de relations entre l'Administration et le citoyen alors qu'avant selon le Professeur Jacques CHEVALLIER, l'administration était censée ne pas être confrontée à des citoyens, mais à des administrés, soumis à ses commandements ou bénéficiant de ses prestations. Sans doute, les principes d'organisation et la logique d'action administrative étaient-elles indissociables de la configuration politique : le principe démocratique a eu notamment pour effet de placer l'administration sous l'autorité et le contrôle des représentants de la nation, seuls détenteurs de la légitimité politique ; mais, en contrepartie, l'existence d'une communication directe entre les citoyens et l'administration était exclue. Déconnectée du lien de citoyenneté, la relation avec l'administration était perçue comme exclusive de toute dimension politique, dépolitisée. Depuis la dernière décennie, les choses ont évolué : la figure du citoyen est désormais présente au cœur de la relation administrative (V. Préface de Jacques CHEVALLIER dans l'ouvrage de SPANOU (C.), *Citoyens et administration, les enjeux de l'autonomie et du pluralisme*, l'Harmattan, Paris, 2003).

124 SCHAEGIS (Ch.), *op cit.* p. 25.

125 THIAM (Ch. T.) cité par GBEOU KPAYILE (N.) thèse précitée.

126 Le contexte africain est marqué non seulement par l'ignorance du Droit et par la majorité des citoyens mais aussi par l'indifférence, voire l'hostilité de ceux – ci aux juridictions. DEGNI – SEGUI (R.), *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone (théorie et réalité)*, Abidjan, Edition CEDA, 2001, p. 146.

Par contre, en France, le Médiateur de la République n'a aucun droit d'auto saisine, c'est-à-dire de déclencher, de sa propre initiative, une enquête indépendamment de toute réclamation. Plusieurs raisons ont été avancées. La première est la suspicion d'une certaine partialité dans le choix des affaires traitées en cas de possibilité pour le Médiateur de s'auto saisir. La seconde est le risque de lui permettre d'exercer un contrôle systématique sur le fonctionnement des services publics à la manière des corps d'inspection. Au Bénin¹²⁷ tout comme au Burkina Faso¹²⁸, ces raisons, furent – elles bien fondées, n'ont pas convaincu les législateurs à refuser au Médiateur de la République de s'auto saisir.

En dehors des cas de dysfonctionnement du service public, le Médiateur de la République contribue de façon générale à l'amélioration de l'état de la bonne gouvernance administrative.

2- La contribution à la bonne gouvernance administrative

L'office du Médiateur de la République contribue d'une manière générale à la bonne gouvernance administrative et par ricochet à l'amélioration de l'Etat de droit. C'est dans cette logique que s'inscrit son intervention lorsqu'il est saisi¹²⁹ ou lorsqu'il se saisit d'office ou encore quand il constate un dysfonctionnement de l'administration¹³⁰. Mais l'idée de bonne gouvernance à laquelle contribue le Médiateur de la République peut s'appréhender à l'aune du management du service public. Il s'agit donc d'une gestion efficiente du service public.

Or, l'efficacité du service public est souvent remise en cause par l'indisponibilité du service due au fait de la grève. Conséquence

127 Art. 12 de la loi n° 2009 – 22 du 11 aout 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

128 Article 35 de loi organique du 17 mai 1994 portant institution du Médiateur du Faso au Burkina –Faso.

129 Cf. supra, pp. 133-138.

130 Cf. supra pp. 139 et s.

d'une crise entre les agents et l'administration, la grève^{131/132} constitue une restriction ou une menace de la nécessaire continuité du service public¹³³. Elle est de nature à porter atteinte à la sauvegarde de l'intérêt général¹³⁴. La grève rend donc le service public peu efficace et par ricochet, remet en cause la bonne gouvernance. Toute action en vue de la prévenir, de la contenir ou pour y mettre fin par la conciliation des parties contribue à la bonne gouvernance administrative.

C'est ainsi que l'intervention du Médiateur de la République pour concilier les parties ou faire des propositions susceptibles de mettre un terme à la crise préjudiciable à la paix sociale peut contribuer à la bonne gouvernance administrative. Le Médiateur joue à cette occasion « un rôle de conciliation dans les conflits sociaux, ce faisant, à les dépolitiser »¹³⁵. Il s'agira pour le Médiateur d'« instruire l'affaire et au vue des éléments fournis par les parties... »¹³⁶ afin de « [...] trouver des solutions d'apaisement en améliorant la compréhension entre les parties concernées »¹³⁷. L'aboutissement de cette mission repose sur l'autorité du Médiateur et la valeur morale de l'engagement des parties.

Dans la pratique, cette intervention du Médiateur de la République n'a pas encore été effective. Le Professeur SALAMI a pu relever à ce propos, le mutisme du Médiateur béninois à l'occasion de la grève des enseignants de la maternelle, du primaire et du secondaire de même

131 La grève s'entend de « l'interruption concertée du travail par les salariés afin d'assurer le succès de leurs revendications [...], sans le rompre, sauf faute lourde imputable aux salariés ». CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 44.

132 BOUMAKANI (B.), « La médiation dans la vie administrative » *In RDP* n° 3 – 2003, p. 869.

133 Le commissaire du gouvernement Tardieux a souligné, dans ses conclusions sur l'arrêt Winkell (CE. 7 août 1909), l'incompatibilité de l'exercice du droit de grève avec le service en estimant que celui-ci est « en contradiction avec la notion même du service public ».

134 CE. ass. 7 juillet 1950, Dehaene, Rec. 426.

135 BOUMAKANI (B.) « Les médiateurs de la République en Afrique noire francophone : Sénégal, Gabon et Burkina – Faso » *In Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 51 n° 2, avril – juin 1999, p. 315.

136 Ibid. p. 316.

137 Ibidem.

que les agents de la santé en 2013¹³⁸. Face à l'échec du gouvernement pour l'instauration d'un cadre de concertation¹³⁹, le Médiateur de la République serait un véritable acteur du dialogue social, même en l'absence de toute sollicitation tel que prévue par la loi, dans la mesure où son office de contribution à la bonne gouvernance administrative lui permettra de concilier les parties. Il contribuera ainsi à la restauration de la paix sociale. Du coup, il remplit sa mission de contribution à l'Etat de droit car, les bénéficiaires du service public ne subiront plus les dommages que pourraient engendrés l'interruption du service du fait de la grève, dommages difficilement réparables¹⁴⁰. C'est sans doute dans cette logique émulative que s'inscrit le Burkina Faso lorsqu'il expose dans les motifs de délibération du conseil des ministres adoptant le projet de loi instituant le Médiateur de la République que « [...] dans le contexte de l'Etat de droit, la protection des citoyens contre les fautes, les négligences et les abus divers de la part des structures administratives doit faire l'objet d'un intérêt constant en vue de garantir à chaque burkinabè un traitement respectable et de mettre l'administration publique au service de la société. Le Médiateur du Faso, qui est un organe très proche des citoyens et adapté à leurs préoccupations, devra assurer leur protection en même temps qu'il œuvrera à promouvoir ou provoquer les changements qualitatifs nécessaires à la bonne marche d'une administration de développement »¹⁴¹.

138 SALAMI (I. D.), « Ma part de vérité » © Golf Télévision Bénin, 2013.

139 En marge des structures paritaires chargées d'asseoir un dialogue avec les partenaires sociaux conformément aux recommandations de l'OIT, le président Boni YAYI a créé au sein de son gouvernement un portefeuille ministériel en charge du dialogue social. Malgré cette initiative politique en vue d'assurer un climat social apaisé, les fruits n'ont pas tenu la promesse des fleurs. LIAMIDI (B. A.), « Que reste – t – il du droit de grève au Bénin ? » In *Librairie africaine d'études juridique* vol. 17, 2013, pp. 53 et s.

140 Au sujet des dommages causés par la grève, le Professeur SALAMI constate que « les conséquences d'une grève dans les services publics sont assez mal indemnisées ... ». Il observe que « l'attentisme de la puissance publique est rarement déclaré fautif, et la mise en œuvre de la responsabilité sans faute de l'administration reste subordonnée à la difficile réalisation d'un dommage spécial et anormalement grave ». SALAMI (I. D.), *Droit administratif*, op. cit., p. 224.

141 YONABA (S.), *op. cit.*, p. 23.

Cette fonction assignée au Médiateur de la République permet de protéger les citoyens contre les fautes, les négligences et les abus divers imputables à l'Administration. Cette protection doit faire l'objet d'un intérêt constant afin de garantir à chacun un traitement respectable et de mettre l'Administration réellement au service de la société. A cet effet, le Médiateur de la République doit, par son intervention, impulser des changements qualitatifs nécessaires au fonctionnement d'une Administration de développement, et constituer « un facteur positif pour la création d'un cadre d'expression des citoyens en vue de l'épanouissement de la démocratie »¹⁴². C'est dans ce sens que cette institution se veut non seulement un « redresseur de torts » mais aussi un détecteur de réformes. Une partie importante de son travail doit consister à faire des propositions d'amélioration et de libéralisation du fonctionnement de l'Administration¹⁴³. Ce faisant, il peut assurer pleinement sa fonction de contribution à l'amélioration de la gouvernance administrative et l'Etat de droit.

142 GBEOU – KPAYILE (N.), Thèse précité. p. ; VIGNON (Y.), « La protection des droits fondamentaux dans les constitutions africaines » *op. cit.*, p. 108.

143 PACTEAU (B.), *Contentieux administratif*, *op. cit.* p. 354. Cependant, il constate que l'appel au Médiateur n'offre aucune des grandes garanties du recours juridictionnel face aux illégalités et aux fautes patentes. Le Médiateur ne peut rien annuler, il ne peut rien réparer.

CONCLUSION

A l'évidence, le Médiateur de la République, tel que conçu, se révèle comme une panacée à la mal administration. Et pour preuve, dès son institution, sa saisine a fait l'objet d'un vif intérêt tel une terre altérée soupirant après la pluie. En effet, l'institutionnalisation du Médiateur de la République s'apprécie comme un renouveau de l'Etat qui séduit les administrés. Le citoyen le perçoit comme une volonté de garantir davantage ses droits en faisant intervenir un organe distinct des parties (stricto sensu), chargé de favoriser un règlement non juridictionnel dans une certaine indépendance¹⁴⁴.

Le juge n'a pas la capacité de faire recours aux autres procédés de résolution des litiges administratifs alors que ceux-ci se présentent comme étant plus efficaces¹⁴⁵. « *Cela tient, [sans doute], au fait que certaines affaires insusceptibles d'être portées devant une juridiction en raison de leur nature ou de leur objet, vont pouvoir bénéficier ailleurs d'un règlement. Ainsi en va-t-il de celles évoquant des aspects extra juridiques notamment à propos des différents actes administratifs exclus du recours pour excès de pouvoir ou des considérations d'opportunité dans la prise d'une décision exécutoire* »¹⁴⁶.

Or, dans de telles situations, le Médiateur de la République peut intervenir et la médiation s'apprécie comme une tentative pour instaurer entre l'administration et les particuliers un dialogue direct, débouchant si possible, sur un accord alors que le juge tranche des conflits dans lesquels les intérêts sont, ou sont devenus, inconciliables¹⁴⁷. C'est ainsi qu'il peut connaître des affaires révélant le mauvais fonctionnement de l'Administration en dépit du respect

144 BOUMAKANI (B.), *ibid.*, p. 887 ; GAUDEMET (Y.), « Limite ou métamorphose de l'Etat en France. Les autorités administratives indépendantes » In *Revue Hellénique des Droits de l'Homme*, 2002, p. 29.

145 GBEOU KPAYILE (N.), *ibid.*, p. 142 ; GOUSSEAU (J. L.), pp. 5 et s.

146 GOUSSEAU (J. L.), *ibidem*.

147 BOUMAKANI (B.), *ibid.*, p. 883.

de la règle de droit¹⁴⁸. Cela concerne ensuite les autres litiges susceptibles de traitement juridictionnel lorsque, l'intervention des institutions de médiation, aboutit à un résultat meilleur que devant le juge dans la mesure où elles utilisent tous les moyens possibles même en dehors du respect strict et unique de la règle de droit¹⁴⁹.

Ainsi, certaines situations litigieuses méritent un tel traitement que le Médiateur de la République peut offrir dans la mesure où il n'est nullement un gardien du droit comme l'est le juge administratif¹⁵⁰. A ce propos, il est capable d'interpréter d'une manière plus souple les règles de droit, de mieux adapter les solutions aux caractéristiques particulières du litige et de régler selon l'équité, les usages et le bon sens, les affaires qui leur sont soumises¹⁵¹. Ces éléments se trouvent parfois « *expressément consacrés comme une contrainte du processus de décision administrative à côté du droit* »¹⁵². Il faut ajouter que le Médiateur de la République a aussi la capacité de statuer *ultra-petita* en procédant à une étude complète de chaque affaire avec l'utilisation de tous les moyens qu'elles estiment indispensables.

Au demeurant, l'office du Médiateur de la République peut être plus efficace en procédant à la réforme de ses moyens d'action. Elle passe par une légitimation de son action et l'aménagement d'un pouvoir de contrainte.

S'agissant de la légitimation de son action, elle est relative au contrôle de l'administration effectué par le Médiateur. L'exercice de ce contrôle est susceptible de créer un doute dans la mesure où le

148 Dans la loi instituant le Médiateur de la République, il est dit que la réclamation doit concerner le fonctionnement des administrations de l'État. Cf. art 8 de la loi 2009 – 22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République au Bénin.

149 GBEOU – KPAYILE (N.), *ibid.*, p. 143.

150 *Ibidem.*

151 BOUMAKANI (B.), « La médiation dans la vie administrative », article précité, p. 881.

152 Il résulte de la lecture de l'article 8 al. 1^{er} de la loi n° 2009 – 22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République que l'équité est un élément entrant dans les moyens d'action du médiateur qui crée une petite révolution dans les rapports entre l'administration et les administrés jusqu'à alors exclusive. V. également BOUMAKANI (B.), *ibidem.*

Médiateur de la République, quand bien même il agit au nom de l'administration et l'engage, il est perçu, dans une certaine mesure, comme un juge de l'administration. Et pour cause, partie intégrante de l'Etat mais autonome par rapport à l'administration traditionnelle, le Médiateur est doté de moyens pour contrôler et limiter l'action de l'Etat. Du coup, il apparaît comme une face nouvelle séduisante de l'Etat pour les administrés mais hostile pour l'administration. Cette hostilité se traduit par une certaine méfiance voire une défiance qui se traduit par un manque d'intérêt des autorités administratives aux rapports du Médiateur de la République. Or, ces rapports ont pour but d'impulser une amélioration de la qualité du service.

Pour donner plus de légitimité à l'office du Médiateur, il convient qu'il établisse un partenariat lui permettant non seulement d'associer, dans une dynamique participative, l'administration à la rédaction de ses rapports mais aussi de solliciter la technicité des organes de contrôle interne administratifs et autres experts pour identifier les maux dont souffre l'administration afin de faire les propositions de réforme.

Quant au pouvoir de contrainte, le Médiateur de la République n'en dispose contrairement au juge. Il exerce une magistrature d'influence¹⁵³. En effet, il ne peut que faire des recommandations qui lui paraissent de nature à régler les difficultés dont il est saisi¹⁵⁴. Ces recommandations consistent à exhorter le service mis en cause à mettre un terme aux agissements irréguliers et à faire application des textes en tenant compte de l'équité dans un sens favorable au plaignant. Elles n'obligent pas l'administration même si elle est

153 Conformément à l'article 1^{er} de la loi n° 2009 – 22 du 11 août 2009, le Médiateur de la République est « un organe intercesseur gracieux entre l'administration publique et les administrés ». Il n'exerce pas à proprement parler un pouvoir de décision. En effet, il ne dispose pas d'un pouvoir de décision qui l'amènerait à se substituer aux autorités compétentes. BOUMAKANI (B.), « Les médiateurs de la République en Afrique noire francophone : Sénégal, Gabon et Burkina – Faso. » *In Revue Internationale de Droit Comparé* vol. 51 n° 2, 1999, pp. 326 et 327.

154 Art. 15 de la loi n° 2009 – 22 du 11 août 2009 instituant le Médiateur de la République.

seulement tenue d'informer le Médiateur de la suite qu'elle a donné auxdites recommandations. M. Benjamin BOUMAKANI pense à ce propos que « le Médiateur possède simplement – serait – *on tenté de dire* – un pouvoir de recommandations et de propositions dont l'efficacité sera fonction, entre autres, de la personnalité du Médiateur et de la disponibilité de l'administration à accéder ou non à ses interventions »¹⁵⁵. A défaut de réponse satisfaisante dans le délai qu'il a fixé, il peut en aviser par écrit le Président de la République et, s'il le juge nécessaire, exposer le cas dans un rapport spécial ou dans son rapport annuel¹⁵⁶. Cette action du Médiateur de la République n'est pas de nature à contraindre l'administration mise en cause à suivre ses recommandations. Certes, suivant les dispositions de l'article 54 alinéas 1^{er} et 2 de la Constitution, le président de la République est placé au sommet de la hiérarchie administrative mais l'information du président de la République ne traduit pas une corrélation de cause à effet suivant laquelle la situation du réclamant pourrait connaître une certaine amélioration. L'éventualité de l'information du président de la République peut seulement suggérer à l'autorité administrative une crainte révérencielle car, en tant que supérieur hiérarchique son intervention pourrait être suivie de conséquences fâcheuses pour l'autorité n'ayant pas suivi les recommandations du Médiateur de la République.

Il convient donc, pour y remédier et rendre efficace l'office du Médiateur, d'aménager des moyens d'action contraignant qui vont compléter son pouvoir de recommandation et de proposition. Il s'agira du droit de poursuite aussi bien des actes que des agents ayant occasionné la violation des droits du citoyen.

155 BOUMAKANI (B.), *ibid.*, p. 320.

156 Art. 16 de la loi précitée.

LES RÉFORMES DE LA DÉCENTRALISATION ET LE DROIT DE PARTICIPATION CITOYENNE : LE CITOYEN OUBLIÉ ?

Modeste William DEHOTIN

*Docteur en droit public,
Spécialiste de l'intercommunalité.*

« *Si les lois de la décentralisation ne s'intéressent qu'à des dispositifs institutionnels comme si c'était encore l'essentiel sans prendre conscience que l'enjeu est ailleurs, dans la transformation des systèmes de pensée et dans le développement de processus collectifs de changement : loin de contribuer à réconcilier la société avec l'action publique, elles n'auront fait que creuser un peu plus encore le fossé* ». En effet, la question de la distribution des pouvoirs dans les démocraties libérales se heurte aujourd'hui presque partout aux mêmes enjeux : enchevêtrement des compétences des différents niveaux de responsabilité, revendication d'une plus grande participation des populations à la définition des politiques publiques, appel généralisé à un rapprochement entre décision et citoyen².

Pour le professeur Ibrahim David SALAMI, « *toutes ces thématiques semblent converger vers un même mot d'ordre, celui de la proximité, en ce qu'il apparaît, à tort ou à raison, comme une condition sine qua non de l'épanouissement démocratique* »³. Ce constat du Professeur SALAMI trouve un écho favorable en droit africain subsaharien de

1 CALAME Pierre, « Repenser la décentralisation et renforcer la participation... et le pouvoir de décision des citoyens dans les territoires. Projet de tribune pour la confédération des mouvements citoyens français », *Connexions*, 2014/1 (n° 101), pp. 115-124.

2 LEFEBVRE, Rapprocher l'élu et le citoyen. La « proximité » dans le débat sur la limitation du cumul des mandats (1998-2000), Mot, Les langages du politique, 1995, 77, pp. 41-58.

3 SALAMI Ibrahim David, « L'initiative de Dogbo », *In SALAMI (I. D.), (dir.), L'effectivité de la décentralisation au Bénin*, Les cahiers du CeDAT, numéro spécial, Cotonou, 2015, p.256.

la décentralisation⁴. En effet, le territoire, est un champ nouveau susceptible de réinventer la gouvernance. Le territoire est un nouveau théâtre d'actions et de produits inédits qui ne peuvent qu'intéressés la gouvernance dans le sens où, cette dernière trouve dans le territoire tout son sens. Cet intérêt ne concerne pas seulement la gouvernance. C'est, en effet, « *une course massive vers ce qui prend ainsi des allures de découverte* »⁵. Le territoire est comme une nouvelle découverte des législateurs, des chercheurs et même des administrateurs qui chacun selon sa préoccupation cherche à le comprendre, le prendre en charge, ou l'intégrer dans ses projections. Cette découverte du territoire et du local a essentiellement au plan politique motivé le vaste mouvement de décentralisation⁶ que nous avons connu à travers le monde et qui est toujours en cours. « *La présentation du principe de la subsidiarité active a montré que c'était à l'échelle locale que devait se définir la pertinence des politiques et s'articuler les actions des différents niveaux de gouvernance. Ainsi longtemps marginalisé* »⁷, le local prend sa revanche grâce à ces atouts exhibés à travers cette notion de territoire.

La décentralisation et ses corollaires : « *la gouvernance locale, les partenariats public/privé, le leadership local, les participations citoyennes, sont défendus dans les politiques publiques comme des ressources instrumentales pour bâtir un Etat aussi bien efficient que fédérateur de toutes ses unités territoriales autour d'une seule et même cause commune* »⁸. Elle est souvent assimilée à l'autonomie

4 LE ROY Etienne, *La décentralisation en Afrique noire et le Droit. Nouveaux outils et contraintes pérennes* (Panthéon-Sorbonne Paris 1, Lajp) | Gemdev Karthala, 2006. LUCHAIRE Yves, *Le droit de la décentralisation*, Paris, PUF, 1989, p. 29).

5 SAMB Ndeye, *Gouvernance territoriale et participation citoyenne au Sénégal*, thèse de doctorat, Université Paul Valéry, Montpellier III, 2014, p.93.

6 HOLO Théodore, « La décentralisation au Bénin : mythe ou réalité? », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°7, décembre 1986

7 CALAME Pierre, « La gouvernance territoriale, clé de la transition vers des sociétés durables », *L'Économie politique*, 2015/4 (N° 68), pp. 59-70.

8 AYENA Fidèle Kadoukpè, « Le gouvernement local, du développement local à la démocratie participative », In SALAMI (I. D.), (dir.), *L'effectivité de la décentralisation au Bénin, op. cit.*, p.163.

locale ou à la libre administration⁹. Il faut faire constater que la décentralisation, en tant que concept générique, est susceptible de s'appliquer à plusieurs matières¹⁰. Spécifiquement en matière administrative, la décentralisation a nourri la plume de maints juristes et a fait l'objet de nombreux travaux parmi lesquels certains ont été consacrés à la clarification du concept en lui-même¹¹. Les définitions de la notion ne manquent donc pas, aussi bien au plan lexicologique que doctrinal¹². Il n'est pas possible d'en présenter ici toutes les tentatives et références bibliographiques rencontrées à son sujet. Une sélection de quelques-unes, parmi les plus suggestives, s'est imposée.

La décentralisation est un système d'administration consistant à permettre à une collectivité humaine (décentralisation territoriale) ou à un service (décentralisation technique) de s'administrer eux-mêmes sous le contrôle de l'Etat en les dotant de la personnalité juridique, d'autorités propres et de ressources¹³. En science politique, elle se définit comme un « *mode d'organisation administrative selon lequel, l'Etat transfère des pouvoirs de décision à des organes locaux indépendants du pouvoir central* »¹⁴. Pour HAURIOU, la décentralisation est « *une manière d'être de l'Etat caractérisée par le fait que l'Etat se résout en un certain nombre de personnes administratives qui ont la jouissance de droits de puissance publique et qui assurent le fonctionnement des services publics en exerçant*

9 NANAKO Cossoba, *La libre administration des collectivités territoriales au Bénin et au Niger*, Thèse de Doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2016, p. 13.

10 BOURDON Jacques., PONTIER Jean-Marie, RICCI Jean-Claude, *Droit des collectivités territoriales*, 2^{ème} éd. mise à jour, Paris, PUF, 1998, pp. 5-6 ; BAGUENARD Jacques., *La décentralisation*, 7^{ème} éd. mise à jour, Paris, PUF, 2004, pp. 8-12.

11 DEBBASCH Charles. (dir.), *La décentralisation pour la rénovation de l'Etat*, Paris, PUF, 1976, 247 p. ; FLOGAÏTIS Spyridon, *La notion de décentralisation en France, en Allemagne et en Italie*, Paris, LGDJ, 1979, 281 p. ; BENOIT Jean, *Théorie juridique de la décentralisation administrative en France*, Thèse, Paris 2, 1990, 2 T., 758 p. ; FOURNIE François, *Recherche sur la décentralisation dans l'œuvre de Maurice HAURIOU*, Paris, LGDJ, 2005, 629 p.

12 DIAGNE Mayacine, *Droit administratif local*, Saint-Louis, IGS, 2003, p.11, souligne qu'il y en a autant que d'auteurs ; AUBY Jean-Bernard, *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 13, écrit que « *la décentralisation ne souffre...pas d'une pénurie de définition* ».

13 CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Paris, 10^{ème} édition mise à jour, PUF, 2014, p. 298.

14 Lexique de politique, 7^{ème} éd., Dalloz, 2021, p. 129.

ces droits c'est-à-dire en faisant des actes d'administration »¹⁵. BERTHELEMY y voit « le principe suivant lequel chaque ville et chaque région sont libres de choisir par les représentants de la majorité de ses citoyens les règles auxquelles elles obéiront et par lesquelles il sera donné satisfaction aux intérêts du plus grand nombre »¹⁶. Selon CHAPUS, la décentralisation se traduit « par le transfert d'attributions de l'Etat à des institutions (territoriales ou non) juridiquement distinctes de lui et bénéficiant, sous la surveillance de l'Etat, d'une certaine autonomie de gestion »¹⁷. AUBY la définit comme « une forme d'aménagement de l'Etat unitaire dans laquelle des autorités administratives non étatiques gèrent des affaires administratives particulières dans un certain rapport d'indépendance vis-à-vis des administrations d'Etat »¹⁸. Pour Demba SY, la décentralisation est un système d'organisation administrative « qui reconnaît une existence juridique à des collectivités secondaires qui sont dotées de la personnalité morale et qui sont appelées à gérer leurs propres affaires par l'intermédiaire d'organes issus d'elles-mêmes »¹⁹. Enfin, au plan régional, la Charte africaine des valeurs et des principes de la décentralisation, de la gouvernance locale et du développement local (art. 1er) définit la décentralisation comme « le transfert des pouvoirs, des responsabilités, des capacités et des ressources du niveau national à tous les niveaux sous-nationaux de gouvernement afin de renforcer la capacité des gouvernements sous-nationaux à promouvoir la participation des populations et la fourniture de services de qualité »²⁰.

15 HAURIOU Maurice, *Etudes sur la décentralisation*, Paris, Paul Dupont, 1892, cité par BOURJOL Maurice, BODARD Serge, *Droits et libertés des collectivités territoriales*, Paris, Masson, 1984, p. 33.

16 BERTHELEMY Henry, *Traité élémentaire de droit administratif*, 13^{ème} éd., Paris, Rousseau et Cie édit., 1933, p. 112.

17 CHAPUS René, *Droit administratif général*, T. 1, 15^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2004, p. 403.

18 AUBY Jean-Bernard, *La décentralisation et le droit*, Paris, LGDJ, 2006, p. 13.

19 SY D., *Droit administratif*, 2^{ème} éd. revue, corrigée et augmentée, Dakar, CREDILA et L'Harmattan Sénégal, 2014, p. 171.

20 Adoptée le 27 juin 2014 à Malabo par la 23^{ème} session ordinaire de la conférence des Chefs d'Etat de l'Union Africaine. Le niveau sous-national signifie tous les échelons de décentralisation.

Malgré leur clarté, certaines des définitions sus exposées ne sont pas toujours satisfaisantes pour l'esprit juridique, friand de précision et de concision. En raison de leur généralité, nombre d'entre elles conduisent à des confusions entre décentralisation administrative, décentralisation technique et décentralisation territoriale. Celle que propose Epiphane SOHOUEYOU vise à éviter tout amalgame. La décentralisation serait le « *mécanisme juridique par lequel l'Etat crée de nouvelles personnes publiques pour leur transférer une partie de ses compétences* »²¹.

Quant à la participation, le Professeur Ibrahim David SALAMI la définit comme « *les procédures, démarches ou tentatives faites pour donner un rôle aux individus dans la prise de décision affectant la communauté ou l'organisation dont ils font partie. Elle est pour les citoyens une façon originale et nouvelle d'exercer leur citoyenneté* »²².

La réforme de décentralisation²³ amorcée au Bénin s'inscrit évidemment dans cette perspective de consolidation du renouveau démocratique instauré avec les assises de la Conférence nationale de 1990. En privilégiant une approche qualitative et exploratoire par l'entretien de recherche et la méthode documentaire, cette contribution dresse un état des lieux tant de l'implémentation que des implications sociopolitiques de cette réforme administrative de décentralisation en termes de démocratie locale et d'autonomie locale. On ne peut parler de refondation de l'Etat du renouveau démocratique sans penser au postulat du renforcement ou de consolidation de la démocratie par la base. En effet, tout besoin de refonder un Etat à l'origine hypercentralisateur par l'instauration du modèle démocratique doit s'accompagner d'un point de vue

21 SOHOUEYOU M. E., « Contribution à l'élaboration d'une échelle de la décentralisation territoriale en Afrique noire francophone », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n°22, 2009, p. 148.

22 SALAMI Ibrahim David, « L'initiative de Dogbo », *op. cit.*, p. 255.

23 Voir la loi n° 2021-14 du 20 décembre 2021 portant code de l'administration territoriale en République du Bénin.

pragmatique d'une politique de territorialisation²⁴ capable de créer une synergie entre le centre et la périphérie. C'est dans cette perspective de réaménagement territorial²⁵, de consolidation démocratique que s'inscrivent les politiques de décentralisation à telle enseigne que les échelons du local s'apparentent désormais à ce qu'on pourrait qualifier de maillons forts du renouveau démocratique instauré au Bénin. Mais nous verrons également que si la refondation de l'Etat engagée est un programme politique diffus, polarisant dans tout le pays acteurs publics et masses populaires, son implémentation reste pourtant à nuancer sur l'étendue du territoire. Car, pour le Professeur Théodore HOLO, « *Sans autonomie financière, la décentralisation n'est que mirage* »²⁶. Le gouvernement local est pour ainsi dire toujours en attente des ressources nécessaires pour affermir son autonomie locale. Autant les libertés locales sont au cœur de l'autonomie, autant la démocratie à la base constitue le socle de la décentralisation. Une bonne décentralisation doit avant tout s'appuyer sur un corps électif représentatif de la population locale,

24 DOUILLET Anne-Cécile, « Les élus ruraux face à la territorialisation de l'action publique », Paris, *RFSP*, 2003, pp.583-606 ; RIMBERT- PIROT Anne-Gaëlle, *Analyse du processus de territorialisation de l'action publique : construction d'un territoire et appropriation d'un outil pour agir collectivement*, thèse, Aix-Marseille Université, 2015, p. 333.

25 FAURE Alain, *Les politiques publiques à l'épreuve de l'action locale. Critiques de la territorialisation*, Paris, L'Harmattan, 2007, p.15.

26 HOLO Théodore, « La décentralisation au Bénin : mythe ou réalité ? », *op. cit.*, p.1 ; GAUDEMET P.-M. et MOLINIER J. affirment aussi que « *la décentralisation est purement apparente lorsque la collectivité locale n'a pas de liberté financière réelle, même si elle a des compétences juridiques étendues... En fait, le degré d'autonomie, et par là même la mesure de la décentralisation, dépendent de l'aménagement des finances locales, plus que de l'ampleur des matières qui relèvent de la compétence des autorités locales ou du statut juridique de ces autorités* », *Finances Publiques*, Editions Montchrestien, Paris, T. I, Budget/Trésor, 1996, p. 176. V. aussi, ROUX A., *Droit constitutionnel local*, *op. cit.*, p. 47 : « la libre administration peut aussi se trouver mise en cause par une réduction excessive des ressources affectées aux collectivités » ; PILONE C., « L'autonomie financière des collectivités locales et le juge constitutionnel », *Revue du Trésor*, 85^e année, n° 10, Octobre 2005, p. 513 : « *L'autonomie financière se révèle donc être un point de convergence des différentes lignes directrices de la décentralisation* ». Le juge constitutionnel français ne contredit pas ce lien de causalité : Décisions n°168 DC du 20 janv. 1984, consid. 10; 291 DC du 6 mai 1991, consid. 13; 397 DC du 6 mars 1998, consid. 5 et 6 ; 405 DC du 29 déc. 1998, consid. 50. Le juge constitutionnel qualifie toute réduction excessive des marges de liberté des collectivités territoriales comme attentatoire à la libre administration.

impliquant en amont et en aval, la mosaïque des acteurs du territoire dans la définition, la mise en œuvre et l'évaluation des programmes de développement. Dans une conception assez répandue, la démocratie locale traduit l'appropriation participative par les populations des projets mis en œuvre localement et le contrôle de leur exécution, par les organisations de la société civile et leurs représentants délégués. Cette notion va donc de concert avec les principes de redevabilité, de reddition des comptes, d'imputabilité, d'accessibilité, de transparence. La décentralisation est alors assimilée à la démocratie locale. Celle-ci s'exerce notamment à travers « *l'élection et la participation citoyenne qui, dans les textes juridiques et la pratique de la décentralisation au Bénin sont largement en-deçà des normes supranationales de décentralisation* »²⁷.

Malheureusement, il s'est révélé d'une façon générale que les communautés ne sont pas suffisamment impliquées dans la gestion des affaires publiques locales et précisément dans le cadre de la réalisation des infrastructures sociocommunautaires. Cette situation entraîne de plus en plus leur désintérêt par rapport à l'action publique locale alors que la décentralisation est censée rapprocher davantage l'administration des administrés.

Pourtant, la participation des populations aux initiatives de développement est primordiale, car même si les interventions extérieures apportent des solutions à certains problèmes, elles n'ont pas pour autant la capacité de comprendre en profondeur les desideratas de bénéficiaires de leurs apports. D'où la nécessité d'associer ces derniers aux prises de décisions, à la conception des projets et à leur suivi évaluation pour une amélioration des conditions de vie et de travail des communautés rurales dans une perspective de développement durable²⁸.

27 SOHOUENOU Marie Stéphane, « L'administration territoriale béninoise et le droit supranational de la décentralisation », In SALAMI (I. D.), (dir.), *L'effectivité de la décentralisation au Bénin*, op.cit., p.32.

28 Le développement durable est « une conception du bien commun développée depuis la fin du XXème siècle. Considérée à l'échelle de la planète, cette notion vise à prendre en compte, outre

D'ailleurs, le Décret n°2009-709 du 31 décembre 2009 portant approbation du document de la Politique Nationale de Décentralisation et de Déconcentration (PONADEC) notamment en son Volet 3, recommande la gouvernance locale participative et l'implication des différents groupes socioprofessionnels dans le développement de la Commune²⁹. En décidant de faire du Secrétaire Exécutif l'ordonnateur du budget communal³⁰ et l'autorité approbatrice des marchés publics³¹, le législateur béninois n'a-t-il pas confié la destinée des communes à une autorité non élue³² ? En limitant le maire, un élu indirect³³ dans ses attributions et en le cantonnant à un rôle politique³⁴, la loi n'éloigne-t-elle pas davantage le citoyen des instances décisionnelles de sa commune ? Ce faisant, le législateur n'écarte-t-il pas le citoyen de l'élection du maire et ne l'éloigne-t-il pas du Secrétaire Exécutif qui est la plus haute autorité³⁵ administrative technique de la commune ? Ces interrogations appellent à une réflexion sur l'effectivité de la participation citoyenne dans les réformes de décentralisation au Bénin. Autrement dit, quel est l'état actuel de l'exercice du droit de participation citoyenne au Bénin ? Ce droit se limite-t-il à la consultation des procès-verbaux de délibération³⁶ ? Si à l'analyse, le droit de participation citoyenne est affirmé (I), son exercice reste cependant minimaliste, reléguant ainsi le citoyen aux oubliettes (II).

l'économie, les aspects environnementaux et sociaux qui sont liés à des enjeux de long terme. Selon la définition donnée dans le rapport Brundtland en 1987, le développement durable est un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures à répondre à leurs propres besoins... ».

29 Document de présentation de la PONADEC. p. 56.

30 Voir la loi n° 2021-14 du 20 décembre 2021, *op. cit.*, article 135.

31 *Idem.*, article 134.

32 *Idem.*, article 130.

33 MUSULAY MUKONDE Pascal, *Démocratie électorale en Afrique subsaharienne, Entre droit, pouvoir et argent*, Globethics.net African Law n° 4, Genève, 2016, 211 p.

34 Voir la loi n° 2021-14 du 20 décembre 2021, *op. cit.*, article 101.

35 *Idem.*, article 127.

36 *Ibid.*, voir l'article 77 : « Toute personne à le droit de consulter sur place, le procès-verbal et/ou le compte rendu des délibérations du conseil communal, les divers actes communaux et d'en prendre copie à ses frais ».

I- Un droit affirmé

L'incertitude et l'inconnu auxquels font face, de plus en plus, les décideurs locaux qui se sentent démunis quant aux critères de pertinence concernant leurs décisions, dans un contexte également multiforme, (législatif, réglementaire, financier, institutionnel) et mouvant, les amènent à s'entourer de toutes les garanties nécessaires du point de vue de la légitimité de leurs actions en impliquant le maximum d'acteurs en vue de créer un consensus autour d'eux. Ainsi, l'impossibilité de prévoir ou de se projeter sur un horizon plus ou moins éloigné, l'incertitude ou parfois le vide juridique, sont autant de facteurs qui dissuadent les élus locaux à ne rechercher qu'à maximiser en tout lieu et en tout temps la satisfaction de leur intérêt mais de trouver une option raisonnable et consensuelle pour un temps et en un lieu donnés. Face à un tel labyrinthe d'incertitudes, l'application de la règle et de la norme, barrières ultimes de la régulation publique, vole en éclat (A). Elle ne justifie plus les décisions des mandataires et ne garantit pas non plus la performance de l'action publique³⁷ (B).

A- Une bonne gouvernance recherchée

Appliquer à la notion de territorialité, la gouvernance repose sur un partage du/des pouvoir(s), des responsabilités, à une ouverture ou un décloisonnement des lieux habituels de prise de décisions, dévaluation de l'action publique locale. Ce à une multitude d'acteurs et de dynamiques structurées qui, tout autant que les mandataires (élus) locaux, sont investis, même à des degrés variés, par tout ou partie de la population du territoire, du pouvoir de défendre ses intérêts et/ou satisfaire ses besoins.

37 KITTI H. Nathaniel, « La société civile et le contrôle citoyen de l'action publique : une opportunité pour une bonne gouvernance au niveau local », In *SALAMI (I. D.), (dir.), L'effectivité de la décentralisation au Bénin, op.cit.*, p.289.

Une archéologie du concept, est plus à même d'en dégager les facteurs explicatifs, ainsi que ses différentes applications surtout aux notions de localité et de territorialité, mais également d'en étudier l'intérêt, les enjeux et les défis. Si à en croire Baron C., le terme de gouvernance « vise la prise en compte des interactions entre les dynamiques transnationales, les logiques nationales et les initiatives locales, tout en considérant la porosité croissante des frontières entre les sphères du public et du privée »³⁸, il n'en demeure pas moins que le territoire est le lieu privilégié ces dernières décennies, d'élaboration, d'exécution et d'évaluation des politiques publiques. Ce, du fait de la crise de légitimité des pouvoirs publics centraux, de l'exigence plus poussée d'efficacité de l'action publique et du besoin de proximité de la part des mandants. Système d'organisation, d'interactions sociales, économiques et politiques et non plus simple réceptacle de processus politiques, socio-économiques, le territoire constitue dès lors la base légitime même de la gouvernance ; le laboratoire où l'on expérimente les politiques publiques qui doivent être adaptées à l'identité de chaque territoire ; ce qui donne au principe de subsidiarité tout son sens.

Etudiant la causalité entre les concepts de gouvernance et de nouveau management public local, il apparaît que « *la gouvernance semble plus indispensable dans un contexte où la légitimité politique des gouvernements aurait de nos jours tendance à être contestée par des acteurs sociaux, pour qui, le besoin d'évaluation, de notation des gouvernements ne cessent d'accroître* ». Par ailleurs, les pouvoirs publics font face, de plus en plus, à une exigence accrue de participation de ces acteurs sociaux aux processus de la décision publique. On peut, dès lors invoquer trois causes explicatives du délaissement de la notion de gouvernement au profit de la gouvernance avec laquelle il partage pourtant la même racine grecque.

38 BARON Catherine, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Droit et société*, 2003/2 (n°54), pp. 329-349.

Il y a d'abord le caractère de plus en plus complexe des nouveaux modes de gouvernement. Ensuite, la participation d'un nombre grandissant d'acteurs à la décision politique, et enfin, un système socio-économique capable d'une communication interne de plus en plus intense. C'est le constat de la carence informationnelle qui résulte de la complexité (imbrication voire interconnexion des différents niveaux de gouvernement et de décision) qui a précipité le déclin de la manière classique de gouverner qui renvoyait à la prise de décision unilatérale au niveau d'autorité centrale le plus élevé (approche top-down). Cette dernière se fondant, pour ce faire, sur des informations importantes fournies par les administrations centrales et en vue d'assurer la régulation économique et sociale d'ensemble. Ainsi, c'est l'autorité centrale qui avec une administration également centralisée, décidait, réglementait, intervenait, encadrait, taxait, redistribuait, jusqu'aux échelons les plus bas (ce qui est contraire au principe de la subsidiarité sans une réelle implication des « soi-disant » bénéficiaires de son action et de ses services.

Ainsi, le remplacement du mot gouvernement par celui de gouvernance, veut rendre compte de la fin d'un tel modèle ainsi que du contexte qui le justifiait, autant qu'il mette en évidence l'interaction rendue nécessaire par le fait qu'aucun acteur public ou privé, ne dispose des informations, des connaissances et des moyens nécessaires pour s'attaquer seul aux problèmes. Dans ce sens, la gouvernance rend compte d'une politique publique devant s'accommoder aux multiples incertitudes dues aux carences informationnelles. La gouvernance exprime, par ailleurs, la nécessité de comprendre son environnement, ce qui suppose de faire remonter l'information décentralisée.

Outre cette exigence démocratique de participation des acteurs sociaux et des populations aux processus décisionnels, la pression des médias qui, en mobilisant l'opinion publique en sentinelle

autour de l'action publique, rendent le système socio-économique plus à même de déployer une communication interne plus intense. De cette communication résulte des interrelations et des interactions fortes et complexes entre les gouvernants et les acteurs sociaux et/ou privés. Dès lors, la gouvernance apparaît plus comme une structure sociopolitique, produit des efforts d'interventions interactifs de l'ensemble des acteurs mobilisés autour de la chose publique. La gouvernance devient du coup un écheveau des jeux de communication, de régulation, de système d'information. Elle est donc comme l'indique son origine latine, la science de l'autogouvernement, qui est au carrefour de la communication et de la régulation chez les êtres vivants et les machines. Une telle affirmation établit une nouvelle définition de la gouvernance qui serait « *un art de gouverner, des institutions publiques, des pratiques administratives adaptées au siècle qui vient, capables de concilier : la nécessaire prise en compte des interdépendances qui nous unissent [et] le respect de l'infinie diversité des êtres et des lieux qui nous enrichit* »³⁹.

L'inconnu, l'incertitude et l'instabilité omniprésents dans tout processus décisionnel et de gestion surtout de la chose publique ont donc entraîné un changement de comportement. Ce qui se matérialise par un partage du pouvoir et de la puissance sur un même territoire. Il en a résulté une évolution de la pratique du gouvernement local vers le concept de gouvernance territoriale et un passage de la logique de la norme à la logique de la convention, du consensus. Le mécanisme unilatéral de la règle imposée par l'institution légitime se désagrège peu à peu pour laisser la place à la convention. C'est grâce à ces conventions que tous les acteurs d'un territoire cohabitent et qu'en quelque sorte, le consensus né des conventions s'impose désormais comme une norme de gestion.

39 JOUMARD Robert, *Le concept de gouvernance*, 2009, pp.52. hal-00489237.

Analysant l'émergence de la gouvernance territoriale dans le contexte actuel d'élaboration et de mise en œuvre par les collectivités territoriales des stratégies de différenciation axées sur le projet collectif de développement local, la doctrine y voit « *une mobilisation d'une pluralité d'acteurs aux intérêts et aux motivations différentes* »⁴⁰. Pour elle, c'est de la volonté des collectivités locales de mettre en place ces politiques de différenciation desquelles ont émergé des formes nouvelles de gouvernance territoriale fondées, en présence d'intérêts multiples, sur des mécanismes complexes de pouvoir, de négociation et de codécision. La gouvernance territoriale se définit alors comme une modalité de mise en compatibilité des actions, des modalités de coordination et des intérêts en jeu entre tous les acteurs géographiquement proches et partie prenante d'un projet collectif de développement économique et social.

Devant « *les jeux d'intérêts croisés* »⁴¹, les acteurs publics chargés de procéder aux arbitrages nécessaires tant du point de vue de la conception que de la mise en œuvre des stratégies de différenciation, se heurtent à des difficultés de lisibilité des stratégies de négociation et d'influence dont ils sont souvent la cible de la part de leurs partenaires. Ce sont, entre autres, les tentatives de captation des ressources publiques directes ou indirectes par certains acteurs ou, les tentatives d'orientation des choix de politique publique. Or, ces jeux de négociation et d'influence peuvent accroître l'indétermination de certaines options de développement local. Ce qui contribue davantage à augmenter le flou autour de la responsabilité et du pouvoir réels des acteurs publics dans le processus de gouvernance de leur territoire. Jusqu'où peuvent-ils véritablement influencer les choix de politiques publiques, surtout dans la définition des stratégies de développement local ?

40 LEROUX Isabelle, « Gouvernance territoriale et jeux de négociation, Pour une grille d'analyse fondée sur le paradigme stratégique », *De Boeck Supérieur* | « Négociations », 2006, n°6, pp. 83 à 98.

41 SAMB Ndeye, *Gouvernance territoriale et participation citoyenne au Sénégal*, op. cit., p.97.

B- Une performance de l'action publique attendue

Interroger la notion de performance de l'action publique territoriale revient tout d'abord à lier les notions de performance et d'action publique. En ce sens, l'action publique est caractérisée par son objectif : la recherche de l'intérêt général. S'il est possible de dresser un lien ancien et puissant entre l'intérêt général sur le plan national et l'action publique, il est également possible, quoique de manière plus récente, avec l'essor de la décentralisation, de mettre en évidence un lien multiscalaire entre des intérêts généraux locaux ou territoriaux et les actions publiques conduites sur les mêmes périmètres. Cette recherche de l'intérêt général passe aujourd'hui indubitablement par l'appropriation d'une logique de performance de l'action publique qui a été initiée et s'est développée dans un premier temps au niveau étatique sous l'influence de plusieurs facteurs qu'il faut déterminer et analyser.

Les politiques publiques ne sont pas exclusivement produites par des acteurs évoluant aux échelles nationales et internationales. L'espace « local », regroupant les acteurs publics et privés agissant à l'échelle infranationale, joue un rôle clé dans la production de l'action publique. Historiquement, nombre de politiques publiques ont d'abord été inventées à l'échelle locale (notamment municipale), avant d'être généralisées. Depuis les années 1980, les États centraux utilisent la décentralisation, qui est elle-même une politique publique, pour orienter le processus de production des politiques publiques, sans être totalement maîtres de ces évolutions. Dans le même temps, les autorités locales tentent de s'affirmer comme des gouvernements autonomes⁴², dans un contexte marqué par le poids de certains acteurs (notamment économiques) et fortement mondialisé.

42 RIBEMONT Thomas, BOSSY Thibault, EVRARD Aurélien et al., « Chapitre 13. Les politiques locales », in *Introduction à la sociologie de l'action publique. sous la direction de RIBÉMONT Thomas, BOSSY Thibault, EVRARD Aurélien et al. Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, « Ouvertures politiques », 2018, pp. 223-245.*

La performance de l'action publique territoriale émerge comme un objectif intrinsèque à sa conduite même, en ce qu'elle cristallise des attentes en termes d'efficacité, d'efficience et de transparence qu'il n'est plus possible aujourd'hui d'occulter. Depuis la décentralisation, l'action publique territoriale connaît une évolution parallèle et différenciée par rapport à l'action publique étatique. Alors que cette dernière est entrée dans une phase d'appropriation nette de démarches de performance.

En effet, l'action publique territoriale apparaît elle aussi marquée par une évolution assez prononcée vers une plus grande intégration des démarches de performance. Néanmoins, cette appropriation est spécifique, dans la mesure où elle ne repose pas sur la même logique systémique. Une étude des différents facteurs de performance, qu'il s'agisse des acteurs, des cadres budgétaires et légaux en vigueur, ou de l'environnement des collectivités territoriales, démontre une prise en compte largement incomplète, quoiqu'en net progrès, des logiques de performance. De l'ensemble de ces analyses découlent finalement des leviers à actionner qui permettraient indubitablement une meilleure appropriation des démarches de performance par les collectivités territoriales et ainsi la mise en œuvre d'une action publique territoriale plus pertinente, répondant mieux aux attentes assignées.

L'action publique contemporaine se caractérise par une intégration de logiques et de mécanismes tendant à accroître sa performance. Alors que ce n'était que peu ou prou un enjeu dans le passé, il s'agit là « *d'un nouveau paradigme de l'action publique qui s'est imposé tant dans le champ universitaire, de manière pluridisciplinaire, que dans les mœurs politiques* »⁴³. En effet, l'État, par le biais de la loi, impose à la population des règles ayant pour objet de garantir, ou de renforcer, l'intérêt de tous ou du moins du plus grand nombre.

43 GAILLARD Brice, *La performance de l'action publique territoriale : étude sur l'appropriation des démarches de performance au niveau local*. Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2016, p.23.

C'est ce qui justifie la soumission des individus à l'État. En d'autres termes, la domination légale-rationnelle consiste en la « *croyance en la légalité des règlements arrêtés et du droit de donner des directives à ceux qui sont appelés à exercer la domination par ces moyens* »⁴⁴.

Cette forme de domination correspond notamment aux démocraties électives. Elle repose sur la légitimité de la loi et, plus largement, sur la croyance dans les vertus du droit. Elle explique l'obéissance au fonctionnaire et au dirigeant légalement désigné. Elle se traduit par une obéissance dépersonnalisée. Elle « *repose concrètement, dans la société moderne, sur une administration bureaucratique stable et développée* »⁴⁵.

Le droit public permet de mettre en exergue la validité de ce lien entre action publique et intérêt général⁴⁶. Tant le droit administratif que le droit constitutionnel ont intégré ce lien, malgré l'absence de définition juridique précise qui le caractérise. Véritable clé de voûte du système juridique national dans la mesure où il se situe aux fondements de plusieurs notions fondamentales, il n'est pas possible de définir la notion d'action publique sans recourir à celle d'intérêt général. C'est que la loi intègre largement des références directes : le législateur ayant pour rôle l'accomplissement de l'intérêt général, chaque texte de loi soumis au vote de la représentation nationale concourt, ou du moins est sensé concourir à son accomplissement⁴⁷.

44 WEBER Max, *Économie et société*, 1921.

45 NAY Olivier, *Lexique de sciences politiques*, Dalloz, 2008, pp.132-133. Voir également BRAUD Philippe, *Sociologie politique – 10ème édition*, LGDJ, 2011, p. 131 : « *pour Max Weber, l'État bureaucratique moderne est la forme principale de domination légale rationnelle, surgie progressivement des formes traditionnelles de domination [...] L'essentiel en effet se situe dans la juridicisation des rapports de pouvoirs* ».

46 Voir à cet égard : CHEVALLIER Jacques, « *Réflexions sur l'idéologie de l'intérêt général* », in *Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général*, Paris, PUF, 1978, pp. 11-45. Ainsi, p. 12 : « *l'idéologie de l'intérêt général apparaît bien comme une couverture indispensable à l'exercice du pouvoir étatique. Par ailleurs, on la retrouve aussi, en deçà de l'État, à un niveau infra-politique, dans les institutions qui structurent, segmentent, quadrillent l'espace social. La hiérarchisation interne de chaque institution est assortie d'un discours intégratif visant à assurer sa cohésion, et conçu sur le même modèle que le discours politique* ».

47 ERLAND Guillaume, « *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* », MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle - Cahiers constitutionnels de Paris I*, Dalloz, 2007, pp. 35-36 : « *pour une grande partie de l'opinion*

La jurisprudence constitutionnelle confirme également l'existence de ce lien⁴⁸. Même si la notion d'intérêt général n'apparaît pas directement dans le bloc de constitutionnalité⁴⁹, le juge constitutionnel français l'a intégrée dès 1971 par le biais de sa fameuse décision « Liberté d'association »⁵⁰ qui a explicité l'existence d'un bloc de constitutionnalité. La notion d'intérêt général a été en quelque sorte assimilée à celle de « volonté générale » présente dans la Déclaration de 1789 : « *il peut être admis qu'il y a juridiquement une identité postulée entre la volonté générale et l'intérêt général* »⁵¹. Enfin, il faut noter que le Conseil Constitutionnel a employé dès 1979 l'expression « *Intérêt général* » dans une décision⁵², afin de conditionner l'action publique de l'État à l'accomplissement de l'intérêt général⁵³.

Dès lors, le juge constitutionnel a intégré dans ses décisions une mention à l'intérêt général à de multiples reprises 46.

publique, la loi est non seulement devenue inaccessible et incompréhensible, elle est aussi l'acte dans lequel triomphent les intérêts particuliers dominants. Au mieux, le Parlement ne servirait qu'à arbitrer les conflits entre des intérêts particuliers divergents ; au pire, il servirait sciemment la cause de forces partisans proches des préoccupations du parti au pouvoir. Dans cette alternative, l'idée d'intérêt général devient évanescence. Or, dans nos sociétés dans lesquelles les gouvernés n'acceptent d'obéir aux gouvernants que parce qu'ils ont le sentiment que ces derniers sont au service de tous et pas d'une catégorie de personnes en particulier, l'idée d'intérêt général est essentielle. Sans elle, nos sociétés démocratiques et républicaines sont en danger ».

- 48 Voir MERLAND Guillaume, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, (thèse), LGDJ, 2004. L'auteur évoque dès la quatrième de couverture que « depuis son apparition dans le contentieux constitutionnel à la fin des années 1970, l'intérêt général s'est imposé comme un instrument essentiel de contrôle de la constitutionnalité des lois ». Plus précisément, p. 337 : « le Conseil constitutionnel trouve dans la condition d'intérêt général un instrument indispensable à l'exercice de son contrôle de constitutionnalité de la loi. La régularité avec laquelle il y recourt et la diversité des domaines dans lesquels il l'applique témoignent de cette importance ».
- 49 SCHOETTL Jean-Éric, « intérêt général et constitution », *Conseil d'État, Réflexions sur l'intérêt général – Rapport public annuel*, EDCE n°50 1999, p. 375 : « l'expression d'intérêt général ne figure pas une seule fois dans les textes constituant notre « bloc de constitutionnalité ».
- 50 Conseil Constitutionnel, décision n°79-44 DC, 16 juillet 1971, « Liberté d'association ».
- 51 MATHIEU Bertrand, « Présentation de la journée d'étude », MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel (dir.), *L'intérêt général, norme constitutionnelle - Cahiers constitutionnels de Paris I*, Dalloz, 2007, p. 6.
- 52 Conseil Constitutionnel, décision n°79-107 DC, 12 juillet 1979, loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales.
- 53 MAZEAUD Pierre, « De l'intérêt général », communication devant l'académie des sciences morales et politiques, 7 février 2011.

Au 1^{er} janvier 2004, 124 décisions intégraient une telle mention. Nous pouvons distinguer quatre composantes de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel : tout d'abord, la conception de l'intérêt général relève exclusivement du législateur. Deuxième élément, le législateur peut apporter des restrictions à un certain nombre de droits et libertés pour cause d'intérêt général. La troisième composante relevée est la valeur constitutionnelle des « démembrements » de l'intérêt général. Enfin, le Conseil Constitutionnel opère un contrôle de proportionnalité⁵⁴ de la loi pour empêcher des restrictions démesurées au regard de l'intérêt général invoqué⁵⁵.

Avant même le juge constitutionnel, qu'il a inspiré, le juge administratif a adopté une position de principe similaire concernant la notion d'intérêt général⁵⁶ : il a veillé par ses décisions à ce que l'administration, dans l'application des lois, respecte l'intérêt général tel que défini dans les textes de loi. L'administration, au sens d'activité de l'administration et donc d'action publique, correspond à « *l'activité par laquelle les autorités publiques, et parfois privées, pourvoient, en utilisant le cas échéant les prérogatives de puissance publique, à la satisfaction de l'intérêt général* »⁵⁷. Alors que le juge constitutionnel se focalise, du fait de ses attributions, sur le processus allant de la préparation de la loi à son adoption, le juge administratif se préoccupe du processus allant de la promulgation à l'application concrète de la norme. C'est ainsi que dès 1864⁵⁸,

54 Voir également pour une analyse approfondie et évolutive de cette problématique : DUCLERCQ Jean-Baptiste, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel* (thèse), LGDJ, 2015.

55 GOESEL-LE-BIHAN Valérie, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil Constitutionnel », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n°22, juin 2007, p. 141.

56 TRUCHET Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence administrative du Conseil d'État* (thèse), LGDJ, 1977

57 WALINE Jean, 2014, op. cit, p.6 / Voir aussi : CHEVALLIER Jacques, « L'intérêt général dans l'administration française », *Revue internationale de sciences administratives*, 1975, pp. 325-350 / LINOTTE Daniel, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Université de Bordeaux, 1975.

58 Conseil d'État, 25 février 1864, Lesbats, recueil p.210.

le juge administratif estime qu'il y a lieu de sanctionner le détournement de pouvoir en ce qu'il représente l'appropriation des prérogatives de puissance publique dans un but ne relevant pas de l'intérêt général. De la même manière, en 1905, il sanctionne l'excès de pouvoir⁵⁹.

De plus, il élabore un corpus jurisprudentiel fondé sur les « démembrements » de l'intérêt général. L'expropriation pour cause d'utilité publique est ainsi adossée à la notion d'intérêt général⁶⁰, tout comme celle d'ordre public⁶¹. Cette tendance peut également être retrouvée de manière prégnante dans l'intégralité de la jurisprudence relative au service public. Cette notion, au sens matériel du terme, connaît une évolution⁶² sans pour autant que son lien direct avec la notion d'intérêt général ne soit remis en cause. Si les acteurs du service public changent, à aucun moment, la Haute juridiction administrative ne remet en cause le fait que le service public soit une déclinaison fonctionnelle de l'intérêt général.

En définitive, l'action publique de l'État est bien fondée tant sur le plan politique que sur le plan juridique par son but : l'accomplissement de l'intérêt général. De l'élaboration de la loi à son application, l'ensemble du droit public français est irrigué par ce lien indestructible entre l'action publique et l'intérêt général : l'action publique de l'État est le moyen juridique permettant d'assurer ou d'accroître l'intérêt général.

59 Conseil d'État, décision n°14220, 14 août 1905, Martin.

60 Par exemple : Conseil d'État, décision n°80804, 20 juin 1971, ville de Sochaux.

61 Par exemple : Conseil d'État, décision n°56377, 8 août 1919, Labonne

62 LEBRETON Gilles, *Droit administratif général*, 4^{ème} édition, Dalloz, pp. 122 à 130. Ainsi, p. 123 : « il n'existe pas une mais trois définitions matérielles. Ces trois définitions, apparues respectivement au 19^{ème} siècle, en 1938 et en 1990 se complètent plus qu'elles ne se concurrencent [...] ».

Initialement, l'intérêt général et l'action publique ne peuvent être envisagés que comme nationaux⁶³, à une période marquée par un certain désordre international et où les pratiques politiques centralisatrices sont la norme. Pour autant, fonder politiquement et juridiquement une action publique territoriale revient à envisager l'existence d'un intérêt général local, ou du moins territorialisé.

C'est tout d'abord l'existence d'un intérêt général dit local qui émerge. Avec les prémisses de l'État-providence au début du 20^{ème} siècle, c'est la jurisprudence qui permet de distinguer intérêt général national et intérêt général local, en élargissant les capacités d'intervention de la Commune, notamment dans le champ économique⁶⁴. La décision « *Casanova* »⁶⁵ reconnaît à la Commune une capacité très large à intervenir si et seulement si cette intervention concerne ses affaires.

Mais c'est principalement avec l'essor des services publics et commerciaux à la suite de l'affaire dite du *bac d'Eloka*⁶⁶ que l'intérêt local sera défini, en particulier au début des années 1930⁶⁷. À la suite de cette dernière décision, il est reconnu à la Commune la capacité d'intervenir pour assurer l'intérêt public. Ainsi, « *l'intérêt*

63 DOUENCE Jean-Claude, « Les incidences du caractère national ou local du service public », *Actualité juridique du droit administratif*, 1997, p.113 : « si la théorie du service public a permis de reconstruire un droit administratif plus en harmonie avec les principes de la démocratie libérale et individualiste dans les rapports entre l'administration et les administrés, elle a fortement estompé la spécificité des libertés locales, dans la mesure où l'intérêt général défini par l'État conditionne leur légitimité »

64 BORDIER Dominique, « Les chassé-croisé de l'intérêt local et de l'intérêt national », *Actualité juridique du droit administratif*, 2007, pp. 2189-2190.

65 Conseil d'État, décision n°94580, 29 mars 1901, *Casanova* : « les conseils municipaux peuvent, dans des exceptionnelles, intervenir pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés. Il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto où exerçait deux médecins ».

66 Tribunal des Conflits, décision n°00706, 22 janvier 1921, *société commerciale de l'ouest africain*, par laquelle le tribunal des conflits reconnaît l'existence de services publics administratifs et de services publics industriels et commerciaux, pour lesquels le droit applicable n'est pas nécessairement le même.

67 Voir également : LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy, DELVOLVÉ Pierre et GENEVOIS Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* – 20^{ème} édition, Dalloz, 2015, p. 254 : « l'intérêt public peut également justifier des initiatives publiques en toutes circonstances. Il n'est plus nécessaire alors de constater la carence de l'initiative privée ».

public peut être municipal ». L'année suivante, l'expression d'« *intérêt public municipal* » sera utilisée par la Haute juridiction administrative⁶⁸. Enfin, en 1933⁶⁹, le juge administratif complète ce dispositif en conditionnant l'utilisation de ce levier par une importance marquée pour la population ciblée.

Pour autant, l'acceptation de cet intérêt local ne se fera que très lentement. Jean-Marie Pontier écrit encore en 1978 qu'il s'agit d'« *un intérêt général territorialisé* ». Il poursuit en hiérarchisant intérêt général et intérêt local : « l'intérêt général n'est pas distinct de l'intérêt national. Il est qualifié de national pour le distinguer de l'intérêt public local, qui peut être un intérêt général à l'égard des intérêts privés locaux, mais peut être considéré comme un intérêt particulier par rapport à l'intérêt national »⁷⁰. On voit l'ambiguïté de la position de la doctrine à l'égard de cette notion dont la légitimité ne convainc pas véritablement. Sur le plan juridictionnel, on note que la Haute juridiction administrative élargit les possibilités de recours à l'intérêt public local⁷¹ définies par l'élargissement de sa jurisprudence « *Nevers* »⁷².

La législation est également réinterrogée par ce mouvement de territorialisation de l'action publique et par le renforcement de la prise en considération de la notion d'intérêt local. Progressivement, les pratiques politiques intègrent la prise en compte d'une réalité issue des territoires composant la nation, réalité qui peut diverger selon les moments ou les thématiques. Les collectivités sont, dès lors,

68 Conseil d'État, 27 février 1931, Giaccardi, recueil p. 225.

69 Conseil d'État, 24 novembre 1933, La solidarité ternoise, recueil p. 1099. Voir à cet égard : BORDIER Dominique, 2007, *op. cit.*, p.2190 : « *l'intérêt public est donc érigé en priorité pour les seuls besoins d'une population localement concentrée, quelle que soit l'activité envisagée, pourvu que celle-ci revête une importance pour le public spécifiquement visé (CE 24 nov. 1933, La Solidarité Ternoise [...])* ».

70 PONTIER Jean-Marie, *L'État et les collectivités locales*, Paris, LGDJ, 1978, p.150.

71 ROMBAUTS-CHABROL Tiphaine, *L'intérêt public local*, thèse de doctorat, Université de Montpellier, 2015, p.53.

72 Conseil d'État, décision n°57680, 17 avril 1964, *Commune de Merville-Francoeur*.

pleinement légitimes politiquement et juridiquement pour conduire toute action publique territoriale, sous réserve qu'un intérêt général local soit en jeu, par le biais de la clause de compétence générale⁷³. On constate que l'acceptation « définitive » de l'idée de l'existence d'un intérêt local est concomitante de la décentralisation, mais cette acceptation n'est pas aussi aisée en ce qui concerne la notion d'action publique territoriale. L'action publique territoriale, comme moyen de satisfaire un intérêt local, acquiert une portée constitutionnelle. C'est également le renforcement de la prise en compte de l'intérêt local, au fondement de la création d'un droit à l'expérimentation pour les collectivités. L'acte II de la décentralisation renforcera davantage les dispositifs juridiques en faveur des collectivités, de manière certainement consécutive à la montée en puissance de la reconnaissance dont elles jouissent : de plus en plus, elles sont des institutions légitimes capables de conduire des actions adaptées pour les territoires dont elles ont la charge sans pour autant remettre en cause l'unité de la nation.

Le recours aux collectivités pour la conduite de l'action publique et la mise en œuvre de politiques publiques adaptées aux besoins et caractéristiques des territoires concernés, ou a minima d'une part de l'action publique, est largement plébiscité, du moins formellement, même si l'action publique territoriale souffre d'une image particulière liée à son degré de performance supposé moindre que celui de l'action publique de l'État⁷⁴.

73 Voir par exemple BONICHOT Catherine et FROMONT Etienne, « les compétences des collectivités locales », *Petites Affiches*, n°95, 14 mai 2001, p. 29 : « la définition des compétences des collectivités locales s'effectue, dans notre droit, de deux manières : la première qualifiée de compétence légale d'attribution consiste en une énumération légale des matières qui composent la compétence. La seconde, dite « clause générale de compétence », consiste en une habilitation générale à agir dans l'intérêt local ».

74 GOURAULT Jacqueline et GUILLAUME Didier, *Rénover le dialogue entre l'État et les collectivités territoriales : une nécessité pour une démocratie apaisée, rapport d'information fait au nom de la délégation aux collectivités territoriales et à la décentralisation*, n°272 (2010-2011), Sénat, 1er février 2011, p. 5

En définitive, Tiphaine Rombauts-Chabrol peut conclure, aux termes d'un récent travail de recherche, que « *c'est avec solidité que le droit administratif [...] révèle la portée conceptuelle comme la variété fonctionnelle [de la notion d'intérêt public local]. Susceptible de constituer une véritable notion juridique autonome, ancrée dans la personnalité morale de droit public des collectivités territoriales et permettant leur singularisation institutionnelle, l'intérêt public local s'inscrit dans l'évolution du droit de la décentralisation avec un contenu finaliste propre, recouvrant la satisfaction des besoins de la population locale* »⁷⁵.

Condition de légalité de l'action publique locale en constant développement, l'intérêt public local ne demande qu'à devenir la clef de voute, à l'heure de sa promotion remarquée par la jurisprudence et de la remise en cause profonde de la théorie de la clause générale de compétence.

II-Un exercice minimaliste

Le principe de la libre administration des collectivités territoriales⁷⁶ est énoncé dans la plupart des constitutions⁷⁷. Il est peut-être la réforme la plus importante de ces dernières années en Afrique noire francophone. Il a instauré dans l'ordre juridique des Etats

75 ROMBAUTS-CHABROL Tiphaine, *L'intérêt public local*, op. cit.

76 Pour TROPER (M.) « *le terme libre administration n'est guère employé par la doctrine française. Celle-ci fait par contre usage du terme « décentralisation* ». Il résulte qu'il est impossible de déterminer à partir des travaux des auteurs français si les deux termes désignent le même concept ou deux concepts différents (« *La libre administration et la théorie du droit* »), TROPER (M.), « Le concept de libre administration », In Moreau (J.), Darcy (G.), dir., *La libre administration des collectivités locales*, Paris, Economica-PUAM, Coll. « Droit public positif », 1984, pp. 57 et s). Elle enrichit la notion de décentralisation puisqu'elle met l'accent sur les libertés locales. Le Conseil constitutionnel français a posé un certain nombre de règles déterminant son contenu : l'existence d'un conseil élu doté d'attributions effectives (CC 85-196 DC du 8 août 1985, Rec.CC.63), protection des compétences de l'assemblée élue (CC 91-290 DC du 9 mai 1991, Rec.CC.50), la péréquation entre collectivités, des ressources financières propres (art.72-2 const. Française), la protection des prérogatives de l'Etat (CC. 82-137 DC du 25 février 1982, Rec.CC38). Voir BACCOYANNIS (C.), *Le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales*, Paris, Economica-PUAM, 1993, 319 p.

77 Article 102 de la constitution sénégalaise du 22 janvier 2001 ; art.145 de la constitution du Burkina Faso du 2 juin 1991 ; art. 174 du Congo du 20 janvier 2002 ; art. 98 de la constitution du Mali du 25 février 1992 ; art.141 de la constitution du Togo du 14 octobre 1992

de nouvelles répartitions de compétences et des ressources entre les différents niveaux. En constitutionnalisant la décentralisation, ces Etats ont même devancé le constituant français⁷⁸. C'est en effet dans et par la gestion des affaires locales⁷⁹ que le peuple « *libère ses énergies créatrices et a effectivement conscience d'assurer son destin* »⁸⁰.

Malheureusement, cette célébration du rôle du citoyen reste utopique, car dans la pratique il est soigneusement mis à l'écart du processus décisionnel (A) et reste de ce fait le grand oublié des réformes (B).

A- Une mise à l'écart du citoyen

L'éloignement du citoyen des instances décisionnelles se manifeste par le seul niveau de décentralisation retenu par le législateur béninois. Ce niveau rend insuffisamment compte des réalités à la base. On peut donc s'interroger avec Diane GANDONOU parlant du cas béninois, sur le choix du prochain palier de la décentralisation au Bénin : « *Serait-ce un niveau géographique supérieur à la commune comme les tendances actuelles semblent le montrer ? Ou devrait-on plutôt oser et ramener le processus à un niveau géographique inférieur à celui de la commune, notamment au niveau des villages et des quartiers de ville ?* »⁸¹. On pourrait ajouter à ces préoccupations celle de l'effectivité de l'extension à tous les autres niveaux que la loi a voulu progressive en faisant de la commune une étape transitoire dans les processus de décentralisation.

78 La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 marque une nouvelle étape de la décentralisation française, après celle du 2 mars 1982. L'article 1er de la constitution mentionne désormais que la République « est décentralisée ». Voir, *AJDA* Dossier, La révision constitutionnelle sur la décentralisation, n°11, 2003 ; *RFDA* 2003, pp.661-691 ; *RFDA* 2004, pp.7-68.

79 Pour CHAPUISAT (L.J), « *La gestion des affaires locales renvoie a priori aux fondements de la décentralisation. Elle renvoie au principe de spécialité des personnes morales. Les auteurs sont nombreux à souligner que le critère des affaires locales est introuvable. Sur le plan juridique, faute de trouver un critère acceptable, on est forcé d'admettre que les affaires locales sont celles pour lesquelles la compétence est reconnue par le législateur aux collectivités* », CHAPUISAT (L.J), *La notion d'affaires locales*, thèse, Paris, 1972, p.73 ; PONTIER (J.M.), « *Semper manet. Sur une clause générale de compétence* », *RDP* 1984, pp.1443-1453.

80 Lire FALL (I.M.), « *Le contrôle de légalité des actes des collectivités locales au Sénégal* », *Rev. EDJA* 2004, n° 63, pp. 67 et s.

81 GANDONOU (O. D.), *Le village ou le quartier, démembrement administratif exclusif dans la commune au Bénin*, op. cit., p. 55.

Pour l'heure, et ce après 23 ans d'expérience de décentralisation, le législateur béninois opte pour le *statut quo* non seulement en conservant ce seul niveau de décentralisation dans ses dernières réformes mais aussi en prolongeant ainsi une transition qui devient interminable.

Or, cela a été démontré supra que, ni la commune ni l'arrondissement ne constituent la base de la structure administrative au Bénin. Cette base est constituée du village et du quartier de ville. Le développement à la base reviendrait donc à favoriser le développement de ceux-ci en vue d'une réalisation effective du développement à la fois de l'arrondissement et de la commune ; c'est-à-dire du développement local. Ce serait donc en se servant des villages et quartiers de ville comme points d'impulsion que la dynamique du développement local pourrait prendre son essor. En clair, la dynamique du développement devrait partir de la base, de l'infra-local, pour remonter vers le local et finalement vers le national. Il s'agit là d'une conception non marginale qui consiste à prendre en compte dans la recherche du développement, la réalité native des peuples⁸² ou les réalités propres à chaque peuple que traduit le concept du développement endogène⁸³.

L'autre motif d'interrogation reste la redistribution des attributions du maire. Alors que la doctrine⁸⁴ milite pour l'élection du maire au suffrage universel direct, afin que le citoyen choisisse directement celui qui va présider à ses destinées au niveau local, le législateur de 2021, a plutôt redistribué les attributions du maire entre le conseil de supervision et le Secrétaire Exécutif de la commune. Cette redistribution vide les attributions initiales du maire de leur substance faisant ainsi du maire un organe de veille : « *Le maire veille à la bonne gestion de l'administration*

82 KOUASSIGAN (G.), *L'Afrique : Révolution ou diversité des possibles*, Paris, L'Harmattan, 1987, p. 136.

83 KI-ZERBO (J.), (dir.), *La natte des autres pour un développement endogène de l'Afrique*, Dakar, COSDERIA, 1992, 494 p.

84 DEHOTIN (M. W.), *L'intercommunalité au Bénin, au Burkina Faso et au Sénégal*, Thèse de doctorat, Université d'Abomey-Calavi, 2020, p.404 ; ROSANVALLON (P.), *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998, p.123.

de la commune par le secrétaire exécutif »⁸⁵. Le système d'élection au second degré des exécutifs communaux accroît cet écart entre les représentants et les représentés. La légitimité politique des élus communaux constitue une garantie pour le respect de la démocratie. « *La démocratie représentative a toujours été marquée par la tension entre son principe politique qui consacre la puissance d'un sujet collectif et le principe sociologique qui conduit à en dissoudre la consistance par la naissance d'une aristocratie électorale* » et à en réduire la visibilité »⁸⁶.

En définitive, la réalisation des deux objectifs de la décentralisation que sont la démocratie à la base et le développement à la base, ne peut se faire qu'en considérant le village et le quartier de ville ; ce qui les place au cœur même de la décentralisation. Leur concéder donc tous les attributs d'une collectivité décentralisée, serait un moyen de donner une meilleure chance de réussite au processus de décentralisation actuellement en cours au Bénin. C'est dans ce sens que Philippe ARDANT affirme que « *le citoyen est la clé de voûte de la démocratie* » et par conséquent, il n'y a « *pas de citoyen sans démocratie, pas de démocratie sans citoyen* »⁸⁷. Les populations choisiront librement et c'est le début de toute démarche de transparence et d'application de la démocratie. Une telle démarche oblige à un contrôle citoyen.

B- Un contrôle citoyen limité

Pendant longtemps⁸⁸, le silence de l'administré était la règle⁸⁹; ce qui fit dire au président Kéba Mbaye que « *dans les pays d'Afrique noire, la passivité est plutôt la règle. La majorité de la population vit dans la*

85 Voir la loi n° 2021-14 du 20 décembre 2021, *op. cit.*, article 106.

86 ROSANVALLON (P.), *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998, p.123.

87 ARDANT (Ph.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, p. 151.

88 AHADZI-KOFFI (N.), « Droits de l'homme et développement : théories et réalités », *In Mélanges Yves MADIOT*, Bruylant, 1998, p. 107 ; CABANIS (A.G.) « Droits et libertés en Afrique francophone : perspectives constitutionnelles contemporaines », *In Mélanges Jacques MOURGEON*, Bruylant, 1998, pp. 319 et s.

89 BENOIT (F.P.), *Le droit administratif français*, Paris, Dalloz, 1968, p.76.

crainte de l'Etat et en dehors de l'Etat »⁹⁰. Si la première monographie consacrée au phénomène général de la participation des administrés à l'action administrative est publiée en 1930⁹¹, et si Maurice Hauriou inclut celui-ci, semble-t-il, pour la première fois, dans une théorie générale du droit administratif⁹², la question retient de plus en plus l'attention des juristes⁹³. La « participation » est devenue une idée à la mode, une « *potion magique* » parée de nombreuses vertus et autour de laquelle se réalise un réel consensus politique⁹⁴ ; tant et si bien qu'on a pu parler d'une « *administration négociée* »⁹⁵. Le rapport d'information du Sénat français d'Yves Krattinger et Jacqueline Gourault intitulé : « *Faire confiance à l'intelligence territoriale* »⁹⁶ met d'ailleurs en exergue dans son titre même l'évolution significative des mentalités et la hausse de la confiance dont peuvent jouir les collectivités territoriales au début du 21^{ème} siècle. La territorialisation de l'action publique, et par extension la reconnaissance d'une action publique territoriale légitime sur le plan à la fois politique, institutionnel et juridique, semble dès lors acquise.

Hubert Hubrecht et Sylvain Mage relèvent cette évolution : « *le contrôle sur l'action publique territoriale n'est plus seulement un contrôle de légalité* »⁹⁷. Des considérations relatives à son efficience, à son efficacité et à son opportunité voient le jour.

90 Revue des Droits de l'homme, 1969, vol. II, p. 391.

91 GENY (B.), *La collaboration des particuliers avec l'administration*, thèse, Nancy, 1930, p.52.

92 HAURIOU (M.), *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1919, p. 39.

93 V. L'importante bibliographie donnée par Bénédicte DELAUNAY dans sa thèse : *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés*, Paris, LGDJ, 1993.

94 DEBBASCH (Ch.), « La participation à facette, une potion magique », *Le Monde* du 21 décembre 1974.

95 GREGOIRE (R.), « Mutations », *Esprit*, n° spécial sur l'Administration, Janvier 1979, p. 160.

96 KRATTINGER (Y.), GOURAULT (J.), *Faire confiance à l'intelligence territoriale*, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information sur l'organisation et l'évolution des collectivités territoriales, n°471 (2008-2009), Sénat, 17 juin 2009.

97 Pour HUBRECHT (H.) et MAGE (S.) « *si les instruments nécessaires à la régulation du fonctionnement des structures territoriales étaient ainsi mis en place, les vingt années écoulées ont montré une réelle mise en cause des modèles classiques [et notamment du contrôle de légalité] et nécessite l'émergence de nouveaux modes de mesure de la pertinence de l'action publique* ». HUBRECHT (H.), MAGE (S.), « Action publique locale et décentralisation », *Supplément La gazette des Communes, des Départements et des Régions*, n°18, 1962, 5 mai 2003, p. 228.

Cela atteste de la crédibilité politique acquise. Il s'agit indéniablement d'une nouvelle conception de l'action publique territoriale. Cette dernière a été pénétrée par une tension entre son aspect légal et les impératifs de gestion locale, par le remplacement de la notion juridique de compétence par celle, plus floue, de mission des collectivités et, enfin, par l'appropriation récente et forte de la notion de territoire par les acteurs publics⁹⁸. Elle est également marquée par un recours accru à des procédures de contractualisation⁹⁹. Pour GAILLARD Brice, « *si l'action publique territoriale voit sa légitimité consacrée, c'est d'une part parce qu'elle apparaît comme la plus à même de répondre à des exigences d'intérêt local. C'est d'autre part car le vocable d'action publique territoriale, qui a remplacé celui d'action publique locale, indique une professionnalisation de l'approche des politiques publiques dans la pratique et un développement de la recherche académique sur cette thématique* »¹⁰⁰. Il semble que « *l'évolution sémantique du local vers le territorial offre un cas intéressant de réenchantement de l'action publique sur les leitmotivs de l'efficacité et de la proximité : d'une part, la formule semble signifier un mouvement de professionnalisation des interventions publiques directement impulsé par les collectivités locales ; d'autre part elle suggère que ces mesures et programmes possèdent un supplément d'âme dès lors que les individus sont au plus près de la décision publique* »¹⁰¹.

98 POTIER (V.) et BENCIVENGA (M.), Évaluation des politiques locales, Paris, Le Moniteur, 2005, p. 13.

99 GENARD (J-L.) et JACOB (S.), « Évaluation et territorialisation de l'action publique », In JACOB (S.), VARONE (F.) et GENARD (J-L.) (dir.), *L'évaluation des politiques au niveau régional*, P.I.E. Peter Lang, 2007, p. 29.

100 GAILLARD (B.), *op. cit.*, p.36.

101 FAURE (A.), « Action publique territoriale », In PASQUIER (R.), GUIGNER (S.) et COLE (A.) (dir.), *Dictionnaire des politiques territoriales*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 27.

Le contrôle citoyen de l'action publique¹⁰² renvoie donc au processus qui vise à renforcer la performance¹⁰³ des collectivités locales à travers un engagement civique et une participation active des citoyens afin d'instaurer une culture de la transparence et de l'inclusion et d'amener les élus et les organes de gestion des collectivités locales à rendre compte de leurs décisions. Il vise l'efficacité du développement, le renforcement des moyens d'action des populations, la responsabilité sociale¹⁰⁴ pour la Gouvernance locale, l'efficacité croissante des actions de développement à travers une meilleure prestation des services publics et une conception plus éclairée des politiques, une meilleure circulation des informations en vue de mieux entendre la voix des citoyens, d'encourager le dialogue et la consultation, en créant des incitations pour améliorer les rendements, une prise de décisions plus transparente, plus participative et plus favorable à la majorité ; l'implication, la participation et le soutien des citoyens à travers l'instauration d'un dialogue permanent entre décideurs et citoyens favorisant l'engagement civique et la participation citoyenne, l'appréciation des problèmes de développement à résoudre,

-
- 102 Pour CAILLOSSE (J.), « *L'action publique apparaît comme la manifestation de la recherche de l'intérêt général par les pouvoirs publics au niveau de l'État. L'intérêt général se trouve au fondement même de l'action publique et ceci au minimum depuis l'émergence de la pensée des Lumières. Cela étant, on assiste, durant le 20ème siècle, à une territorialisation de ces notions qui permet de définir l'action publique territoriale comme étant la manifestation de la recherche d'un intérêt local donné qui n'est pas forcément de périmètre étatique* ». CAILLOSSE (J.) « Le droit administratif contre la performance publique », *AJDA*, 1999, pp. 195-211 ; [De même], « *L'action publique territoriale [est un champ d'études situé] entre « droit » et « sciences du politique »* ». *Et de poursuivre p. 219* : « quelques enseignements méthodologiques semblent pouvoir être tirés, qui intéressent tant la communauté des juristes [...] que celle des chercheurs - qu'ils soient politistes, sociologues ou encore économistes - engagés sur le front très particulier de l'analyse des politiques publiques », CAILLOSSE (J.), « Le Droit administratif au service de la performance », Paris, LGDJ, 2015, p. 217 ; lire aussi BAUBY (P.) et ROUQUAN (O.), « Évaluation de l'action publique territoriale, Territoires 21 », *Réforme territoriale – Vers plus d'efficacité et d'égalité ?*, Fondation Jean Jaurès, « Les Essais », août 2015, p. 2 ; MATYJASIK (N.), « Propos réflexifs sur l'évaluation des politiques publiques comme vecteur de changement dans l'administration », *Pyramides*, n°10/2005, pp.126-138.
- 103 GAILLARD (B.), *La performance de l'action publique territoriale : étude sur l'appropriation des démarches de performance au niveau local*, Thèse, Science politique. Université de Bordeaux, 2016, p. 23.
- 104 BRAS (J-P.), ORANGE (G.), « Risques et légitimité de l'action publique locale : heurs et malheurs d'une collectivité territoriale dans ses interventions économiques ». *In Politiques et management public*, vol. 23, n° 4, 2005, pp. 15-18.. Lire aussi « Le management public à l'épreuve de la politique », Actes du quatorzième Colloque international - Bordeaux, jeudi 17 mars et vendredi 18 mars 2005 organisé en collaboration avec Sciences-Po Bordeaux - Tome 2, pp. 53-72.

la contribution et le soutien aux décideurs, l'acquittement du citoyen de ses devoirs vis-à-vis de *l'administration publique*¹⁰⁵. Il s'agit donc d'un système de contrôle qui responsabilise le citoyen et l'incite à accomplir ses devoirs vis-à-vis de la collectivité. Mais dans la pratique africaine de décentralisation, ce contrôle reste largement ignoré du citoyen.

Si en France, l'idée que la décentralisation des compétences¹⁰⁶ doit s'accompagner de l'accroissement de l'expression directe des citoyens à travers le droit de pétition et le référendum local¹⁰⁷, il n'en est pas de même dans les Etats d'Afrique francophone tel que le Bénin. En effet, aux termes de l'article 72-1, alinéa 1^{er}, « *dans les conditions prévues par la loi, un droit de pétition est accordé aux collectivités territoriales* ». Ce droit permet aux électeurs d'obtenir l'inscription à l'ordre du jour de l'assemblée délibérante de leur circonscription une question relevant de sa compétence, et la possibilité pour la collectivité de transformer ce droit de pétition en référendum valant décision.

L'alinéa 2 du même article envisage la possibilité de faire adopter des actes d'une collectivité territoriale par les électeurs de celle-ci « *par la voie du référendum* ». Il s'agit d'un « *référendum-décision* »¹⁰⁸ et non plus seulement consultatif. Le référendum décisionnel est une

105 L'administration publique, c'est-à-dire l'organe conduisant l'action publique, s'est vue définir comme étant « *l'ensemble des activités qui tendent au maintien de l'ordre public et à la satisfaction des autres besoins d'intérêt général* » Lire à ce propos VEDEL (G.), *Droit administratif*, Paris, PUF, 1992, p22. DEBBASCH (Ch.) et COLIN (F.), *Droit administratif*, Paris, Economica, 2011, p. 6. Pour DE LAUBADERE (A.), « *Il existe certes des divergences doctrinales sur la place à accorder à l'intérêt général : mais qu'il s'agisse là de la notion clé fondant le droit public et donc l'action publique ou non, cette notion anime effectivement tout le droit administratif* », DE LAUBADERE (A.), *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1979, p. 52. A minima, il est possible d'affirmer que le but de l'administration est la satisfaction de l'intérêt public ou intérêt général. Cette analyse est très largement partagée. On se référera à :

- RIVERO (J.), *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, p. 8.

- WALINE (J.), *Droit administratif* (précis), Paris, Dalloz, 2014, p. 10.

- FRIER (P.-L.) et PETIT (J.), *Droit administratif*, Paris, LGDJ, 2013, p. 15 Pour ces auteurs « *Sa mission [la mission de l'État] est donc fondamentalement liée à l'intérêt général [...]* ». *Bien que le contenu juridique de la conception française de l'intérêt général puisse prêter à débat* ».

106 DUPUIS (G.), GUEDON (M.-J.), CHRETIEN (P.), *Droit administratif*, Paris, Sirey, 2010, p. 3.

107 V. VERPEAUX (M.), « Référendum local, consultations locales et Constitution », *AJDA*, 2003, p. 540.

108 V. La distinction opérée par VERPEAUX (M.), entre le « référendum-décision » et le « référendum consentement » *In Le référendum local outre-mer, op. cit.*, pp. 95-103.

innovation importante dans le droit local français demeuré assez rétif à l'introduction de cette forme de démocratie directe. En effet, sous l'ancienne législation, le droit local français n'a connu que la démocratie représentative à travers l'article 72, alinéa 2 qui disposait que « *les collectivités territoriales s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions prévues par la loi* ». Sur cette base, la loi dite ATR du 6 février 1992 et la loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire du 4 février 1995 aménageaient (uniquement pour les communes) des formes de consultations ayant valeur de simples avis.

Dans le même ordre d'idées, le législateur peut consulter les électeurs dans deux hypothèses : la création d'une collectivité à statut particulier ou la modification de son organisation¹⁰⁹. Par ailleurs, le nouvel article 73, alinéa 7 impose une consultation obligatoire préalable des électeurs en cas de mise en place d'une collectivité unique au sein des départements et des régions d'outre-mer d'une part, et d'une région monodépartementale et un département d'outre-mer¹¹⁰ d'autre part.

La loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local, approuvée par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2003-482 DC du 30 juillet 2003, a précisé certains contours du référendum. Ainsi par exemple, la décision doit être prise par les électeurs, c'est-à-dire les électeurs français et les citoyens de l'Union européenne résidant en France ; les actes concernés sont tous les actes locaux, c'est-à-dire les actes de l'assemblée délibérante et les actes de l'organe exécutif agissant au nom de la collectivité, mais à l'exclusion notable des actes individuels ; enfin, toutes les collectivités territoriales énumérées dans

109 La première application de cette disposition a été faite par le référendum organisé en Corse par la loi du 10 juin 2003.

110 Sur ce point, voir VERPEAUX (M.), « Le référendum local outre-mer » In GAUDEMET (Y.) et GOHIN (O.), (dir), *La République décentralisée, op. cit.*, p. 106.

la Constitution sont également concernés. Cette avancée de la démocratie locale en France n'a pas inspiré les législateurs africains qui se sont contentés de limiter la participation des citoyens aux décisions à la possibilité pour les conseils locaux de rendre certaines de leurs séances publiques¹¹¹. Ce faisant, ils réduisent les citoyens au rôle de spectateur et qui ne pourront qu'apprécier les décisions après coup¹¹². En rendant payant les copies des délibérations communales, le législateur béninois limite ainsi l'accès des citoyens aux informations les concernant. En plus de ces limites, peu de citoyens savent qu'ils ont le droit d'assister aux séances des conseils municipaux ou communaux. Et pour ceux qui en savent, ils ne disposent pas du temps matériel, rendant ainsi pratiquement inexistantes aussi bien la participation que le contrôle des actions publiques communales.

En outre, la longue tradition d'administration de commandement de 1960 à 2002, cause la mauvaise appropriation des principes démocratiques par les autorités et les populations. L'analphabétisme de la majorité des citoyens à la base pose le problème d'interlocuteur valable. L'inexistence d'une base juridique claire soumet le contrôle à la volonté de collaboration des élus locaux. Ceux-ci, imbus de leur légitimité électorale y déroberont facilement. Aussi, assimileront-ils l'action de la société civile à l'oriflamme de l'opposition au conseil communal ou municipal. Ce qui provoque des tensions entre autorités et populations. Une appropriation de l'outil par le gouvernement et son appui permettront son acceptation au plan local. Ce qui aura pour conséquence d'éviter la dispersion des ressources transférées et d'espérer leur bonne gestion. Toutefois, le contrôle

111 Lire l'article 30 de la loi 97-029 du 15 janvier 1999 portant organisation des communes en République du Bénin.

112 *Idem.*, article 34 : « Toute personne a le droit de consulter sur place le procès-verbal et/ou le compte rendu des délibérations du conseil communal, les divers actes communaux et d'en prendre copie en ses frais... ».

citoyen de l'action publique apparait comme un outil de sanction morale et politique quand il débouche sur les constats de mauvaise gouvernance locale. Mais loin de cet idéal, les collectivités locales sont toujours à la quête du transfert effectif de leurs compétences.

LE CONTENTIEUX DE L'INSCRIPTION SUR LA LISTE
ÉLECTORALE DEVANT LA COUR CONSTITUTIONNELLE
DU BÉNIN

Constant SOHODE

Docteur en Droit public de l'Université d'Abomey-Calavi.

L'Afrique francophone est « *comme un désert de la démocratie, un champ de ruines démocratiques. Les belles architectures et constructions érigées pour le rayonnement de la démocratie en 1990 sont progressivement laissées à l'abandon, quand elles ne sont pas purement et simplement saccagées. Elles sont devenues dans le meilleur des cas un musée de contemplation des valeurs démocratiques, car les réformes initiées dans la dernière décennie du XXe siècle n'ont souvent eu que des effets formels* »¹. Cet état des lieux chaotique, dressé par le Professeur Théodore HOLO, est communément partagé pour la majorité des pays de l'Afrique francophone, à l'exception de quelques-uns dont le Bénin. La reconnaissance du modèle démocratique béninois semble en effet faire l'unanimité sur le continent et même au-delà. C'est ce que confirme le Professeur Djedjro Francisco MELEDJE lorsqu'il affirme que « *dans certains États comme le Bénin, la République sud-africaine et le Ghana, les règles de la compétition électorale s'enracinent progressivement ; les contestations se résolvent devant le juge des élections et dans une atmosphère qui est, tout compte fait, celle d'élections démocratiques* »².

1 HOLO (T.), « Démocratie revitalisée ou démocratie émasculée ? Les constitutions du renouveau démocratique dans les États d'Afrique de l'espace francophone africain : régime juridique et système politique », *RBSJA*, n°16, 2006, p. 17-41.

2 MELEDJE (D. F.), « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs*, n°129, 2009, p.141.

Le premier facteur qui ferait du Bénin un modèle démocratique est que ce pays a « joué un rôle pionnier »³ en matière de démocratisation en Afrique, car étant le premier Etat en Afrique francophone à épouser l'ère du « Renouveau démocratique »⁴ en proclamant son adhésion au « *gouvernement du peuple par le peuple* »⁵. A compter de son historique Conférence des forces vives de la Nation, la démocratie pluraliste est devenue, partout en Afrique francophone, « *une expression à la mode ; pour ce faire, l'élection est présentée comme étant le mode normal de manifestation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes.* »⁶.

Le deuxième indice de la vitalité de la démocratie béninoise est que le juge constitutionnel béninois est devenu, au passage, l'un des garants de l'alternance politique⁷. En effet, pour que l'expression du peuple soit fidèle à sa volonté, la Constitution béninoise a confié la régularité des opérations du référendum, de l'élection du Président de la République et des membres du Parlement à une juridiction constitutionnelle qui doit statuer sur le contentieux de ces consultations et élections. La vitalité de la démocratie est en lien étroit avec l'organisation des élections crédible. Bien entendu, « *même si elles ne sauraient à elles seules être un gage de démocratie, elles n'en sont pas moins, quelles que soient leurs limites, une condition nécessaire du développement démocratique* »⁸. A ce titre, il est attesté que « *le droit électoral duquel émerge le contentieux électoral connaît à l'heure actuelle une extension aussi large que*

3 AHADZI-NONOU (K.), « Contentieux électoral et cours constitutionnelles en Afrique noire francophone », *Constitution : Revue de droit constitutionnel appliqué*, N° 3, 2019, p.319.

4 *Ibid.*

5 KONTCHOU KOUOMEGNI (A.), « Vers un nouveau modèle de contrôle de la constitutionnalité des lois au Cameroun », in CONAC (G.) (dir.), *Les Cours suprêmes en Afrique*, Economica, 1989, p. 44.

6 AHADZI-NONOU (K.), « Contentieux électoral et cours constitutionnelles en Afrique noire francophone », *op cit*, p.319.

7 SOMALI (K.), « Les élections présidentielles devant le juge constitutionnel. Étude de cas des États d'Afrique noire francophone », *op cit*, p. 1291.

8 KOKOROKO (D.), « Les élections disputées : réussites et échecs », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, n°129, 2009, p. 115.

la démocratie puisqu'il se trouve inscrit aussi bien dans les actes juridiques des pays développés que dans celui des États nouveaux. »⁹. L'efficacité de la gestion du contentieux électoral est donc facteur de consolidation de la démocratie.

Le contentieux électoral se définit comme cette branche particulière du contentieux qui traite des litiges qui sont relatifs au processus électoral et qui vise notamment à vérifier la régularité externe et interne d'un tel processus.¹⁰ Certes, il est classique de distinguer trois phases dans le déroulement d'une élection : les phases pré-électorale, électorale et postélectorale.¹¹ À ces trois phases, correspondent respectivement les activités préalables au scrutin, celles qui sont menées pendant le vote et celles qui lui sont postérieures. Les premières concernent l'établissement des listes électorales, l'enregistrement des candidatures et l'organisation de la campagne électorale.¹² Néanmoins, le contentieux qui découle de l'élection est soit préélectoral ou post électoral.

Le contentieux électoral peut se situer avant l'élection. On le qualifie de contentieux préélectoral avec l'idée que des contestations peuvent surgir avant l'élection. C'est le problème des listes des électeurs, celui du dépôt des candidatures, celui de l'organisation de la campagne électorale. Ainsi, « *le juge constitutionnel peut, d'abord, se prononcer - avant les élections - sur la constitutionnalité des normes qui organisent le scrutin. Les contestations peuvent porter sur les objets les plus divers : l'établissement des circonscriptions électorales, la règle des quotas, les conditions d'éligibilité, les seuils électoraux,*

9 MELEDJE (D. F.), « Le contentieux électoral en Afrique », *op cit*, p.141.

10 DELPEREE (F.), BRUCE (E.), CACQUERAY (S. DE), NICOLAS (G.), SCIORTINO-BAYART (S.), « Le contentieux électoral. », in : *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 12-1996, 1997, L'école, la religion et la Constitution - Constitution et élections, p. 397.

11 AHADZI-NONOU (K.), « Contentieux électoral et cours constitutionnelles en Afrique noire francophone », *op cit*, p.319.

12 *Ibid*, p.320.

*le régime de dévolution des sièges, le financement des partis... »¹³. Cependant, il convient de souligner que l'action préalable du juge constitutionnel qui consiste à vérifier la constitutionnalité des lois électorales n'entre pas, *stricto sensu*, dans ce contentieux. Lorsqu'ils veillent à la régularité des élections nationales, les membres de juridictions constitutionnelles ne contrôlent pas la conformité d'un acte à la Constitution. Ils ne se « dénaturent » pas pour autant, mais exercent une mission différente, une dualité de fonction contentieuse en quelque sorte.*

Le contentieux peut intervenir après l'élection. C'est le contentieux post électoral. De nouvelles vérifications peuvent s'instaurer. Il s'agit, *grosso modo*, « *de s'interroger sur la régularité du processus électoral qui s'est développé* »¹⁴. Au cœur du contentieux électoral, les « *juridictions doivent donc veiller à ce que les opérations soient conformes aux règles édictées notamment par la Constitution et les lois électorales. Elles peuvent le faire d'office mais elles sont généralement saisies par les parties intéressées qui contestent la validité de tout ou partie des opérations. Or le règlement de ces litiges s'avère particulièrement délicat, car les textes qui régissent le contentieux ne sont pas toujours simples à appliquer, ce qui soulève des contestations.* »¹⁵.

Au Bénin, émergent et se développent, avec une densité sans précédent, des réclamations d'inscription sur la liste électorale devant le juge constitutionnel. Cela atteste de l'attachement du peuple béninois à l'exercice de son droit de vote. Comme le fait remarquer le professeur Michel De Villiers, l'inscription sur la liste

13 DELPEREE (F.), BRUCE (E.), CACQUERAY (S. DE), NICOLAS (G.), SCIORTINO-BAYART (S.), « Le contentieux électoral. », *op. cit.*, p. 401.

14 *Ibid.*, p. 397.

15 AHADZI-NONOU (K.), « Contentieux électoral et cours constitutionnelles en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p.320.

électorale est la « *condition indispensable pour que l'électeur qui jouit du droit de vote puisse l'exercer* ». ¹⁶

La liste électorale utilisée au Bénin depuis 2011 était la LEPI¹⁷. Désormais, c'est la Liste Electorale Informatisée (LEI). En effet, au terme de l'article 6 du code électoral de 2019, « *les élections se font avec une liste électorale informatisée (LEI)* ». Les élections ont donc lieu sur la base de la LEI. C'est une liste unique, exhaustive et nationale avec photos de tous les citoyens en âge de voter. Elle est établie sur tout l'ensemble du territoire national¹⁸. L'exactitude et la pertinence des données électorales doivent être rigoureusement vérifiées par toute autorité intervenant dans le processus électoral. A défaut de ces critères, la Cour constitutionnelle peut être saisie pour autoriser la rectification. C'est pourquoi tout citoyen peut présenter une réclamation en inscription ou en radiation devant la Cour Constitutionnelle. Il en découle un contentieux de l'inscription sur la liste électorale. A partir de là, la question principale au cœur de cette étude est de savoir quelles sont les différentes étapes du contentieux de la liste électorale devant la Cour constitutionnelle du Bénin.

La réponse à cette question n'est pas sans intérêt. En effet, la qualité de la gestion de la liste électorale est un des tous premiers indicateurs de la nature polyarchique du système politique puisqu'elle comptabilise les électeurs inscrits et révèle d'éventuelles manipulations de la part des autorités qui l'élaborent et l'utilisent. L'importance de disposer

16 Voir DE VILLIERS (M.), *Dictionnaire du droit constitutionnel*, Paris, Armand Colin, 5ème édition, 2005, p. 103.

17 Liste Electorale Permanente Informatisée.

18 L'article 120 du code électoral dispose : « La liste électorale informatisée est une liste numérique unique, exhaustive et nationale avec photo de tous les citoyens en âge de voter pour toutes les élections organisées dans une même année.

Elle est une liste exhaustive avec photo de tous les citoyens en âge de voter.

La liste électorale informatisée est extraite du registre national ; il est le résultat d'opérations du recensement administratif à vocation d'identification des personnes physiques (RAVIP) et du traitement automatisé d'informations nominatives, personnelles et biométriques obtenues sur l'ensemble du territoire national et à l'étranger, dans les ambassades et consulats de la République du Bénin. ».

d'une liste électorale fiable s'est fait ressentir lors de l'élection présidentielle de mars 2001. En effet, entre les deux tours de l'élection, le nombre d'électeurs inscrits a varié sensiblement. Au niveau de la Cour constitutionnelle, la proclamation des résultats du 1^{er} tour du scrutin mentionnait le nombre d'électeurs inscrits à 2.748.479¹⁹. A la suite d'une réclamation en rectification d'erreur matérielle du candidat Mathieu Kérékou, ce nombre est passé à 3.034.471²⁰. Au deuxième tour du scrutin, la Cour annonce, dans sa décision-proclamation des résultats, que le nombre d'électeurs inscrits relevé par elle est de 3.152.365²¹. Ces chiffres sont encore totalement différents de ceux de la CENA. Avec l'avènement de la Liste Electorale Permanente Informatisée (LEPI) ou la Liste Electorale Informatisée (LEI), de tels risques de décalage sont réduits.

Le débat doctrinaire autour du contentieux de la liste électorale n'est pas détachable de celui, plus global, du contentieux préélectoral. A ce sujet, la question se pose de savoir si les litiges relatifs aux opérations préélectorales gagnent à être résolus avant l'élection. Le mieux ne serait-il pas d'attendre l'élection et de reporter à plus tard le règlement de l'ensemble de ces difficultés ? La question est fondamentale puisque c'est celle du sens d'un contentieux préélectoral. Le Professeur Francis Delperée et autres rapportent que deux écoles de pensée s'expriment à ce sujet.

La première école tenait à privilégier le contrôle *a priori*. Il ne sert à rien de laisser se développer un processus électoral que l'on sait vicié ou faussé dès le départ. Il ne sert à rien de laisser se multiplier des fraudes et des irrégularités dont on devine l'effet déterminant sur les résultats du scrutin. Autant « tuer dans l'œuf » ces irrégularités, en censurant, dès avant le scrutin, les violations de

19 Recueil des décisions, Elections présidentielles, 2001, p.181.

20 *Ibid*, p. 185.

21 *Ibid*, p.262.

la loi et en réprimant sans délai les infractions.²² La deuxième thèse est celle d'un contentieux post électoral et donc d'un contrôle qui, par définition, se situe *a posteriori*. Les irrégularités qui pourraient être révélées avant l'élection n'auront peut-être aucune incidence sur les résultats de celle-ci. Pourquoi ne pas globaliser l'examen des litiges ? Pourquoi ne pas reporter cet examen à l'après élection et attendre l'issue du scrutin ? L'argumentation est simple. Il ne sert à rien de chercher à statuer dans la précipitation - dans les semaines, dans les jours qui suivent l'infraction. La matière est trop délicate pour justifier un contentieux précipité. La justice expéditive n'a pas de sens²³.

Il est à retenir qu'aujourd'hui, la première école de pensée l'emporte sur la seconde en ce qui concerne le point particulier du contentieux des listes électorales. Les irrégularités entrant dans ce cadre sont, en effet, manifestes, très facilement identifiables et susceptibles d'être corrigées avant le jour du scrutin. Par conséquent, elles peuvent faire l'objet, dans l'immédiat, d'un premier examen voire d'une censure. Le contentieux préélectoral se justifie pleinement à ce niveau.

Il s'agira dans cet esprit et à travers une démarche à la fois analytique et comparative, d'analyser sommairement le contentieux de la liste électorale devant le juge électoral. Pour ce faire, il convient d'articuler la réflexion autour de deux axes essentiellement : d'abord, les tenants du contentieux (I) et ensuite, les aboutissants du contentieux (II).

I- Les tenants de la décision de la Cour

Depuis 1990, l'histoire des élections en Afrique est celle d'un enchâssement croissant des modalités de leur organisation dans un système de règles contraignantes et leur soumission à un contrôle juridictionnel serré sans lequel la volonté du corps électoral ne peut

22 DELPEREE (F.), BRUCE (E.), CACQUERAY (S. DE), NICOLAS (G.), SCIORTINO-BAYART (S.), « Le contentieux électoral. », *op cit*, p. 397.

23 *Ibid*, p. 397.

être que trahie.²⁴ Le Bénin en est la parfaite illustration. Dans sa mission de régulation des élections politiques nationales, en général, et de la liste électorale, en particulier, le juge constitutionnel béninois s'affiche, à travers le contentieux des listes électorales, comme un parfait garant des acquis démocratiques. Dans ce contentieux, les postulats que pose le juge sont le contrôle *prima facie* (à première vue) de sa compétence (A) et la vérification *verum* (réelle) des conditions légales d'inscription (B).

A- Le contrôle *prima facie* de la compétence de la Cour

Au Bénin, conformément à l'article 117 de la Constitution, la Cour constitutionnelle est un juge électoral. Elle est, en effet, juge du contentieux des élections à la présidence de la République et des élections parlementaires. L'article 117 de la Constitution dispose : « *La Cour constitutionnelle statue obligatoirement sur : ...le contentieux de l'élection du duo président de la République et vice-président de la République et des membres de l'Assemblée nationale ; veille à la régularité de l'élection du duo président de la République et vice-président de la République ; examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même, relever et proclamé les résultats du scrutin ; statue sur la régularité du référendum et en proclame les résultats ; statue, en cas de contestation, sur la régularité des élections législatives ; ...* ». Dans le même sillage, l'article 49 de la Constitution dispose : « *La Cour constitutionnelle veille à la régularité du scrutin et en constate les résultats... Si aucune contestation relative à la régularité des opérations électorales n'a été déposée au greffe de la Cour constitutionnelle par l'un des candidats dans les cinq (05) jours de la proclamation provisoire, la Cour constitutionnelle déclare le duo président*

24 SOMALI (K.), « Les élections présidentielles devant le juge constitutionnel. Étude de cas des États d'Afrique noire francophone », Revue du droit public, n°5, 2013, p. 1292.

de la République et vice-président de la République définitivement élu... ». Enfin, l'article 81 de la Constitution dispose : « ...La Cour constitutionnelle statue souverainement sur la validité de l'élection des députés ».

À la phase préparatoire des élections, la Cour constitutionnelle peut intervenir, suite à des requêtes émanant de citoyens, électeurs ou candidats, pour censurer les irrégularités commises et prévenir celles qui pourraient l'être dans l'établissement des listes électorales. La liste électorale est l'« *état nominatif des citoyens habilités à exercer leur droit de suffrage dans la circonscription qu'elle recouvre* ».²⁵ Il est donc important qu'avant chaque élection, la fiabilité de cette liste ne souffre d'aucun doute. Ainsi, conçoit-on qu'elle doit être élaborée, mise à jour, et mise en œuvre dans la plus petite circonscription administrative où elle n'est utilisée que dans la plus grande. C'est, *in fine*, un « document fondamental »²⁶ en droit électoral, à défaut de celui-ci, l'opération de vote risque de perdre tout son caractère significatif, car « elle seule permet d'*assurer que les votants sont bien électeurs* »²⁷.

En matière du contentieux de la liste électorale, la Cour est compétente pour connaître des réclamations liées à l'inscription. Aux termes de l'article 218 de la loi n° 2018-31 du 09 octobre 2018 portant code électoral en République du Bénin, « *tout le contentieux de l'actualisation du fichier électoral national et de la liste permanente informatisée relève de la Cour constitutionnelle* »²⁸. Alors, dans ce cas, « tout citoyen peut présenter une réclamation en inscription ou en radiation devant la Cour constitutionnelle ».

25 **PERRINEAU (P.) & REYNIE (D.)**, *Dictionnaire du vote*, Paris, PUF, 2001, p.582.

26 *Ibid.*

27 *Ibid.*

28 Cette loi est toujours applicable. En effet, dans sa décision DCC 21-016 du 14 janvier 2021, la Cour constitutionnelle affirme « les dispositions de la loi n° 2018-31 du 09 octobre 2018 portant code électoral en République du Bénin relatives à l'établissement du fichier électoral national et de la liste électorale permanente informatisée (LEPI) reste en vigueur jusqu'à l'établissement de la LEI en 2021 ».

En période électorale, le recours est recevable au plus tard dans les quinze (15) jours précédant la date du scrutin. La Cour est saisie de deux manières, soit de manière indirecte par requête adressée par des autorités compétentes, soit de manière directe par requête déposée au secrétariat de la Cour. En ce qui concerne les Béninois vivant à l'étranger, le recours est adressé, par les moyens les plus rapides, à la Cour. La Cour constitutionnelle statue dans un délai de dix (10) jours suivant sa saisine²⁹.

Les règles applicables au recours sont les mêmes qu'en matière d'organisation du recensement et de l'établissement de la carte. Conformément à l'article 123 du code électoral de 2019, « *en prélude à l'organisation des élections, les réclamations des citoyens en rectification, inscription et radiation des électeurs sont formulées par tout citoyen jusqu'au dernier jour de l'affichage devant la personne responsable du registre communal à travers ses agents Techniques de la localité. Elles sont transcrites sur des formulaires appropriés mis à leur disposition par les agents techniques.*

Ces réclamations sont transmises sans délai par voie hiérarchique à l'Agence nationale d'identification des personnes qui les examine et procède à leur traitement.

Les rectifications faisant suite aux réclamations sont portées au registre national et font l'objet de notification aux requérants, aux maires responsables des registres communaux pour une mise à jour, et à toutes les autorités administratives de leurs lieux de résidence pour information ». En droit comparé, le contentieux des listes peut être confié soit au juge constitutionnel soit au juge ordinaire. Ainsi, en Guinée, la publication de la liste électorale peut faire l'objet de contentieux devant la Cour constitutionnelle tant en ce qui concerne

²⁹ La jurisprudence en la matière est abondante. A titre exemplatif, Décisions DCC 20-318 du 20 février 2020 ; DCC 20-373 du 27 février 2020 ; DCC 21-005 du 07 janvier 2021 ; DCC 21-016 du 14 janvier 2021.

l'élection présidentielle que les législatives³⁰. Mais au Cameroun, le législateur a confié le contentieux des listes au juge ordinaire³¹.

A la lumière de ce qui précède, il n'y a aucun doute que le contentieux des listes électorales est du ressort du juge électoral au Bénin. Cependant, lorsqu'il est saisi, le juge effectue, toujours, un contrôle de sa compétence. C'est la première et indispensable opération qu'effectue le juge dans le contentieux de l'inscription sur la liste électorale. La décision DCC 21-035 rendue sur saisine de Madame Tollomè Eliane Chahounka illustre la démarche de la Cour.

Saisie par Madame Tollomè Eliane Chahounka d'un recours en vue de son inscription sur la liste électorale le 15 janvier 2021, la Haute juridiction a fait référence simultanément aux codes électoraux de 2018 et de 2019 pour asseoir sa compétence. En effet, selon l'article 6 alinéa 1^{er} de la loi n° 2019-43 du 15 novembre 2019 portant code électoral, « *les élections se font avec une liste électorale informatisée (LEI)* ». Elle a rappelé, cependant, que l'article 206 de la même loi dispose que « *nonobstant les dispositions du présent code relatives à l'ANIP et à l'établissement de la LEI, les membres du Conseil d'orientation et de supervision (COS) se renouvellent et supervisent la mise à jour du fichier électoral national jusqu'à l'établissement de la LEPI avec laquelle s'organise l'élection du président de la République en 2021* ». La Cour déduit de cet article que « *les dispositions de la loi n° 2018-31 du 09 octobre 2018 portant code électoral en République du Bénin relatives à l'établissement du fichier électoral national et de la liste électorale permanente informatisée (LEPI), restent en vigueur jusqu'à l'établissement de la LEI en 2021* »³². Ayant ainsi reconnu la validité des dispositions du code de 2018 par une interprétation du code de 2019, elle

30 Art. 61 de la Constitution issue de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

31 Art. 47 de la Constitution du 18 janvier 1996.

32 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 21-035 du 21 janvier 2021.

recherche les fondements de sa compétence dans cet article. La Cour retiendra que l'article 2018 de la loi n° 2018-31 du 09 octobre 2018 portant code électoral en République du Bénin, dispose que : « *Tout le contentieux de l'actualisation du fichier électoral national et de la liste électorale permanente informatisée relève de la Cour constitutionnelle* ». Pour finir, la Cour s'est assurée que la requérante sollicite son inscription sur la liste électorale permanente informatisée ainsi que l'établissement de sa carte d'électeur. A la lumière des articles précités, la Haute juridiction décidera que la demande relève du contentieux de l'actualisation du fichier électoral national et de la liste électorale permanente informatisée et affirmera sa compétence.

Il est nécessaire de souligner que la dernière partie du raisonnement de la Cour est d'une importance capitale. Il ne suffit pas, en effet, de relever les dispositions législatives en vigueur pour s'affirmer compétente. Il faudrait également s'assurer que la demande du citoyen entre dans le cadre de ces dispositions. C'est ainsi que la Cour n'hésite pas à se déclarer incompétente dès lors que la demande du citoyen n'entre véritablement pas dans le contentieux de l'actualisation de la liste électorale. La décision DCC 19-102 de la Cour en est une parfaite illustration.

La Cour constitutionnelle du Bénin a été saisie d'une requête enregistrée à son secrétariat à la même date sous le numéro 0073/020/REC-19, par laquelle madame Sessito Secondine Nina Gnintoungbé, forme un recours en inscription et enregistrement dans le cadre du Recensement Administratif à Vocation d'Identification de la Population (RAVIP). La requérante expliquait qu'étant absente du territoire national au moment du recensement intervenu entre 2017-2018, pour des raisons professionnelles, elle n'a pu s'inscrire ni à son retour au pays, ni sur les registres consulaires dont elle ignorait la localisation. En réponse, la Cour a jugé que ni la Constitution en ses articles 114 et 117, ni aucune autre loi ne donne

compétence à la Cour pour connaître du contentieux d'inscription sur une liste de recensement administratif ; et que dès lors, « *il échet pour elle de se déclarer incompétente* »³³. A juste titre, la Cour fait une distinction entre l'inscription ou l'enregistrement dans le cadre du Recensement Administratif à Vocation d'Identification de la Population (RAVIP) et l'inscription sur la liste électorale.

En définitive, on peut retenir avec le Professeur Koffi Ahadzi-Nonou que le juge constitutionnel des États d'Afrique noire francophone n'organise ni ne gère directement le processus électoral. Il veille certes à sa régularité, mais il est fortement dépendant des données que lui fournissent les commissions électorales nationales autonomes ou indépendantes avec le concours des ministères de l'intérieur ou de l'administration territoriale³⁴. Il en va ainsi des listes électorales. Le contentieux de la liste électorale relève de la compétence exclusive de la Cour constitutionnelle. C'est pourquoi, chaque fois qu'elle est saisie, la Cour vérifie sa propre compétence. Après qu'elle s'en est assurée, la haute juridiction passe à la vérification des conditions à remplir pour l'inscription du requérant.

B- La vérification *verum* des conditions légales

Dans le cadre de l'élection présidentielle, le constituant béninois a adopté des conditions très libérales de participation des citoyens au processus électoral. Ces conditions varient suivant que l'on est électeur ou candidat. C'est au juge constitutionnel qu'il revient de veiller au respect des dites conditions au moment de l'établissement des listes électorales et de candidatures. Ces conditions qui représentent les limites légales à la jouissance du droit de participation se justifient.

Il est évident que tout être humain a la qualité de sujet de droit qui lui confère la double aptitude à être titulaire de droits et à être tenu

33 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 19-102 du 28 mars 2019.

34 AHADZI-NONOU (K.), « Contentieux électoral et cours constitutionnelles en Afrique noire francophone », *op cit*, p.324.

d'obligations. Etant titulaire de droits en l'espèce de droits civiques, tout sujet de droit a, normalement vocation à les exercer, c'est-à-dire à les mettre en œuvre par lui-même. Mais dans certaines circonstances, l'on peut être privé de l'une ou de l'autre de ces aptitudes. Léon Dié Kassabo, faisant le point de ces circonstances, a pu affirmer qu' « *un citoyen peut se voir refuser certains droits civils ou civiques. Il sera frappé d'une incapacité de jouissance dans l'hypothèse où ces droits lui seront refusés. De même, bien que titulaire d'un droit, certaines personnes peuvent être jugées inaptes à l'exercer parce qu'elles sont inaptes à prendre des décisions éclairées que nécessite non seulement la sauvegarde de leurs intérêts mais aussi celui de la nation. Les laisser agir reviendrait à compromettre gravement ces intérêts soit parce que les droits ne seront pas exercés, soit parce que ils donneront lieu à des décisions insensées. C'est ainsi que les enfants, les vieillards et les malades mentaux devront bénéficier d'une aide dans l'exercice de leurs droit pour cela, ils ne sauraient être candidat à l'élection présidentielle. Ils sont frappés d'une incapacité d'exercice. Dans ce principe, ces différentes incapacités sont exceptionnelles* ».

Aussi, il remarque que :

« *depuis l'abolition de l'esclavage et de la mort civile, tout être humain a la capacité générale de jouissance. On peut seulement être l'objet d'une incapacité spéciale de jouissance. Ainsi, certains condamnés, dans un but répressif, peuvent être frappés de certaines interdictions. C'est la cas par exemple des personnes condamnées pour détournement de deniers publics* »³⁵. Il faut dire que c'est dans ce cadre que s'inscrivent les lois électorales béninoises en matière des conditions pour s'inscrire sur la liste électorale. Relativement à cette question, les conditions d'inscription sur celle-ci n'ont pas véritablement varié depuis l'avènement du renouveau démocratique.

35 KASSABO (L. D.), « Le contentieux de l'élection présidentielle en Afrique », *Afrilex*, disponible sur [Le_contentieux.pdf \(u-bordeaux.fr\)](http://Le_contentieux.pdf(u-bordeaux.fr)), consulté le 14 août 2022, p. 11.

Ainsi, pour être électeur, il suffit d'avoir atteint l'âge de dix-huit (18) ans et de jouir de ses droits civils et politiques³⁶. Dans ce cadre, la loi n°2019 - 43 du 15 novembre 2019 portant code électoral en République du Bénin affirme que : « *est électeur dans les conditions déterminées par la présente loi, toute personne de nationalité béninoise, âgée de dix-huit (18) ans révolus au jour du premier scrutin d'une année et jouissant de ses droits civils et politiques* »³⁷. En application de cette deuxième condition (la jouissance des droits civils et politiques), le code exclut, de l'inscription sur les listes électorales, les étrangers, les individus condamnés pour crime, les individus condamnés à une peine d'emprisonnement avec ou sans sursis d'une durée égale ou supérieure à trois mois..., les individus qui sont en état de contumace ; les faillis non réhabilités, les interdits. Sur ce point, la loi n° 2019-40 indique que « *ne peuvent être électeurs* :

- *les étrangers ; - les individus condamnés pour crime ; -les individus condamnés à une peine d'emprisonnement avec ou sans sursis d'une durée égale ou supérieure à trois(03) mois, assortie ou non d'amende ;*
- *les individus qui sont en état de contumace ;*
- *les faillis non réhabilités dont la faillite a été déclarée, soit par des tribunaux de droit commun, soit par des jugements rendus à l'étranger, mais exécutoires au Bénin ;*
- *les individus privés du droit d'élire ou d'être éligibles par décision de justice* ».³⁸

La Cour constitutionnelle a attesté dans plusieurs affaires que la décision relative à l'inscription sur la liste électorale est prise

36 Cf « Est électeur dans les conditions déterminées par la présente loi, toute personne de nationalité béninoise, âgée de dix-huit (18) ans révolus au jour du premier scrutin d'une année et jouissant de ses droits civils et politiques.»

37 Article 9 de la loi n°2019 - 43 du 15 novembre 2019 portant code électoral en République du Bénin.

38 Article10 de la loi n° 2019-40, op. cit.

au regard du constat que le candidat remplit les conditions fixées par la loi. Ainsi, dans sa décision DCC 2020-012 du 14 janvier 2021, la Cour a décidé qu'il « *y a lieu de faire droit à la demande du requérant et d'ordonner à l'Agence nationale de traitement de procéder à son inscription sur la liste électorale permanente informatisée au centre de vote de son choix, pour autant qu'il remplit les conditions exigées par la loi pour être électeur* ».

Le travail du juge constitutionnel consiste, de ce point de vue, à s'assurer du respect des conditions légales d'inscription sur la liste. En cas de respect ou non de ces conditions, soit qu'un citoyen rempli les conditions exigées et qu'il n'a pas pu ou il lui a été refusé de s'inscrire, soit qu'il s'est fait inscrire frauduleusement car ne remplissant les conditions, le juge prend une décision.

II- Les aboutissants du contentieux

Les décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin sont insusceptibles de recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles. Depuis sa mise en place, la Cour constitutionnelle du Bénin a donné la preuve de son importance dans le contentieux de la liste électorale à travers ses décisions rendues. Elle a, en effet, rendu des décisions en autorisation (A) ou en refus d'autorisation (B) d'inscription sur la liste électorale.

A- L'autorisation de l'inscription

Avant le contentieux massif d'actualisation de la liste électorale géré par les dernières mandatures de la Cour constitutionnelle, les premières élections présidentielles ont connu leur lot de contentieux en inscription sur la liste électorale. En 2001 par exemple, trois (03) réclamations en rectification du rôle électoral, introduites devant la Cour constitutionnelle, ont toutes prospéré. La première, objet de la Décision EL-P-01-020 du 24 février 2001 a été formulée par M. Mathias Faladé qui sollicitait la radiation de monsieur Pascal Gounon

de la liste électorale au motif qu'il s'est fait inscrire deux (2) fois sur la liste électorale du village Kpanroun dans la Commune d'Abomey-Calavi. Après investigations, la Cour a constaté que les faits étaient avérés, le mis en cause s'étant effectivement fait inscrire à deux reprises, d'une part, à son vrai nom Pascal Gounon, d'autre part, au nom de Pascalin Gounon. La Cour a donc ordonné la rectification du rôle électoral du village Kpanroun, par la radiation des deux noms.

La deuxième et la troisième réclamations tendent aux mêmes fins que la première. Elles dénoncent également les multiples inscriptions de citoyens soit sur une même liste, soit sur plusieurs listes différentes. Par ses décisions EL-P-01-021 du 24 février 2001 et EL-P-01-025 du 24 février 2001, la Cour a ordonné, après investigations, la radiation des noms des personnes en cause.

Plus tard, la Cour connaîtra des centaines d'affaires de cette nature et les autorisations d'inscription seront légion. Entre autres affaires encore, elle a été saisie d'une requête formulée par madame Nicole Voda pour solliciter sa réintégration sur la liste électorale, au motif qu'elle n'a pas retrouvé son nom sur la liste électorale affichée. La Cour, après référence faite aux dispositions du code électoral³⁹, observe que « *l'inscription sur la liste électorale permanente informatisée (LEPI) est un devoir pour tout citoyen remplissant les conditions fixées par le code électoral* »⁴⁰. Elle affirme, au regard des éléments de preuve fournis par la requérante, que la demande de celle-ci est fondée et ordonne par conséquent à l'organe chargé de l'actualisation de la liste électorale de l'inscrire sur ladite liste au centre de vote de son choix⁴¹. Devant la Cour, si on tient compte des contentieux récents, le débat peut porter uniquement sur l'une des deux conditions prévues par la loi et la décision d'autoriser l'inscription résultera du constat que le requérant remplit la

39 Loi n°2018-31 du 09 oct. 2018 portant code électoral en République du Bénin.

40 Art. 8 de la Loi n°2018-31, *op. cit.*

41 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 19-033 du 04 janvier 2019.

condition contestée. Par exemple, la Cour constitutionnelle a été saisie d'une requête en date du 15 juin 2020, enregistrée à son secrétariat à la même date sous le numéro n°1156/415/REC-20, par laquelle monsieur Désiré Vodonou a formé un recours en vue de sa réinscription sur la liste électorale à la suite de sa radiation pour cause de condamnation. Ce dernier a exposé à la juridiction constitutionnelle que, profitant de son implication dans une procédure judiciaire, ses protagonistes politiques ont saisi la Cour constitutionnelle aux fins d'invalider son élection en qualité de membre de l'Assemblée nationale. Faisant suite auxdits recours, la Cour avait, par décision EL 05-11 du 13 avril 2011, prononcé la déchéance de sa qualité de député à l'Assemblée nationale et a consécutivement ordonné sa radiation de la liste électorale, de même que le retrait de sa carte d'électeur, motif pris de sa condamnation à une peine de trois ans d'emprisonnement par jugement n°2621D du 09 novembre 2020 du tribunal de grande Instance de Tours en France. Le requérant en a déduit qu'il est ainsi privé du droit fondamental d'être électeur et éligible depuis plus de neuf ans (09). Il a demandé à la Cour de limiter les effets de la décision afin qu'il recouvre la plénitude de ses droits civiques et de s'inscrire à nouveau sur la liste électorale.

La Cour a rendu sa décision, en se basant sur l'article 5 de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples⁴², et l'article 6 alinéa 1 de la loi n° 2019-43 du 15 novembre 2019 portant code électoral, 154 et 218 de la loi n° 2018-31 du 09 octobre 2018 portant code électoral en République du Bénin.

42 L'article 5 de la Charte Africaine des droits de l'Homme et des peuples, « Tout individu a droit au respect de la dignité inhérente à la personne humaine et à la reconnaissance de sa *personnalité juridique*. Toutes formes d'exploitation et d'avilissement de sont interdites que la déchéance qui est la perte d'un droit, d'une fonction, d'une qualité ou d'un bénéfice est avilissante et contraire à la dignité de la personne humaine protégée par ce texte, lorsqu'elle est générale et/ou perpétuelle ou lorsqu'elle n'est pas attachée à une décision pénale en cours d'exécution ou non exécutée dont elle emprunte la durée, à moires que la décision de justice fixe spécifiquement la durée de validité de cette déchéance ; que pour être admise dans une société démocratique, toute déchéance de droit doit répondre aux critères de nécessité, de proportionnalité au manquement sanctionne et de limitation dans le temps ».

Tenant compte d'une part de ce que « *la radiation du requérant de la liste électorale prononcée par décision EL 05-11 du 13 avril 2011 de la Cour de céans est nécessairement attachée à la déchéance de sa qualité de député de la 6^{ème} législature de l'Assemblée nationale dont elle est la cause* » et d'autre part de ce que « *dans les circonstances où la décision de justice qui la fonde n'est plus en cours d'exécution ou qu'elle soit restée non exécutée, cette déchéance ne saurait, sans méconnaître la disposition visée, être considérée comme une perte perpétuelle d'un droit qui, au demeurant, est un droit fondamental* »⁴³ ; la Haute juridiction a ordonné à l'Agence nationale de traitement d'inscrire monsieur Désiré Vodouonou sur la liste électorale et de lui délivrer une carte d'électeur⁴⁴.

L'impartialité de la Cour dans le traitement du contentieux de l'inscription sur la liste électorale ne peut pas être contestée. Elle fait droit aux demandes des acteurs de tous bords politiques pourvu qu'ils remplissent les conditions. En 2020, par une requête du 05 octobre, madame Rékiatou Madougou, opposante au régime en place et pressentie candidate aux élections présidentielles de l'année suivante a saisi la Cour, en vue de son inscription sur la liste électorale. Faisant droit à sa demande, la Cour a dit et jugé que « *le législateur a voulu faire de l'inscription sur la liste électorale, à la fois, un droit et un devoir pour tout citoyen qui en remplit les conditions ; que dès lors, nulle restriction, autre que celle concernant les qualités requises pour être électeur, ne saurait empêcher un citoyen qui en fait la demande de figurer sur la liste électorale permanente informatisée, qu'il y a lieu de faire droit à la demande de la requérante et d'ordonner à l'Agence nationale de Traitement de procéder à son inscription dans le fichier électoral national et sur la Liste Electorale Permanente Informatisée au centre de vote de son choix pour autant qu'elle remplit les conditions exigées par la loi pour être électeur* »

43 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 21-005 du 07 janvier 2021.

44 *Ibid.*

Ainsi, a-t-elle ordonné « *l'inscription dans le fichier électoral national et sur la liste électorale permanente informatisée de madame Rékiatou Madougou pour autant qu'elle remplit les conditions exigées par la loi pour être électeur* ». ⁴⁵

Le constat est que la Cour constitutionnelle ordonne l'inscription des citoyens du moment qu'ils remplissent les conditions prévues par la loi. Les décisions d'autorisation d'inscription sur la liste électorale sont légion. Ce n'est qu'exceptionnellement que la Haute juridiction rejette la demande en inscription formulée par un citoyen. Le cas échéant, les motifs doivent être sérieux.

B- Le rejet de la demande d'inscription

Tout processus électoral nécessite des opérations de recensement de la population aux fins d'établissement de listes électorales et ce processus est régi par une procédure particulière qui, pour être bien comprise, nécessite une connaissance du mécanisme d'établissement de ces listes. ⁴⁶ Au Bénin, l'établissement de la liste électorale est confié à un organe spécifique. Il revient également à cet organe d'actualiser la liste. L'objectif de cette opération est d'inscrire sur la liste électorale les personnes qui ont le statut de citoyen et qui souhaitent exercer les droits politiques qui s'y attachent. Cependant, dans le cadre de l'exécution de sa mission, l'Agence nationale de traitement peut procéder à des radiations d'office de certains noms des listes électorales ou peut omettre d'en inscrire. Il peut arriver qu'elle inscrive d'autres noms. Il est à noter que le contentieux de l'actualisation de la liste électorale résulte de ces radiations, omissions ou inscriptions.

45 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 20-574 du 08 octobre 2020.

46 KASSABO (L. D.), « Le contentieux de l'élection présidentielle en Afrique », *op. cit.*, p. 19.

Il est important que le juge électoral se prononce, avant le scrutin, sur le bien-fondé des prétentions de ceux qui estiment être omis de la liste.⁴⁷

Car, plus les omissions sont élevées, plus l'élection est contestée et les crises politiques s'en suivent. A cet effet, on se souvient qu'en 2011 au Bénin, lors de la présidentielle, « *l'opposition considérait que la liste avait laissé en marge 1 300 000 électeurs là où le pouvoir estimait que seuls 300 000 Béninois n'étaient pas sur la liste* »⁴⁸.

Néanmoins, lorsque le juge constitutionnel béninois connaît de ce contentieux, il ne fait pas toujours droit aux demandes des requérants. De fait, les décisions de rejet de demande d'inscription sont, quelques fois, rendues par la Cour constitutionnelle.

Ainsi, a-t-elle jugé que la demande d'inscription de monsieur Sovi Jean Arcadius Meisan, qui « *n'a produit ni le récépissé de collecte de données, ni l'ancienne carte d'électeur à l'appui de ses prétentions ; qu'en outre, les recherches effectuées...ont révélé qu'il n'est pas inséré au fichier électoral* »⁴⁹, doit être rejetée.

Saisie par requête en date à SO-Ava du 1^{er} novembre 2019, enregistrée à son secrétariat le 29 janvier 2020 sous le numéro 0191/058-47/REC-20, par laquelle monsieur Bernard LOKO AIKPE, arrondissement de So-Ava, Commune de So-Ava, S/C du Chef du village de Dogodo, a formé un recours en vue de son inscription sur la liste électorale permanente informatisée, la Cour constitutionnelle a jugé que le requérant, « âgé de seize (16) ans, n'aura pas

47 Si au Bénin, seul le juge constitutionnelle a la compétence de connaître de ce contentieux (Voir supra (fou)), tel n'est pas le cas ailleurs. Au Sénégal, l'électeur qui a fait l'objet d'une radiation d'office, dont l'inscription est contestée par l'autorité administrative compétente ou qui est omis sur la liste électorale peut intenter un recours devant le Président du tribunal départemental (Article L. 41 du Code électoral sénégalais.) Au Niger, les réclamations, en inscription ou en radiation, sont soumises à la Commission administrative compétente et les recours contre les décisions de ladite Commission sont portés devant le Président du tribunal d'instance ou le Président du tribunal de grande instance du lieu d'établissement de la liste (Article 34 et 35 du Code électoral du Niger).

48 KASSABO (L. D.), « Le contentieux de l'élection présidentielle en Afrique », *op. cit.*, p. 20.

49 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 19-030 du 04 janvier 2019.

dix-huit (18) ans révolus ni à la date de clôture de la liste électorale en cours d'actualisation ni à la date du scrutin prévu dans la période de validité de cette liste; que dès lors, il ne peut figurer sur la liste électorale ». Dans son raisonnement, le juge a d'abord constaté que *« la nouvelle version de la liste électorale permanente informatisée est arrêtée le 15 janvier de chaque année. La liste électorale permanente informatisée reste valable jusqu'au 15 janvier de l'année suivante telle qu'elle a été établie, sauf les changements qui y auraient été ordonnés par décision de la Cour constitutionnelle ou par décision judiciaire, et sauf la radiation des personnes décédées qui serait opérée aussitôt que l'acte de décès aura été notifié ou que la Commission communale d'actualisation en aurait établi la preuve. De même, tous les citoyens qui auront dix-huit (18) ans révolus au jour d'un scrutin prévu au cours de la période de validité doivent figurer sur la liste électorale permanente informatisée de l'année »*.

Il en a déduit que :

« les citoyens n'ayant pas l'âge de dix-huit (18) révolus à la date de clôture de la liste électorale ou ne pouvant atteindre cet âge à la date d'un scrutin envisagé dans l'année de validité de la LEPI actualisée ne peuvent figurer sur la liste électorale ; qu'en l'espèce, la liste électorale en cours d'actualisation sera valable jusqu'au 15 janvier 2021 conformément à l'article 193 alinéa 2 sus-cité de la loi n° 2018-31 du 09 octobre 2018 portant code électoral en République du Bénin ; qu'au cours de cette période de validité, il est prévu l'organisation de l'élection des conseillers communaux et municipaux fixée au dimanche 17 mai 2020 suivant décret portant convocation du corps électoral adopté en conseil des ministres le 22 janvier 2020 »⁵⁰.

La Cour constitutionnelle a été saisie d'une autre requête en date à So-Ava Dogodo du 21 octobre 2020, enregistrée à son secrétariat

50 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 20-144 du 06 février 2020.

le 22 octobre 2020 sous le numéro 1903/542-6/REC-20, par laquelle monsieur Gafarou Ahlonsou et 53 autres, forment un recours en vue de leur inscription sur la liste électorale. Les requérants ont expliqué qu'ils ne figurent pas sur la liste électorale permanente informatisée ; que toutes les démarches entreprises auprès des structures compétentes de l'Agence nationale de traitement (ANT) à cette fin n'ont pas prospéré ; qu'ils sollicitent le concours de la Cour afin d'y figurer. Mais la Cour a décidé que « *les requérants n'ont produit au dossier aucune pièce qui atteste de leur existence juridique ; que dès lors, il y a lieu de rejeter leur requête* »⁵¹.

Somme toute, les motifs de rejet de la demande d'inscription sur la liste électorale correspondent au fait que les requérants ne remplissent pas les conditions légales pour figurer sur la liste, notamment la condition liée à l'âge. Mais au-delà de ces conditions, la demande peut être rejetée si les requérants n'apportent pas la preuve de leur existence ou de leurs prétentions.

CONCLUSION

Séduite par les sirènes des dictatures du développement pendant les premières décennies de son indépendance, l'Afrique noire, particulièrement francophone, a fini par échapper à leur emprise mortifère pour succomber, depuis 1990, au charme de la démocratie⁵². Elle a, de ce part, épousé l'idéal démocratique et a adopté sa fille, l'élection. Considérée « *comme l'instrument de désignation des gouvernants et apparaît comme un substitut au tirage au sort, au hasard ou aux prédictions des oracles, à l'hérédité ou à la cooptation, une alternative viable à l'auto désignation et un outil de participation des citoyens à la gestion de la chose publique* »,

51 Cour constitutionnelle du Bénin, décision DCC 21-004 du 07 janvier 2021.

52 AHADZI-NONOU (K.), « Contentieux électoral et cours constitutionnelles en Afrique noire francophone », *op. cit.*, p.319.

l'élection est devenue, « *l'une des poutres maîtresses de tout régime démocratique car ce dernier est celui dans lequel les gouvernants sont choisis par les gouvernés au moyen d'élections sincères et libres, les controverses sur la fiabilité des opérations électorales, leur forme juridique, leur gestion et la légitimité des résultats font partie, de façon régulière, de la vie politique des pays africains* »⁵³. Au concept d'élection est associé celui de contentieux électoral car l'« *idée même d'un contentieux électoral en Afrique est rendue de ce fait irrésistible, du moins si l'on accepte le principe d'élections transparentes.* »⁵⁴. Ce contentieux au Bénin est, à l'instar de la France, confié à une juridiction constitutionnelle autonome qui n'est pas restée désœuvrée car, très vite, se sont développées des contestations préélectorales, surtout relatives à la liste électorale. Puisqu' « *une opération électorale est d'abord et surtout le face-à-face entre les électeurs et des personnes qui se portent candidates à l'exercice d'une fonction politique* », la sélection des électeurs fait l'objet d'un dense contentieux dont l'objectif est d'inscrire sur la liste électorale les personnes qui ont le statut de citoyen et qui sont disposées à exercer les droits politiques qui s'y attachent. En la matière, le juge constitutionnel béninois joue sa partition avec efficacité et dextérité. Il reste à rechercher, ce qui justifie le contraste entre l'affection du peuple pour l'inscription sur la liste électorale et sa croissante désaffection pour l'opération de vote manifestée par des taux de participation de plus en plus faibles.

53 POKAM (H.P.), « Les commissions électorales en Afrique subsaharienne : analyse de leurs enjeux et de leurs usages par les acteurs politiques au cours du processus d'invention de la neutralité électorale », séminaire « gouverner les sociétés projetées », janvier 2005, p.2. Disponible en ligne sur <http://www.cean.sciencespobordeaux.fr/pokan.pdf>, consulté le 14 Août 2022.

54 MELEDJE (D. F.), « Le contentieux électoral en Afrique », *op. cit.*, p.141.

LE CONTENTIEUX DE LA DÉTENTION PROVISOIRE
DEVANT LA COUR CONSTITUTIONNELLE BÉNINOISE

Ignace ADIGBLI,

*Magistrat, Docteur en droit public,
Chercheur associé au Centre de Recherche
de Droit Public Approfondi,
Université de Cocody, Abidjan, Cote d'Ivoire
Président du Tribunal d'Aplahoué au Bénin*

- 1- Si la Cour constitutionnelle du Bénin commence par connaître des actes et décisions de justice, elle voit élever devant elle, de nouveaux contentieux¹.
- 2- Parmi ces nouveaux contentieux qui induisent une double juridictionnalisation² des questions liées à la protection des droits fondamentaux peuvent être référés, les affaires relatives aux contestations récemment³ élevées, devant la Cour constitutionnelle du Bénin⁴, par des personnes en détention provisoire⁵, suite à

1 Joseph DJOGBENOU, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ? », consulté le 15 septembre 2022 sur www.legibenin.net, page 19.

2 Dans le contexte de la présente étude, il s'agit de la circonstance de concours matériel d'attribution entre l'ordre judiciaire et l'ordre constitutionnel au Bénin, en raison de ce que la détention provisoire est d'abord, une question pénale qui relève de l'habillage des organes d'instruction des juridictions judiciaires et dans le même temps fait partie intégrante de la grande matrice des droits de l'homme que connaît la Cour constitutionnelle béninoise.

3 Depuis sa mise en service en 1993, la Cour constitutionnelle du Bénin n'a connu de manière récurrente, les affaires relatives à la détention provisoire de citoyen que ces cinq dernières années. On dirait que pendant les deux premières décennies de ses activités contentieuses, le contentieux sur la détention provisoire était rarissime devant elle.

4 La Cour constitutionnelle béninoise est le troisième pouvoir politique au sens des articles 114 à 124 de la loi 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin modifiée par la loi 2019-40 du 7 novembre 2019. Composée de sept (7) membres, elle 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.

5 Au moment de la mise sous presse de la présente étude, les personnes en détention provisoire sur toute l'étendue du territoire national, y compris les étrangers, les mineurs et tous sexes confondus est de ... par l'Agence Pénitentiaire du Ministère de la justice du Bénin.

une information judiciaire⁶, pendantes devant les chambres⁷⁽⁸⁾ et cabinets d'instruction des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et visant à déclarer contraire à la Constitution, leur détention. Ils s'agit d'un recours en inconstitutionnalité⁹ pour cause de détention provisoire, dans une affaire en cours d'instruction¹⁰.

- 3- La doctrine majoritaire caractérise ces requêtes de recours individuels¹¹ ou recours des particuliers¹² devant le juge constitutionnels bien qu'il existe quelques spécificités, selon les matières, et les normes constitutionnelles des Etats concernés par lesdits recours.

6 Dans le droit processuel général, l'ouverture d'information judiciaire consacre la saisine du juge d'instruction.

7 Les juges de liberté en cause d'appel et ceux des juridictions d'instance sont accessoirement concernés quoiqu'ils connaissent le contentieux de la détention provisoire, à proprement parler dans la réalité. Il est ainsi car le détenu est d'abord sous la responsabilité professionnelle du juge d'instruction qui pose les actes d'instruction qu'il juge nécessaire pour la manifestation de la vérité et ayant la possession de l'ensemble des pièces de la procédure en original et en copie .Le juge des libertés et de la détention n'arbitre que l'instance des débats sur les questions de la liberté et de la détention. C'est juste un déplacement d'ancienne activité du juge d'instruction, dans les mains du juge de la liberté et de la détention.

8 Au Bénin, chacune des trois (3) cours d'appel dispose d'une chambre d'instruction ainsi qu'une chambre de la liberté et de la détention. Il en est ainsi à la chambre d'appel de la Cour de la Répression des Infractions Economiques, du Terrorisme et contre le blanchiment d'argent (CRIET).

9 Quel que soit les terminologies utilisées par les requérants pour caractériser leur état de détention provisoire, l'idée d'inconstitutionnalité reste prégnante, comme centre d'intérêt principal des contestations, en matière de détention provisoire devant la Cour constitutionnelle béninoise. En effet, les terminologies suivantes sont utilisées : « déclarer contraire à la Constitution ma détention provisoire », cf. décision DCC 16-064 du 26 mai 2016, page 2 ; « ma détention sans jugement paraît injustifiée et contraire à la Constitution du 11 décembre 1990 », cf. décision DCC 14- 101 du 22 mai 2014, page 2.

10 En cas de clôture de l'instruction préparatoire en première instance, l'affaire peut être en attente de recevoir un jugement criminel ou en cours d'audience de flagrant délit, selon les cas. En cas d'appel suite à un jugement criminel, l'affaire pourrait être devant la chambre criminelle, en attente d'audience, en cause d'appel.

11 Le professeur Gérard AIVO a consacré une étude intitulée « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle béninoise », paru en 2017 dans la revue béninoise des sciences juridiques et administratives n°39, à partir de la page 173. Voir aussi Oumarou NAREY, « La protection de la constitution par le citoyen : cas de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè, L'Harmattan, Paris, 2014, pages 1019-1050 ; Frédéric Joël AIVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue française de droit constitutionnel*, volume 3, n° 99, 2014, pages 715-740.

12 Marcellin NGUELE ABADA, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel », in Narey OUMAROU, *La justice constitutionnelle. Actes du Colloque international de l'ANDC, L'Harmattan*, Paris, page 335 ; Maria Nadège SAMBA-VOUKA, « La saisine des juridictions constitutionnelles dans le nouveau constitutionnalisme en Afrique : les cas du Bénin et du Congo », *Annale des sciences juridiques et politiques*, volume 16 n°1, 2017 ; voir également Ibrahim SALAMI, *La protection de l'Etat de droit par les cours constitutionnelles africaines*, thèse de doctorat, Université de Tours, France, page 172.

- 4- Au Bénin, la procédure commence par une requête¹³ réceptionnée par le secrétariat de la Cour éponyme et abouti à une reddition de décision par cinq (5) membres¹⁴.

L'une des premières redditions de la Cour constitutionnelle béninoise en la matière est la *décision DCC 13-163 du 12 novembre 2013*. Selon les faits constants du conflit constitutionnel, le citoyen T. G. est poursuivi par le Procureur de la République près le tribunal de Cotonou et inculpé par le juge d'instruction du deuxième cabinet dudit tribunal pour l'infraction de vente d'immeuble d'autrui. Monsieur T.G. est placé en détention provisoire le vendredi 25 novembre 2005, à la maison d'arrêt de Cotonou. Le juge d'instruction pose tous les actes nécessaires à la manifestation de la vérité et retourne le dossier au parquet pour le règlement définitif le 5 septembre 2011. Après instruction de la requête litigante, la Cour constitutionnelle béninoise décide qu'il n'y a pas violation de la Constitution. Son argumentaire précise « *qu'il ressort des éléments du dossier que Monsieur T.G inculpé pour vente d'immeuble d'autrui est placé sous mandat de dépôt le 25 novembre 2005 ; que plusieurs actes d'instruction ont été posés par le juge dans des délais raisonnables, en l'occurrence les auditions des témoins et de la partie civile ainsi que l'atteste la copie de l'inventaire des pièces de la procédure retraçant*

13 La requête est l'acte introductif de l'instance constitutionnelle au Bénin. Une pétition valant acte de saisine de la Cour constitutionnelle est écartée par la décision DDC 16-064 du 26 mai 2016 de la même cour. De même, la jurisprudence désavoue la représentation de tout requérant mais accepte par contre l'assistance aux parties par l'organe d'un conseil d'avocat ou tout mandataire à la seule condition que la requête soit signée par le requérant ; voir la décision DCC 14-097 du 22 mai 2014 par laquelle la requête de l'avocate R. A-G est déclarée irrecevable parce qu'elle n'est pas revêtue de la signature de ses clients, en application de l'article 30 alinéa 1^{er} du Règlement intérieur de la Cour « *Les parties peuvent se faire assister de toute personne physique ou morale compétente. Celle-ci peut déposer des mémoires signés par les parties concernés* » ; voir aussi, la décision DDC 15-103 du 19 mai 2015. L'irrecevabilité caractérisée de ces requêtes n'empêche pas la Cour de se saisir d'office ou s'autosaisir, en raison des faits de violation des droits humains révélés, dans le conflit constitutionnel.

14 Au sens de l'article 16 de la loi organique sur la Cour constitutionnelle, les décisions et avis de la Cour constitutionnelle sont rendus par cinq conseillers au moins, sauf en cas de force majeure dument constatée au Procès-verbal.

les différents actes accomplis et leur date ; que le dossier de la procédure a été envoyé au Procureur de la République pour règlement définitif le 05 septembre 2011 ; que, dès lors, il n'y a pas violation de la Constitution ».

- 5- Ce cas de figure montre, à la face du monde que la détention provisoire de ce requérant n'est pas abusive, elle n'est pas arbitraire et que le juge d'instruction aussi, a respecté les droits de la défense conformément aux prescriptions du code de procédure pénale en vigueur au moment des faits et dans les règles de l'art, tout ceci, digne d'un juge d'instruction.
- 6- Par contre, d'autres décisions de la Cour constitutionnelle condamnent des organes d'instruction de l'ordre judiciaire en procédure pénale, pour violation de la constitution en raison de ce que les détentions provisoires sont abusives, arbitraires ou que l'instruction est faite dans des délais anormalement longs. C'est l'objet de la présente étude. Ce sont des décisions d'inconstitutionnalité pour des motifs de protection des droits fondamentaux puisque la « garantie des droits fondamentaux¹⁵ » fait partie des attributions matérielles de la Cour.
- 7- L'histoire de la pratique de la justice constitutionnelle remonte à la décision *Marbury v/Madison* de 1803 rendu par le Chief Justice appelé le modèle du Judicial review aux Etats-Unis d'Amérique¹⁶. Ce système américain permet au premier juge saisi d'une espèce de faire un contrôle de constitutionnalité, sur l'ensemble des questions soulevées qu'elles soient civiles, pénales, administratives ou constitutionnelles¹⁷. C'est un

15 Frédéric Joël AIVO, « Radioscopie sommaire de la justice constitutionnelle au Bénin », *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 2015/2 (N° 47°), page 99.

16 Francis HAMON et Céline WIENER, *La justice constitutionnelle : Présentation générale, France, Etats-Unis*, Paris, La documentation française, n°1.15, 2006, pages, 37-60 ; Elisabeth ZOLLER, « Présentation de la Cour suprême des Etats-Unis », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 5, pages 40-52.

17 Louis FAVOREU et autres, *Droit constitutionnel, 5^{ème} édition*, Paris, Dalloz, 2002, page 195.

système décentralisé contrairement à l'approche centralisée de Hans Kelsen en matière de contrôle de constitutionnalité¹⁸.

- 8- Au plan théorique, la question de la compétence matérielle des juridictions constitutionnelles, dans les différents systèmes juridiques, est très instructive. C'est Hans Kelsen, un juriste d'origine autrichienne qui a posé, de façon formelle, les travaux du contentieux de la constitutionnalité des normes devant une entité juridictionnelle, dans un Etat de droit.
- 9- En France, une méfiance caractérialle s'observe à l'égard de la question de constitutionnalité, à son époque, de telle sorte qu'elle n'était point évoquée, lors des événements des trois(3) glorieuses de 1789. C'est plutôt la légalité des actes qui préoccupait les français, en raison de ce que la volonté générale telle que conçue par Jean Jacques Rousseau étant la norme suprême.

Dans ce contexte historique, l'Assemblée nationale française interprétait la légalité de toutes les lois votées. Le droit administratif est à ses débuts avec l'office du juge-ministre de la justice retenue qui deviendra plus tard la justice déléguée avec l'arrêt Cadot. Il faut attendre les travaux de Carré de Malberg, Otto Phefman, Denis de Bechion sur la juridiction constitutionnelle pour que l'idée de la constitutionnalité des normes soit acceptée en France. En réalité, la problématique de la détention provisoire devant le juge constitutionnel est inconnue pour le moment en droit français ; le Bénin en la matière reste une avancée notable.

Par contre, cette problématique est connue en Belgique, en Espagne¹⁹, en Allemagne et d'autres Etats, ayant vécu de graves violations des droits de l'homme. A titre d'illustration, en

18 Hans KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution... », *RDP*, 1928, page 218.

19 C'est l'objectif de la procédure de l'*Amparo*, destiné au citoyen contre les actes administratifs, réglementaires ou individuels et les décisions juridictionnelles.

Allemagne, la saisine pour violation des droits fondamentaux par un citoyen se fait pour obtenir la sanction du juge constitutionnel. « Pour l'essentiel, les droits de la première génération et de la deuxième génération, à savoir des droits fondamentaux classiques à caractère individuel ou collectif exception faite du droit de propriété : égalité, droit à la vie et à l'intégrité physique et morale, liberté idéologie, *sureté, droit à l'honneur et à l'intimité personnelle et famille, liberté de circulation et de résidence, d'expression et d'information, droit de réunion, droit d'association, droit de participer aux affaires publiques, droit d'obtenir la protection effective des juges, droit à l'éducation, droit syndical, droit de grève, droit de pétition* »²⁰. L'encrage théorique du sujet sous examen, est celle du principe de la subsidiarité du recours au juge constitutionnel en matière de violation des droits fondamentaux à l'égard du juge judiciaire²¹. Il va s'en dire que le juge judiciaire reste la première entité devant connaître du contentieux des violations des droits fondamentaux, dans un Etat de droit. La pratique a révélé une carence dans son office. Cette carence est à la base de la consécration de la saisine du juge constitutionnelle en la matière.

- 10- Parler des questions de la détention provisoire devant la Cour constitutionnelle béninoise revient à mettre ensemble, d'abord, l'ordre judiciaire et l'ordre constitutionnel d'un point de vue de compétence matérielle, c'est-à-dire que les deux(2) ordres sont désormais chacun compétent pour évoquer la question de détention provisoire, une matière pénale. Un concours de compétence matérielle entre deux(2) entités juridictionnelles s'est ainsi déclaré. Comme une zone littorale qui se situe entre la terre ferme et les battements des marées, le contentieux

20 Pierre BON, « Le tribunal constitutionnel d'Espagne, Présentation du tribunal », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, N° 2, 1996, page 65.

21 Gilles BADET, *Les attributions originales de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Friedrich Ebert Stiftung, avril 2013, Cotonou, Bénin, pages 154, 157 et suivants.

constitutionnel de la détention provisoire est pareil. La mer par les vagues charrie les écosystèmes marins sur les abords de la terre ferme en engendrant un écosystème particulier. Ce particularisme issu des deux(2) ensembles distincts n'a jamais la grandeur unitaire de chaque ensemble. Ce particularisme ne sera qu'une périphérie des deux(2) ensembles.

- 11- A ce stade, l'on pourrait risquer de penser à une idée de la *compétence pénale en matière constitutionnelle*, c'est-à-dire que la Cour constitutionnelle du Bénin dispose de compétence d'attribution en matière pénale, même si, au fond il peut accepter des réserves. Il existe donc, un contentieux constitutionnel pénal au Bénin.
- 12- La conséquence est que la question de la détention provisoire qui est originellement pénale et réservée au juge judiciaire est, désormais, évoquer de façon constitutionnelle. Dès lors, l'ordre judiciaire n'est plus la seule instance qui connaisse, la question de la détention provisoire, même si dans la forme, les débats ne sont pas de même nature.
- 13- L'état de la question actuelle sur l'étendue du contentieux constitutionnel est de savoir si la Cour constitutionnelle ne joue pas d'un impérialisme d'attribution à l'égard d'autres matières juridictionnelles comme l'a déjà souligné certains auteurs en utilisant le terme juridiction des juridictions²².
- 14- L'intérêt théorique de la présente étude est d'asseoir la pensée d'une théorie de compétence matérielle constitutionnelle en matière de détention provisoire d'une personne physique, sans opérer un éclatement de contentieux.
- 15- Aussi dans ce contexte procédural inter systémique entre les ordres judiciaire et constitutionnel, importe-t-il de retenir,

22 DJOGBENOU Joseph, « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus ?, *op. cit.* Page 1.

une théorie de compétence périphérique sous la bannière de la protection des droits fondamentaux, en raison de ce que le juge constitutionnel n'instruit pas au fond sur la question de la détention provisoire. Le juge constitutionnel se contente d'examiner la gouvernance de la gestion de la détention, à l'aune de la légalité et de l'équité.

- 16- L'intérêt pratique de l'étude permet l'élaboration d'un indicateur de la gestion de la détention provisoire non abusive et non arbitraire pour les acteurs impliqués dans la problématique.
- 17- Celle-ci, engendre la question principale de recherche formulée de la façon suivante : quelle est la nature du contentieux de la détention provisoire d'un citoyen devant la Cour constitutionnelle du Bénin ?
- 18- Au moyen d'une analyse systémique et empirique, la valse procédurale de la détention provisoire se danse, entre deux(2) salons ordinaux : l'un judiciaire et l'autre constitutionnel
- 19- Il s'en suit que l'hypothèse de l'étude est aussi le drainage de l'affaire de la détention provisoire entre les deux ordres : l'un judiciaire et l'autre non judiciaire et dont les conséquences se concentrent sur le premier.
- 20- C'est pour ces raisons qu'il s'impose de constater que le contentieux de la détention provisoire devant la Cour constitutionnelle se déroule dans un espace extrajudiciaire(I) avec des effets judiciaires(II).

I- Un contentieux extrajudiciaire

- 21- Habituellement les contestations relatives à la détention provisoire est de la compétence matérielle et territoriale des tribunaux de première instance et des cours d'appel selon le cas,

et ceci, conformément à la loi portant organisation judiciaire²³ en République du Bénin. Mais en raison des attributions matérielles relatives à la protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle peut connaître de la matière de la détention provisoire d'un citoyen, sous l'angle de la gouvernance de l'instruction.

Il s'agit avant tout, d'un espace de règlement de litige extrajudiciaire. En conséquence, cet espace extrajudiciaire induit une instance constitutionnelle de la détention provisoire²⁴.

- 22- L'analyse des décisions étudiées montre que les prétentions des requérants qui saisissent la Cour constitutionnelle béninoise, se fondent sur la détention abusive et arbitraire puis, du délai anormalement long, à la charge des organes d'instruction. L'opération de caractérisation, de qualification des faits, actes ou omissions constitutionnellement répréhensibles, peut aboutir, à une nomenclature des fautes²⁵ constitutionnelles (A) accompagnée de sanction (B).

A- Une table d'infractions constitutionnelles

- 23- En matière de compétence d'attribution de protection des droits fondamentaux, il semble se dégager une dualité infractionnelle aux termes de la loi fondamentale béninoise au regard des décisions scrutées, dans le cadre de la présente étude et qui sont au nombre de trente et une (31).²⁶

23 Il s'agit de l'article 49 de la loi N° 2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin qui dispose que les tribunaux de première instance sont juges de droit commun en matière pénale. De même, l'article 11 alinéa 2 de la même loi, donne compétence aux cours d'appel en matière pénale.

24 D'un point de vue de pratique de droit processuel, il s'agit d'une instance constitutionnelle pénale en raison de ce que la détention provisoire relève du pénal.

25 Le terme de faute constitutionnelle a été arbitrairement choisi dans la présente étude pour rester coller à l'esprit de la matière pénale. Autrement, les débats pourraient révéler d'autres appellations telles que le vice constitutionnel ou manquement constitutionnel.

26 DCC 18-046 du 1^{er} mars 2018, DCC 14-159 du 28 août 2014, DCC 16- 021 du 28 janvier 2016, DCC 16 -064 du 26 mai 2016, DCC 13-163 du 12 novembre 2013, DCC 14-101 du 22 mai 2014,

- 24- La première manche de cette dualité est la détention abusive et arbitraire (1) et le second est le défaut du délai raisonnable (2).

1- La détention abusive et arbitraire

- 25- Pour aborder la faute²⁷ constitutionnelle de la détention provisoire abusive et arbitraire, il semble important de cerner les détours conceptuels de la notion, avant de voir, sa perception par le juge constitutionnel béninois.

D'entrée de jeu, aucune définition n'a été donnée de la détention provisoire abusive et arbitraire par la loi fondamentale béninoise. Par contre, certaines notions comme "*nul ne peut être détenu pendant une durée supérieure à...*" ont été employée dans le cadre du droit à la liberté²⁸.

- 26- Il s'agit de la notion de détention d'une personne physique. Une notion de droit civil au départ, et ne concernant que les biens, mais qui a été vite, apprivoisée par la procédure pénale. Certaines lois ordinaires telles que le code pénal ayant prescrit les arrestations et séquestrations²⁹, l'attentat à la liberté³⁰ ainsi que d'autres actes attentatoires à la liberté individuelle. Ce sont des actes matériels de détentions, d'arrestation selon les cas. D'autres lois ordinaires relatives aux matières des douanes, à la flore et à la faune, à la mer, etc., ont prévu la détention ou des arrestations.

DCC 16-117 du 04 aout 2016, DCC 18-210 du 18 octobre 2018, DCC 13-162 du 12 novembre 2013, DCC 14-049 du 06 mars 2014, DCC 13-132 du 17 septembre 2013, DCC 14-200 du 20 novembre 2014, DCC 15-239 du 18 novembre 2015, DCC 14-140 du 17 juillet 2014, DCC 14-101 du 22 mai 2014, DCC 14-004 du 14 janvier 2014, DCC 17-068 du 23 mars 2017, DCC 15-003 du 13 janvier 2015, DCC 15-234 du 16 novembre 2015, DCC 16-159 du 20 octobre 2016, DCC 14-097 du 22 mai 2014, DCC 15-103 du 19 mai 2015, DCC 15-252 du 02 décembre 2015, DCC 15-228 du 05 novembre 2015, DCC 16-124 du 18 aout 2016, DCC 16-123 du 18 aout 2016, DCC 16-125 du 18 aout 2016, DCC 16-131 du 08 septembre 2016, DCC 14-174 du 16 septembre 2014, DCC 16-173 du 03 novembre 2016, DCC 16-032 du 04 février 2016.

27 Elle est forcément à la charge du magistrat instructeur et dans certaines mesures, à l'égard de l'Etat.

28 Article 18 alinéa 4 de la loi 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin modifiée par la loi 2019-40 du 7 novembre 2019.

29 Article 381 du code pénal du Bénin.

30 Article 114 du code pénal du Bénin.

- 27- Il faut distinguer la détention provisoire de ses notions voisines ou connexes, concurrentes voire fausses. Ainsi, il existe les notions de garde-à-vue, la détention aux fins d'extradition ou de remise à une juridiction à compétence nationale³¹ ou internationale³².
- 28- Il existe la notion d'exécution d'une décision de condamnation pénale qui engendre une détention de la personne physique et qu'il ne doit pas être confondu à celle de la détention provisoire.
- 29- C'est la doctrine³³ qui a donné les diverses acceptions de la notion des privations de la liberté individuelle de mouvement en incluant celle de la détention provisoire dans la notion relatives aux privations de liberté individuelle autorisées³⁴.
- 30- L'opinion dominante relative à la notion de la détention provisoire révèle deux (2) camps divisée, à l'égard de son rôle en procédure pénale. Le premier camp est composé des auteurs qui décernent la palme d'or à la détention provisoire comme un outil efficace de la gouvernance de l'instruction préparatoire. Parmi ces laudateurs, l'on peut citer René Chazelle³⁵ et Faustin Hélie. L'essentiel de leur argumentaire se base sur le fait que la détention provisoire est un moyen de maintenir la personne soupçonnée à la disposition de la justice. Ce procédé permet d'éviter la commission d'autres infractions dans cette période par le citoyen et par la même occasion, empêcher la subornation de témoins. A l'opposé de cette pensée, une réplique vient d'Edourad Mack qui objecte en

31 C'est ce qui s'observe, dans la pratique au Bénin, pour le déferrement des personnes soupçonnées de crime de terrorisme, de blanchissement d'argent, et les autres infractions entrant dans la compétence matérielle de la Cour de Répression des Infractions Economique et le Terrorisme (CRIET) en raison de sa compétence territoriale nationale.

32 Une détention provisoire en attente d'une remise à la Cour pénale par exemple.

33 DJOGBENOU Joseph, *Les privations de la liberté individuelle de mouvement non consécutives à une décision pénale de condamnation*, thèse de doctorat en droit privé, 30 novembre 2007, université d'Abomey Calavi, page 24.

34 Ibidem.

35 CHAZELLE René, *Des garanties données ou à donner au droit naturel de liberté dans la détention préventive*, thèse de doctorat, Strasbourg, 7 juillet 1922, imprimerie du Messin, page 6.

soutenant « *qu'on sacrifie ainsi le droit à la liberté individuelle à la commodité du magistrat...* »³⁶.

- 31- Pour rester au-dessus de cette querelle doctrinale, la détention provisoire est une mesure provisoire et nécessaire à la manifestation de la vérité, en matière pénale, permettant la mise à disposition du magistrat instructeur ou du procureur de la République, le temps qu'un jugement établisse la culpabilité de la personne sur qui pèse des charges et indices concordants ayant déclenchée une poursuite.
- 32- Ainsi, selon notre compréhension, la détention provisoire abusive³⁷ et arbitraire³⁸ peut être comprise comme le séjour d'un citoyen, dans une maison d'arrêt de façon illégale et résultant de la volonté malveillante de l'autorité judiciaire en charge de l'affaire.
- 33- La jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin ne s'est faite pas priée pour fixer la bonne compréhension de la notion de la détention provisoire abusive et arbitraire. En effet, l'analyse des décisions de la Cour constitutionnelle béninoise semble révélée une démarche d'interprétation de conformité à la constitution. Cette méthode d'interprétation est détaillée plus loin, dans la présente étude.

A l'issue de l'instruction d'une affaire relative à la détention provisoire, la Cour aboutit toujours, à deux (2) cas de figures. Le premier cas est la détention provisoire est contraire à la constitution et dans ce cas, elle est abusive et arbitraire. Le second cas est celui qui conclut que la détention n'est pas

36 MACK Edouard, *De l'habeas corpus : liberté provisoire, détention préventive. Observations sur le projet de réforme du code d'instruction criminelle adopté par le Sénat*, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1884, page 27.

37 Se dit de ce qui est mal fondé, injustifié, selon CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, Presse universitaire, Paris, mai 200, page 7.

38 Se dit d'une décision injuste qui n'est pas conforme aux règles de la raison et de la morale. CORNU Gérard, op. Cit. Page 67.

contraire à la constitution et de ce fait, elle n'est pas abusive et arbitraire.

- 34- Ainsi, dans le premier cas, il existe des motifs pour déclarer une détention contraire à la constitution et de ce fait abusive et arbitraire. La grande partie des motifs concerne le non renouvellement, à bonne date des mandats de dépôt, le non-respect des délais légaux de clôture de l'instruction préparatoire, la détention provisoire sans titre, le défaut de renseignement des documents concernant un détenu dans un cabinet d'instruction, diverses situations de détention en attente de transfert à une autre prison. Ce sont des motifs péremptoires qui emportent l'inconstitutionnalité dans une espèce devant la Cour constitutionnelle béninoise.

Lorsque celle-ci constate ces motifs, elle déclare la détention provisoire contraire à la constitution et conclut que la détention provisoire est abusive et arbitraire.

- 35- Toutefois, lorsque la Cour constate le contraire, c'est-à-dire que les motifs péremptoires ci-dessus-évoqués sont respectés, elle déclare qu'il n'y a pas violation de la constitution et que la détention n'est ni abusive ni arbitraire.
- 36- Autrement dit, la Cour utilise une interprétation *a contrario*. Ce procédé donne l'illustration de l'une des méthodes d'interprétation utilisée par la Cour constitutionnelle béninoise.
- 37- Dans les dispositifs des décisions la Cour, les formes d'expressions sont souvent employées de façon indifférentes. Un cas d'espèce peut conclure que *la détention provisoire est abusive et arbitraire*. Un autre cas d'espèce peut être libellé de la manière suivante : « *la détention est arbitraire* »³⁹. Dans l'un ou dans l'autre cas, la détention provisoire emporte

39 DCC 17-068 du 23 mars 2017.

l'inconstitutionnalité comme d'autres motifs tels que le délai anormalement long de l'instruction préparatoire.

2- Le défaut du délai raisonnable

- 38- Le délai raisonnable est un standard⁴⁰ juridique « à contenu variable au même titre que l'intérêt de l'enfant, les bonnes mœurs, le bon père de famille, *l'ordre public* »⁴¹, etc. La notion est d'une fortune doctrinale incontestable avec une histoire qui remonte au droit anglais et américain. Selon, Éric C. Montcho-Agbassa, la notion est connue des systèmes juridiques anglo saxon, romano-germanique ainsi qu'en droit international privé et le droit communautaire, « le délai raisonnable connaît ainsi une présence remarquable et sans cesse croissant en droit privé »⁴². Il joue un rôle important dans la gestion procédurale et dans le processus d'exécution des contrats sans oublier les conséquences et les sanctions en cas de non-respect⁴³. Parmi les conséquences du non-respect du délai raisonnable, en matière pénale, l'unanimité est faite par la jurisprudence internationale et nationale pour accorder la mise en liberté d'office.
- 39- Ainsi, la Cour constitutionnelle béninoise est restée dans cette lancée jurisprudentielle.

Au titre des statistiques par rapport aux espèces de la présente étude, six(6) affaires concernent les condamnations pour motif du délai anormalement long par la Cour constitutionnelle béninoise, soit 19,35% sur les 31 dossiers.

40 Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, page 123, citée par Pierre Chambon/Christian Guéry, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire, Juge d'instruction-Chambre de l'instruction*, Dalloz, 2007 /2008, page 462.

41 Eric Codjo MONTCHO-AGBASSA, *Contribution à l'étude d'une notion à contenu variable : le délai raisonnable en droit privé*, thèse de doctorat e droit, université d'Abomey Calavi, 2009, page 1.

42 Ibidem, page 11.

43 Ibidem, page 134 et suivants.

Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle béninoise, le motif de condamnation pour le délai anormalement long n'est pas propre seulement, à la matière pénale constitutionnelle. Il est connu aussi en matière civile ; que dis-je, *matière civile constitutionnelle* par analogie à la notion de matière pénale constitutionnelle, telle que convoquée par la présente étude.

- 40- Sur les six (6) affaires concernées par le délai anormalement long, deux (2) relèvent de la matière civile. Il s'agit de la décision DCC 16-032 du 04 février 2016 et de celle DCC16-173 du 03 novembre 2016.
- 41- Concernant la décision DCC16-173 du 03 novembre 2016, les faits constants révèlent que le requérant expose que suite à une procédure de revendication de droit de propriété sur un immeuble litigieux situé à Adakomè dans l'arrondissement de Lokogba, commune de Lalo, introduite devant le tribunal de Lokossa le 11 avril 1997. Cette juridiction a rendu un jugement numéro 812, le 2 octobre 2000. Le 12 mai 2010, l'affaire a été enregistrée à la Cour d'appel d'Abomey suite à un appel. Le 4 avril 2016, l'affaire fut appelée pour la première fois sans que la décision ne soit rendue. Ce délai de six (6) a été déclaré anormalement long par la Cour constitutionnelle béninoise. En conclusion partielle, l'affaire de confirmation de droit de propriété, une matière civile a fait l'objet d'une procédure de contrôle de constitutionnalité sous l'angle de la protection des droits fondamentaux sous le grief du délai raisonnable.
- 42- Quant à la décision DCC 16-032 du 04 février 2016, le dossier n°159/4CB/2010 relatif à une revendication de droit de propriété objet du jugement n°005/4CB/14 du 26 mai 2014. Suite à un appel, le greffier et les agents du tribunal ont pris près de dix-huit(18) mois avant de transmettre le dossier à la Cour d'appel, arguant des raisons de grèves récurrentes et les

dysfonctionnements de l'administration publique de la justice. La Cour constitutionnelle béninoise développe que « *quelles que soient les raisons évoquées relatives au dysfonctionnement du service de justice, le délai mis par le tribunal de première instance de deuxième classe d'Abomey-Calavi pour transmettre le dossier n°159/ACB/2010 à la Cour d'appel de Cotonou est anormalement long ; qu'en conséquence, il y a lieu de dire et juger qu'il y a violation de l'article 7.1.d de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* ».

- 43- En rentrant en condamnation pour le délai anormalement long, la Cour constitutionnelle béninoise débouche sur des sanctions qui ont la même nature que pour le constat de la détention abusive et arbitraire en matière de protection des droits fondamentaux.

B- Les sanctions

- 44- On pourrait se demander la nature des sanctions prononcées par la Cour constitutionnelle béninoise, en matière de protection des droits fondamentaux notamment la détention provisoire arbitraire et abusive puisqu'elle a l'obligation de statuer⁴⁴, telle que consacrée par la doctrine qui spécifie que la justice constitutionnelle au Bénin n'est pas seulement limitée au contrôle classique, elle englobe aussi la garantie des droits fondamentaux et la sanction de leur violation.
- 45- Dans la pratique, elle constate les violations des droits fondamentaux avant d'entrer en condamnation. Au titre des condamnations récurrentes, la Cour déclare contraire à la Constitution ou à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, les actes incriminés (1). Dans son évolution, la Cour a innové en décidant dans certaines matières que les violations

44 Article 117 nouveau alinéa 4 « La Cour constitutionnelle statue obligatoirement...sur la violation des droits de la personne humaine ». Voir Gérard AIVO, « Les recours individuels devant la Cour constitutionnelle béninoise », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives* N°39, 180.

notamment la détention arbitraire et abusive donne droit à réparation sans vider le quantum des dommages-intérêts (2)

1- L'inconstitutionnalité de la détention provisoire

- 46- Dans sa majorité, la Cour prononce l'inconstitutionnalité⁴⁵ de la détention provisoire après avoir constaté qu'elle est arbitraire et abusive lorsqu'elle n'est pas réalisée, dans les conditions légales prévues par le code de procédure pénale et les autres textes applicables.
- 47- Parmi ces conditions légales, trois (3) peuvent être retenues de façon générale. La première condition légale est le délai de clôture d'une affaire en instruction et la deuxième condition est le délai de renouvellement d'un mandat de dépôt, à l'égard d'une personne physique en détention provisoire. La troisième est la détention provisoire sans titre.
- 48- Concernant le délai de clôture d'une affaire en instruction dans un cabinet, il est de cinq (5) ans pour les crimes et de trois (3) ans pour les délits. A titre d'illustration, dans une espèce⁴⁶, il ressort de l'analyse « *des éléments du dossier que le citoyen J. D-Y. a été poursuivi dans le cadre d'une procédure judiciaire et placé sous mandat de dépôt le 15 juillet 2013 pour incendie volontaire d'un garage ; qu'il en découle que sa détention à la prison civile de Ouidah n'est pas arbitraire et ne constitue pas une violation de la Constitution* ». Dans cette espèce, il s'agit d'un crime et au moment de l'instance constitutionnel le juge d'instruction n'avait pas encore dépassé le délai légal d'instruction de l'affaire qui est de cinq (5) ans.
- 49- En ce qui concerne le délai de renouvellement d'un mandat de dépôt, qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, le délai est de six

45 Les formule usuelles employées par la Cour est « ...est arbitraire et constitue une violation de la Constitution ».

46 Décision DCC 14-159 du 28 aout 2014.

(6) mois. Dans la pratique, les greffiers de cabinet d’instruction s’organisent pour notifier aux personnes en détention, les ordonnances de prorogation de mandats de détention avant l’écoulement du jour franc sur les six (6) mois. Un exemple⁴⁷ renseigne que le requérant A. V. détenu devant le juge du premier cabinet d’instruction du tribunal de Ouidah depuis le 3 janvier 2013, date de la notification de son maintien en détention à la prison civile de Porto Novo, son titre de détention n’a plus été renouvelé et qu’il n’a non plus été soumis à un interrogatoire au fond. Lors du transport judiciaire effectué au tribunal de Ouidah, les acteurs judiciaires en charge du dossier de la procédure n’ont pas été en mesure de mettre à la disposition de la haute juridiction une copie du dossier de la procédure. En outre, il n’y est fait mention d’aucune ordonnance de prolongation de détention ni d’aucun procès-verbal d’interrogation le concernant. Dans cette affaire, la Cour, a dit et jugé que le maintien en détention à la prison civile de Porto Novo, de A.V. dans le cadre de la procédure n°398/RP-09, 32/RI-09 pendante devant le juge du premier cabinet d’instruction du tribunal de Ouidah est arbitraire. Le motif est principal est le non renouvellement de son mandat de dépôt.

- 50- Quant à la détention sans titre, il s’agit de la situation carcérale d’une personne physique sans un titre de détention provisoire. C’est le cas d’une affaire⁴⁸ dont les faits sont les suivants : le citoyen H.C. est placé sous mandat le 20 mai 2010 à la prison civile de Porto Novo au premier cabinet d’instruction. Mais le juge en charge du dossier a été muté sans qu’un remplaçant soit nommé et le cabinet est resté vacant pendant plus d’un an et

47 Décision DCC17-068 du 23 mars 2017.

48 Décision DCC 15-103 du 19 mai 2015. Voir aussi les décisions DCC 15-228 du 05 novembre 2015, DCC 15-252 du 02 décembre 2015, DCC 16-131 du 08 septembre 2016, DCC 16-123 du 18 août 2016, qui sont partiellement des affaires de détention provisoire, sans titre à terme, c’est-à-dire sur une période donnée.

demi. Cette situation de dysfonctionnement du service public de la justice préjudiciable à la liberté de H.C. pendant dix-huit (18) mois n'a fait l'objet d'aucune procédure. La Cour a dit et jugé que cette détention provisoire pendant dix-huit (18) mois est sans titre et est contraire à la Constitution. Il en est de même des faits de l'affaire, objet de la décision DCC-18-210 du 18 octobre 2018 de la Cour constitutionnelle béninoise et consultable en ligne.

- 51- En conclusion partielle, la détention provisoire mal gérée par le magistrat instructeur peut emporter la sanction d'inconstitutionnalité. Cette sanction constitutionnelle⁴⁹ encourue par un haut fonctionnaire de l'administration de la justice est une protection contre l'arbitraire à l'égard du citoyen notamment la personne physique en détention provisoire. La formule de Gérard Aivo est toute faite à cet égard, pour approbation du contexte actuel dans lequel les droits fondamentaux sont devenus aujourd'hui des droits "tous azimuts" opposables tant à la puissance publique qu'aux puissances privées⁵⁰.
- 52- La détention arbitraire peut faire l'objet d'indemnisation par le ministère de la justice ou de réparation par voie de recours devant la Cour constitutionnelle.

2- Le droit à réparation "vidable"

- 53- Le juge constitutionnel béninois statuant sur une demande de droit de réparation en matière de détention provisoire arbitraire et abusive, peut vider sur le siège, en l'état actuel du droit positif, à partir de trois(3) raisons principales.

49 Elle peut servir de base de poursuite disciplinaire, selon le cas contre le juge d'instruction devant le Conseil supérieur de la magistrature et, pouvant emporter sa responsabilité professionnelle.

50 Constance GREWE, « Le contrôle de la constitutionnalité de la loi en Allemagne : quelques comparaisons avec le système français », *Pouvoirs* n°137, 2011, page 144, citée par Gérard AIVO, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *op. cit.* Page 100.

- 54- La première raison légale est liée à l'idée que la rétribution allouée à un citoyen en contrepartie, d'une détention provisoire arbitraire est prévue par le droit positif béninois. Ce principe confirme la théorie de la subsidiarité du contentieux de la protection des droits fondamentaux devant le juge constitutionnel par rapport à l'ordre judiciaire⁵¹.
- 55- En effet, les articles 206, 207, 208, 209, 210 ont prévu, une indemnisation au profit des personnes victimes d'une détention arbitraire⁵². Ainsi l'article 206, dispose que « *Toute personne ayant fait l'objet d'une garde à vue ou d'une détention abusive peut, lorsque la procédure aboutit à une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement passée en force de chose jugée, obtenir une indemnisation si elle établit qu'elle a subi du fait de sa détention ou garde à vue un préjudice actuel d'une gravité particulière* ».
- 56- Il est vrai que les conditions légales exigées pour bénéficier de l'indemnisation paraissent utopiques⁵³ en raison de leur caractère inapproprié à la réparation des dommages corporels et tous préjudices subis sur l'intégrité physique d'une personne humaine et appellent d'importantes réserves d'application pratique, dans un procès pénal. Au sens de cet article, trois(3) conditions doivent être remplies par le demandeur à l'indemnisation. Il s'agit de prouver le caractère abusif de la

51 Bien que cette procédure soit amiable et non contentieuse, elle se déroule sous l'égide de l'administration de la justice. Elle émane de l'ordre judiciaire qui est la voie principale de protection des droits fondamentaux dans l'ordonnement juridique du Bénin. L'ordre judiciaire au Bénin relève de la hiérarchie administrative du Garde des Sceaux, Ministre de la justice.

52 Une interprétation téléologique permet d'assimiler la détention provisoire arbitraire et abusive dans la catégorie des détentions arbitraires. Pendant le régime dictatorial marxiste- léniniste qu'a connu le Bénin de 1972 à 1990, le régime carcéral au Bénin connaissait entre autres, l'internement administratif qui permettait à n'importe quelle autorité politique de faire cesser la jouissance du droit d'aller et de venir d'un citoyen, à tout moment et sans conditions légales.

53 Cette disposition rappelle les obligations civiles de la période coloniale sur le régime des travaux forcés dans les colonies françaises d'Afrique notamment le Dahomey.

détention provisoire⁵⁴, l'avènement d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement ayant passé en force de chose jugée, et l'existence d'un préjudice actuel d'une gravité particulière. Parmi ces conditions, il est clair que la première condition paraît ne poser aucun problème mais les deux (2) autres sont, à la limite, utopiques.

- 57- Concernant la preuve de la détention abusive, il suffit de vérifier les mentions portées sur les procès-verbaux d'arrestation policière et le rappeler au magistrat du parquet dès la translation du poste de police au parquet d'instance, au tribunal. Mais, dans la pratique, il peut s'observer certains goulots d'étranglement dans certaines régions du Bénin entraînant des dysfonctionnements. C'est le cas par exemple des arrestations en pleine forêts ou parc nationaux tels que la Pendjari ou le W. Les distances étant parfois longues et le personnel forestier est souvent insuffisant, il peut paraître utopique de demander à un seul agent forestier d'acheminer au tribunal le plus proche, celui de Kandi par exemple pour le parc national W, dans un délai de 48 heures, des personnes mises en cause, pour une infraction de délit de chasse ou d'abattage illégal d'arbres sans autorisation préalable, de l'administration forestière. Ces goulots d'étranglement n'empêchent pas la procédure d'évoluer.
- 58- Quant à l'obtention d'une décision de non-lieu, de relaxe ou d'acquittement ayant passé en force de chose jugée, le législateur béninois n'a pas été réaliste. Dans la pratique, il est inconcevable d'attendre une décision définitive qui soit passée en force de chose jugée, pour se faire rembourser de petites sommes d'argent ou soigner des ecchymoses et des hématomes en cas de traitements inhumains et dégradants.

54 Il a été aussi prévu la garde à vue abusive.

- 59- Des propositions de solutions sont développées plus loin dans la présente étude. Aussi, dans notre architecture judiciaire, un procès pénal, peut-t-il durer deux(2) décennies.
- 60- Enfin, l'existence d'un préjudice actuel d'une gravité particulière paraît incertaine car il faudrait faire des expertises médicales pour appuyer cette prétention. La gravité particulière nécessite une précision scientifique des médecins légistes. Ces formalités sont souvent coûteuses et sont à la charge exclusive du citoyen dans un Etat sous développé, comme le nôtre.
- 61- A côté des dispositions de l'article 206 qui sont déjà difficile d'application, les 207, 208, 209, 210 créent les modalités prévues pour percevoir les indemnités pour cause de détention provisoire ou de garde à vue abusive. Entre autres modalités, la victime doit saisir la commission créée à cette fin pour une instruction de l'affaire qui aboutit à un arbitrage. Dans la pratique, cette commission n'est pas encore fonctionnelle.
- 62- Au total, la procédure d'indemnisation de la détention provisoire ou de la garde à vue abusive prévue par les articles 206, 207, 208, 209, 210 n'est pas effective, au moment de la mise sous presse de la présente étude. La voie indiquée pour le moment est la saisine de la Cour constitutionnelle.
- 63- La deuxième raison principale qui fonde le juge constitutionnel béninois à statuer sur une demande de droit de réparation en matière de détention provisoire arbitraire et abusive est que la Cour constitutionnelle béninoise s'est rendue visible dans le paysage de la justice constitutionnelle au triple plan international, communautaire et national puis championne dans sa mission de protectrice des droits fondamentaux. Pour se convaincre de ce vedettariat, nombre de chercheurs étrangers dans le monde consacrent des études scientifiques et font déplacer leurs

laboratoires de recherches pour scruter les avancées opérées par la jurisprudence constitutionnelle béninoise. Le hic est la place prépondérante qu'occupent les études réalisées en matière de justice constitutionnelle par les chercheurs de l'espace communautaire ouest africain sur cette Cour.

- 64- En amont, pour mériter sa place de leader de juge constitutionnelle sur le volet de la protection des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle a suivi une pérégrination jurisprudentielle pour aboutir à la sanction du droit à réparation⁵⁵. L'histoire de l'avènement du droit à réparation, dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise date de la période des mandatures Denis Ouinsou Conceptia (1998-2000, 2000-2003, 2003-2008). La notion est d'origine prétorienne car n'étant pas une base légale⁵⁶ explicite de la Constitution. Elle a plutôt été inspirée de la doctrinale et de la coutumière internationale en matière de préjudice subi pour cause de violation des droits fondamentaux⁵⁷. Mais très tôt, la Cour s'est mise dans un silence totale par rapport à cette ligne jurisprudentielle. En effet, depuis l'affaire Fanou qui a été couronnée de succès procédural en permettant à la débitrice de percevoir une somme de francs CFA cinq millions (5000000), à titre de dommage-intérêts pour des traitements inhumains et dégradant, la Cour condamne rarement au droit à réparation.
- 65- Aussi, une grande partie de la doctrine s'évertue à relever les insuffisances du droit à réparation⁵⁸. Ce qui ne devrait pas être le cas en matière de la réparation de la détention provisoire arbitraire et abusive.

55 Gérard AIVO, « Les recours individuels devant le juge constitutionnel béninois », *op. cit.* Page 184.

56 Latif SIDI, « Le juge constitutionnel et le droit à réparation », in *Cour constitutionnelle, Jurisprudence de la Cour constitutionnelle : les droits fondamentaux. Etudes en l'honneur des 2eme et 3eme mandatures présidées par Conceptia Liliane Denis Ouinsou, 1998-2003 et 2003-2008*, page 325.

57 Ibidem.

58 Gérard AIVO, *op. cit.* page 202. L'auteur constate l'absence de moyen d'exécution du droit à réparation de la Cour constitutionnelle béninoise.

- 66- La troisième raison principale qui fonde le juge constitutionnel béninois à statuer sur une demande de droit de réparation en matière de détention provisoire arbitraire et abusive est le principe général de droit de forum shopping, connu en droit international. Ce principe permet à un plaideur, de saisir l'une des juridictions compétentes de son choix pour avoir satisfaction de son droit violé, dans l'ordre international. Donc, la Cour peut vider au fond la question de la quantification nécessaire des dommages-intérêts, en matière de détention abusive ; la saisine du juge judiciaire restant la voie principale.
- 67- Au total, le droit à réparation ne souffre d'aucun obstacle légal aux fins de quantification des dommages-intérêts pour détention provisoire arbitraire pendant l'instance constitutionnelle dans le droit positif béninois.
- 68- Le serpent tué par Denis Oinsou peut être décapité, au plan procédural constitutionnel, sans obstacle légal et permettre aux victimes de réparer la douleur de l'incarcération illégale. Ce droit à réparation ainsi achevé, produit des effets ambivalents.

II-Des effets ambivalents

- 69- « *On s'emploie maintenant à vanter l'ouverture du prétoire constitutionnel aux citoyens. On la justifie par des termes élogieux, glorifiant l'avancée de l'Etat de droit. Mais on a pas encore approfondi les aboutissants de cette démocratisation du contentieux constitutionnel alors qu'elle n'est pas sans susciter des interrogations* ⁵⁹ ». Certaines de ces interrogations de l'instance constitutionnelle pénale en cours actuellement au Bénin, peuvent être assimilées à des suites autant heureuses que non reluisantes du point de vue juridique et administratif.

59 Cyrille GOUGBEDJI, « La requête en contentieux de constitutionnalité au Bénin », *Université Gaston Berger, Revue africaine de sciences politiques et sociales* n°20, janvier 2019, Editions Librairie Juridique Africaine, page 3.

70- Au titre des suites heureuses, l'instance constitutionnelle pénale concourt à l'efficacité recherchée par le standard universel de justice équitable (B). Par contre, dans la pratique actuelle, il se révèle une banalisation de la collaboration entre l'ordre judiciaire et l'ordre constitutionnelle (A).

A- Une collaboration interinstitutionnelle critique

71- La collaboration induite par l'instance constitutionnelle pénale, présente des situations anormales au plan de la gouvernance des institutions prévues par la Constitution, dans la mesure où la séparation des pouvoirs, fait du pouvoir judiciaire et de la Cour constitutionnelle des contre-pouvoirs. La mise en œuvre actuelle de la compétence pénale de la Cour constitutionnelle réduit les cabinets d'instruction en statut de mis en cause d'infraction constitutionnelle, face aux personnes en détention provisoire, qui ont le statut de requérant (1) entraînant de ce fait un bouleversement des dyarchies (2).

1- Des organes d'instruction en procès asymétrique

72- L'instance qui se déroule actuellement devant la Cour constitutionnelle opposant le juge en charge de l'information judiciaire et l'inculpé n'est pas normal du point de vue de la gouvernance institutionnelle. En effet, le requérant est la personne en détention provisoire qui a saisi la Cour pour voir déclarer inconstitutionnelle sa situation carcérale. L'objectif pour le requérant est le bénéfice de la liberté provisoire. Celle-ci, en principe est accordée par le juge des libertés et de la détention. Toutefois, le dossier de l'information judiciaire est sous la responsabilité principale du juge d'instruction car le juge des libertés et de la détention s'occupe seulement du contentieux de la liberté et de la détention ; une attribution naguère relevant de la compétence du juge d'instruction.

- 73- En réalité, la demande vise à faire vérifier par le juge constitutionnel l'existence de vices de gestion du dossier de l'information judiciaire, sous l'autorité du magistrat instructeur notamment le renouvellement du mandat de dépôt à temps et la durée légale de l'instruction. Ce contrôle se fait déjà, à travers les services de l'inspection judiciaire de l'administration centrale de la justice. C'est un droit de contrôle de l'activité du juge d'instruction qu'exerce indirectement par le détenu. Ce qui n'est autre chose qu'un abus de droit instauré, au profit des personnes en détention provisoire, à l'égard du magistrat instructeur en charge de l'information judiciaire. C'est pourquoi des propositions de réforme sont faites plus loin, dans le cadre de cette étude.
- 74- Concrètement, il n'est pas du ressort de la personne en détention de contrôler l'autorité judiciaire en charge de l'instruction. Autrement dit, ce recours favorise une inspection de l'activité du juge d'instruction par le détenu. Ce qui viole le principe général de droit qui interdit à une partie, d'être en même temps juge. Une prise à partie est inévitable dans cette procédure. Dans ces conditions, des ressentiments peuvent apparaître du côté d'une partie en cause, notamment le juge d'instruction.
- 75- Avec l'avènement du recours, la Cour constitutionnelle s'arroge les attributions régaliennes des services de l'inspection judiciaire et opère ainsi une double inspection du cabinet mis en cause.
- 76- A l'analyse, ce procès est un procès asymétrique car les parties litigantes sont de nature différente ; l'une exerçant un droit subjectif (le détenu) et l'autre (le juge d'instruction) un agent public investi d'une mission publique. La personne détenue est sous l'autorité du magistrat instructeur et de ce fait aucune confrontation sur la gestion du dossier ne devra se faire entre

les deux parties de façon contradictoire. Une proposition de réforme est faite dans la présente étude, plus loin.

- 77- Au total, la comparution d'un juge d'instruction, dans une instance constitutionnelle pénale, est inconcevable du point de vue administratif car le juge d'instruction n'est pas administrativement un organe. Quoiqu'indépendant et inamovible dans le système administratif de droit africain francophone, il a une hiérarchie immédiate qu'est le chef de juridiction. Cette pratique peu recommandable entraîne de graves conséquences.
- 78- A titre illustratif, le procès de la détention provision devant la Cour constitutionnelle béninoise pourrait être source de divulgation du secret de l'instruction. Dans le droit processuel général, l'instruction est d'abord secrète. Le secret de l'instruction est valable autant à l'égard du juge que les parties impliquées dans les actes d'instruction. Or, dans la pratique de la Cour constitutionnelle béninoise, une publicité est assurée à tous les audiences. Aussi, cette pratique viole-t-elle les dyarchies constitutionnelle.

2- Les dyarchies constitutionnelles bafouées

- 79- Les dyarchies constitutionnelles sont bafouées, au regard de certaines matières confiées à la Cour constitutionnelles béninoises et son mode de fonctionnement car chaque institution constitutionnelle dispose de son domaine de compétence suivant la Constitution, les principes généraux de droit et la coutume internationale.
- 80- En effet, l'érection de la Cour constitutionnelle telle que pensée par le constituant de février 1990, à la Conférence nationale des Forces vives de Nation, n'est pas exempte d'imperfections⁶⁰.

60 Olivier ALLOCHEME, « L'impossible consensus », Edito, News.acotonou.com, publié le lundi 14 décembre 2020, page 1, consulté, le 9 octobre 2022 sur le net.

- 81- Il semble utile de rappeler que la conception de Hans Kelsen de la Cour constitutionnelle se limite à deux (2) branches principales. La première est le contentieux des normes aux fins de veiller à ce que les lois nouvellement votées par le parlement soient conformes à la norme de référence qu'est la Constitution. La seconde et dernière branche est le rôle de la régulation des pouvoirs publics.
- 82- Mais contre toutes attentes, le constituant béninois a donné d'autres attributions spécifiques à la Cour constitutionnelle et dérogeant à la norme classique. Cette dérogation a engendré des initiatives originales, acceptées de tous dans le monde de la justice constitutionnelle et continue d'inspirer certains Etats, sur l'expérience béninoise. Toutefois, d'autres initiatives originales comportent des acronymes dénaturant l'architecture juridictionnelle.
- 83- Ainsi, l'une de ses imperfections semble se dessiner, dans le caractère confus des attributions matérielles de cette Cour, en matière juridictionnelle.
- 84- Certaines de ces attributions matérielles sont en concurrence directe, avec celles d'autres institutions constitutionnelles. Cette situation propice à la confusion des rôles entre les piliers de la République appelle de fortes critiques et nécessite des réformes hardies et appropriées.
- 85- Nulle part au monde, une juridiction constitutionnelle ne peut contrôler la gouvernance d'un cabinet d'instruction, un organe relevant administrativement de l'autorité de chef de juridiction. Cette confusion institutionnelle est un reniement des dyarchies constitutionnelles. En principe, la Cour devrait très tôt se déclarer incompétente sur ces chefs de demande des requérant comme elle a su le faire en matière judiciaire, en matière

administratif car même s'il elle a acquis le rôle des juridictions des juridictions, elle n'est pas fondée à statuer sur tout.

- 86- Il est vrai qu'au sens de l'article 117, la Cour a l'obligation de statuer sur la violation des droits de la personne humaine et l'article 114 dispose 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* ». Fort de ces dispositions, une approche casuistique devrait emporter l'exemption de connaître et de statuer sur les requêtes portant sur la gouvernance des cabinets d'instruction qui relèvent administrativement du ministère de la justice, de l'ordre judiciaire.
- 87- La moralité de l'exemption souhaitée est que la Cour a eu d'énorme succès, dans l'exercice de ses autres fonctions de garante de la Constitution, de régulatrice du fonctionnement des pouvoirs publics et qui ont impacté de manière positive l'idéale de standard international de justice équitable

B- Une contribution à la justice équitable

- 88- Depuis sa création et sa mise en service, en trois(3) décennies, l'évaluation de la Cour constitutionnelle béninoise, dresse des grandes pages laudatives au service de l'enracinement de la démocratie implantée par le peuple. Sur le terrain du respect des droits de l'homme, le contentieux de la détention provisoire a permis, le recouvrement de liberté, à certains détenus dont l'instruction connaît des dysfonctionnement inacceptables (1) et qu'il va falloir trouver des mécanismes correctifs, dans l'ensemble du système (2).

1- Des libertés recouvrées d'office

- 89- L'une des retombées significatives de l'action engagée contre les organes d'instruction devant la Cour constitutionnelle béninoise est la mise en liberté d'office par le juge des libertés et de la détention, lorsque la détention provisoire est abusive et arbitraire ou simplement arbitraire.
- 90- En effet, au nombre des raisons qui militent en faveur de la mise en liberté d'office par la Cour, il peut être recensé, le non renouvellement à bonne date, de certains mandats de dépôt par les magistrats instructeurs. Cette situation s'est observée dans certaines affaires⁶¹.
- 91- Les causes de mise en liberté provisoire pour cause de non renouvellement de mandat de dépôt sont très rares lorsqu'on considère le nombre astronomique des affaires dans les cabinets d'instruction.
- 92- Le non renouvellement de mandat de dépôt est examinée dans d'autres matières notamment les textes régissant l'exercice de la profession de magistrat. L'analyse du défaut de non renouvellement de mandat de dépôt montre que la jurisprudence de la Cour ne tient point compte des dysfonctionnements de l'administration de la justice.
- 93- Au titre des dysfonctionnements notés dans l'administration de la justice, il y a la survenance des grèves des syndicats de magistrats, de greffiers et les autres composantes du personnel du secteur de la justice. Les conséquences des grèves dans le secteur de la justice sont préjudiciables à maint égards notamment l'approche du respect des droits fondamentaux dans les procédures affaires.

61 Il s'agit des décisions suivantes : DCC 16-131 du 08 septembre 2016, DCC 15-252 du 02 décembre 2015, DCC 15-228 du 05 novembre 2015, DCC 16-124 du 18 aout 2016, DCC 16-125 du 18 aout 2016, DCC 15-103 du 19 mai 2015, DCC 16-159 du 20 octobre 2016, DCC 15-234 du 16 novembre 2015, DCC 16-117 du 04 aout 2016.

- 94- C'est ainsi que le non renouvellement des mandats de dépôt d'un détenu dans un cabinet est dû aux grèves du personnel du secteur judiciaire. La gestion des procédures concernées demeure préoccupante.
- 95- A titre d'illustration, les faits de la décision DCC 16-032 du 04 février 2016, révèlent que le dossier a été vidé en mai 2014 à l'audience. Depuis lors, ce n'est que courant le mois de novembre 2015 que le dossier ainsi que la décision du juge et du greffier sont parvenus en appel. Le greffier interpellé sur ce retard a fait observer que la décision n'a pu être signée, à temps du fait des grèves et des perturbations qu'ont connues les juridictions béninoises en 2014. Dans son délibéré, les grèves et les perturbations n'ont pas empêché la Cour d'entraîner en condamnation pour délai anormalement long.
- 96- Le manque de personnel magistrat instructeur peut être cité comme des illustrations de dysfonctionnement que l'administration de la justice doit améliorer.

2- La pratique constitutionnelle améliorable

- 97- A l'étape actuelle, l'observation de la détention provisoire devant la Cour constitutionnelle béninoise nécessite des réformes procédurales pratiques. Au nombre de ces réformes, trois(3) paraissent immédiates à l'application.
- 98- La première concerne la publicité des audiences de la Cour. Il semble souhaitable de surseoir à cette publicité, ne serait ce, en ce qui concerne l'instance constitutionnelle relative aux recours visant la l'inconstitutionnalité, de la détention provisoire impliquant les cabinets d'instruction et qui peuvent se dérouler obligatoirement, à huit clos et interdites de couverture médiatique.

- 99- Il est vrai que les dispositions de l'article 10 alinéa 4 et 5 du règlement intérieur de la Cour, en date du 10 août 2022, encadrent les attributions et pouvoirs du président de la Cour, il serait judicieux de faire cette préciser de restriction, dans la publicité desdites audiences.
- 100- La deuxième réforme concerne la comparution personnelle du magistrat instructeur aux audiences impliquant son cabinet. Il serait souhaitable que les réponses aux mesures d'instruction adressées par la Cour au magistrat instructeur soient présentées par un inspecteur des services judiciaires ou un membre du cabinet du Ministre de la justice notamment le conseiller chargé des affaires juridiques.
- 101- Dans la pratique, les juges d'instruction se contentent d'expédier à la Cour leurs mémoires. Mais, cette pratique n'est pas encore généralisée de sorte que les conseillers soupçonnent les juges d'instruction de rébellion à la comparution. Laquelle comparution nécessite d'ailleurs des formalités administratives et les moyens financiers qui peuvent alourdir le maigre budget de fonctionnement des juridictions ; surtout celles qui sont les plus éloignées du siège de la Cour qui se situe à Cotonou.
- 102- Quant à la troisième et dernière réforme, elle concerne le caractère secret de l'instruction préparatoire. Il est important de surseoir à la publicité des audiences constitutionnelle pénale pour respecter l'esprit des enquêtes judiciaires de notre système romano-germanique qui est d'abord inquisitoire.

CONCLUSION

- 103- Depuis sa création en 1990 par la Constitution du Bénin et sa mise en service en 1993, sous le régime du président de la république Nicéphore Soglo, ce n'est qu'en 2013 que l'une des premières décisions en matière de détention provisoire a été rendue, dans le cadre des attributions *materiae ratione* de la protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle béninoise.
- 104- Ainsi, ce contentieux intéresse de façon exclusive, les personnes physiques poursuivies devant la justice et faisant l'objet de mesure provisoire de détention. Celle-ci prétendent que leur détention est inconstitutionnelle, en espérant un bris de fer pour recouvrer une liberté provisoire, sur fond d'arguments "*droit-de-l'hommiste*".
- 105- Lorsque la détention est mal gérée par le magistrat instructeur, la cause aboutie et la Cour déclare la détention provisoire contraire à la Constitution et à la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Dans ce cas, il est ordonné la liberté d'office du détenu.
- 106- Dans le cas contraire, le détenu attend la clôture de l'instruction avant d'être renvoyé devant le juge de jugement compétent, selon la nature de l'infraction à lui reprochée.
- 107- C'est le procès des détenus devant la Cour constitutionnelle, en langage ou dans le jargon des juges d'instruction. Cette situation juridique ouvre la voie de la théorie de compétence pénale de la justice constitutionnelle dans le droit positif béninois. Ce contentieux, reste un contentieux de périphérie car la Cour constitutionnelle ne s'occupe pas de l'instruction de l'affaire comme le juge d'instruction de l'ordre judiciaire.

L'IMPACT DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE SUR
L'AUTONOMIE ET L'INDÉPENDANCE DES SOCIÉTÉS
COOPÉRATIVES OHADA

Mouniratou SARE MIZI

*Doctorante à l'Ecole doctorale sciences juridique,
politique et administrative de l'Université de Parakou (Bénin).*

Si les dévastations causées par la révolution industrielle (baisse de salaire, croissance de la pauvreté, exclusion sociale, etc.) avaient amené certains auteurs à penser à la forme d'organisation sociale basée sur la coopération des individus, cette forme d'organisation s'est vue plusieurs fois, détourner de son objectif de départ¹. D'abord, par les colonisateurs comme instrument stratégique permettant de regrouper les populations pour mieux contrôler les peuples colonisés et de collecter des produits nécessaires à l'économie de la métropole. Et ensuite, par les gouvernements fraîchement indépendants pour atteindre des buts macroéconomiques alors que la forme coopérative est censée répondre aux besoins de base de ses membres en plaçant l'économie au service de l'humain². En cette période de crise sanitaire, avec toutes les conséquences qu'elle peut engendrer à savoir : l'accentuation de la pauvreté, le chômage, etc., il urge de faire recours à l'arsenal juridique institué par le législateur OHADA qui consacre une grande liberté contractuelle aux coopérateurs afin qu'ils puissent s'auto employer, s'autogérer, s'autofinancer et élaborer des stratégies socio économiques basées sur le bien être de la communauté. Ce qui nous intéresse c'est d'étudier *l'impact de cette liberté contractuelle consacrée par le*

1 ESPAGNE F., « Des modèles originels à un modèle original », in remémoration de l'histoire du statut et des outils des sociétés coopératives, 12 janvier 2009, p 3.

2 TCHAMI G., Manuel sur les Coopératives à l'usage des organisations des travailleurs, éd. BIT, Genève, 2004, p 22.

législateur OHADA sur l'application ou le respect du principe de l'autonomie et de l'indépendance des coopératives. Le principe de l'autonomie et de l'indépendance des coopératives est le 4^e principe coopératif universellement reconnu par la déclaration sur l'identité coopérative de l'Association Coopérative Internationale³.

Aux termes de l'article 4 alinéa 1 AUDSCOOP, « la société coopérative est un groupement autonome de personnes volontairement réunies pour satisfaire leurs aspirations et besoins économiques, sociaux et culturels communs, au moyen d'une entreprise dont la propriété et la gestion sont collectives et où le pouvoir est exercé démocratiquement et selon les principes coopératifs »⁴. Elle peut être aussi définie comme une association de personnes qui se sont volontairement regroupées pour atteindre un but commun par la constitution d'une entreprise dirigée démocratiquement en fournissant une quote-part équitable du capital nécessaire, et en acceptant une juste participation aux risques et aux fruits de cette entreprise, au fonctionnement de laquelle, les membres participent activement⁵.

La coopérative est l'usage particulier de la notion de coopération. La coopération peut être définie comme un processus social dans lequel des individus œuvrent ensemble à la réalisation d'un objectif ou d'un but commun⁶. Elle est l'action de coopérer. La coopération est présente à tous les âges de l'humanité même les plus anciens. Dans la plupart des cas, la coopération survient lorsqu'il y a des difficultés qui menacent un certain nombre d'individus. En fait, la coopérative se fonde sur les principes de la coopération, ce qui implique que, la coopérative suppose la coopération entre les personnes. Par contre, la notion de coopération ne se résume pas forcément à la coopérative, elle peut être aussi envisagée comme une contribution

3 Déclaration sur l'identité coopérative : Déclaration entérinée par l'assemblée générale de l'Alliance coopérative internationale lors du congrès de Manchester – septembre 1995.

4 Voir art. 4 al 1 AUDSCOOP.

5 Voir la Recommandation 127 de l'OIT adoptée en 1966.

6 TCHAMI G., *Opcit.*, p 2.

ou une aide apportée par les pays industrialisés aux pays en voie de développement⁷. Quant à la liberté, elle peut prendre plusieurs connotations. Elle peut être définie comme la situation garantie par le droit, dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés⁸. La liberté est parfois appréhendée comme toute faculté de faire, tout droit de faire ou d'accomplir un acte. Parfois encore, on l'utilise comme synonyme d'absence de réglementation, de taxation, etc⁹. En ce qui nous concerne ce travail, nous la percevons la liberté contractuelle comme la liberté des statuts, c'est-à-dire, la liberté que le législateur accorde aux coopérateurs de définir par eux même et dans une large dimension, des règles statutaires qui vont s'appliquer au fonctionnement de la société qu'ils ont créés pour résoudre leurs propres problèmes.

La liberté consacrée par le législateur sous-tend, non seulement que les coopérateurs possèdent une sphère d'autonomie, une sphère de libre détermination, mais aussi que celle-ci est reconnue par l'Etat. Il y a donc connexion entre les facultés d'agir des membres coopérateurs et l'autorisation d'agir qui émane de l'Etat, laquelle implique la négation des ordres et des interdictions arbitraires de sa part. D'ailleurs, de plus en plus d'Etats comprennent que les mesures d'ajustement structurel, les obligent à réduire leur rôle dans la sphère économique, à passer de l'économie planifiée à une économie de marché et à équilibrer l'évolution des différents secteurs de leur économie. Sans le développement et le renforcement des organismes fondés sur l'autopromotion et l'auto-responsabilité, ces mesures s'avèreront inopérantes. Par conséquent, les coopératives sont de plus en plus souvent à nouveau considérées comme un moyen dont les membres disposent pour atteindre des objectifs que les entreprises capitalistes ne jugent pas suffisamment rentables et que les Etats ne peuvent ou ne souhaitent plus réaliser.

7 Voir LAROUSSE Dictionnaire de Français : 60000 mots, définition et exemples, éd. Larousse 2008, p.92.

8 CORNU G., Vocabulaire juridique, 9^e éd. Quadrige, Paris, 2011, p.608.

9 CORNU G. Op.cit. p.,

Selon la philosophie initiale du mouvement coopératif, seuls les membres de la coopérative peuvent bénéficier de ses services. Ce n'est qu'après la déclaration internationale sur l'identité coopérative de 1995 qu'une dimension communautaire a été ajoutée à la coopérative avec pour conséquence le devoir de penser au bien être de sa communauté d'appartenance¹⁰.

Ce devoir de service à la communauté se trouve clairement consacré dans l'acte uniforme portant droit des sociétés coopératives (**art. 6 AUSCoop**) même s'il n'y figure aucune précision sur ce qu'on entend par « engagement volontaire envers la communauté ». Tout compte fait, de façon générale, il revient aux coopératives d'adopter les mesures internes pour que la communauté puisse bénéficier des retombés des investissements de ses membres. Ce principe de l'engagement envers la communauté « est conforté par l'importance de l'ancrage territoriale des coopératives qui, contrairement aux sociétés commerciales classiques, ne peuvent être délocalisées, étant entendu qu'elles visent l'amélioration des conditions socioéconomiques des personnes vivant dans une localité »¹¹.

L'objet de la coopérative est de permettre à des individus de se regrouper et de réunir leurs moyens afin d'atteindre un objectif commun qui leur serait difficile d'atteindre individuellement. En d'autres termes, l'objet de la coopérative est de permettre par exemple à celui qui n'a que cinq kilos d'une marchandise donnée, de la vendre, de la transporter ou de la transformer à moindre coût et dans les meilleures conditions. Une telle alternative permet à son auteur de bénéficier d'économies d'échelle et ainsi de réduire ses coûts par sa simple association avec d'autres personnes à la constitution d'une entreprise. En tant qu'organisations autonomes d'entraide, les accords qu'elles concluent avec d'autres organisations,

10 HIEZ D., TADJUDJE W., « présentation du nouveau droit coopératif OHADA », Université de Luxembourg, 2012, p.11.

11 HIEZ D., TADJUDJE W. idem.

y compris des gouvernements, ou la recherche de fonds à partir de sources extérieures, doit se faire dans des conditions qui préservent le pouvoir démocratique des membres et maintiennent leur autonomie et indépendance économique et financière. Cela cible principalement la relation des coopératives avec les gouvernements nationaux et les organisations intergouvernementales, même s'il a également une incidence sur la relation entre les coopératives et d'autres entités commerciales tels que les organismes de crédit qui fournissent des capitaux aux coopératives, les fournisseurs et autres acteurs en position dominante dans la chaîne de valeur.

C'est ainsi que notre analyse aura pour objectif de mettre l'accent sur l'incidence de la marge de manœuvre contractuelle octroyée aux coopérateurs dans l'acte uniforme portant droit des sociétés coopératives sur le respect du principe de l'autonomie et de l'indépendance des coopératives. De ce principe émancipateur dépendra bien entendu, la compétitivité, la productivité, la rentabilité et la viabilité des sociétés coopératives dans cette période de crise pandémique.

Notre analyse se focalisera sur deux axes : d'abord envisager la liberté contractuelle comme moyen d'émancipation des sociétés coopératives du pouvoir de l'Etat (I), puis comme un moyen d'organisation des relations économiques des sociétés coopératives avec les tiers (II).

I - Une liberté comme moyen d'émancipation des sociétés coopératives du pouvoir de l'Etat

La participation et l'adhésion au sein de la coopérative contribuent sans doute au processus d'autonomisation. Pour que la société coopérative ait une réelle autonomie, il faut d'abord que ses membres soient autonomes, et pour que les membres soient autonomes il faut qu'ils participent activement au processus de prise de décision au sein de l'organisation et même en dehors de

l'organisation lorsqu'ils négocient avec des acteurs extérieurs. Une surface de liberté octroyée à cette société permettra non seulement **aux membres d'acquérir leur autonomie (1.1)**, mais aussi **de restreindre l'action de l'Etat sur la société (1.2)**

1.1 - L'autonomisation des membres coopérateurs de la société coopérative

La crédibilité d'une entreprise s'apprécie déjà à partir du degré d'implication de ses membres dans le fonctionnement de ladite entreprise. Plus ils s'y donnent, et plus la société a de chance de prospérer et de produire de résultats satisfaisants¹². La coopérative d'aujourd'hui se trouve à même de satisfaire à cette condition dans la mesure où elle dispose d'une grande liberté permettant aux membres non seulement d'adhérer librement à la coopérative (1.1.1), mais aussi d'exprimer librement leur volonté dans les statuts de la société (1.1.2)

1.1.1 - L'adhésion libre et volontaire à la société coopérative

L'adhésion libre aux coopératives s'inscrit dans la philosophie selon laquelle personne ne devrait être forcée d'adhérer à une coopérative. La volonté d'appartenir à une coopérative est un acte de décision pour lequel seul le futur membre a la responsabilité. C'est de cette volonté que peut dépendre la participation active de chaque membre aux activités de la coopérative. Toute personne, physique ou morale qui souhaite utiliser les services d'une coopérative et déterminée à prendre ses responsabilités en tant que membre, peut demander à entrer librement dans la coopérative sans aucune autorisation préalable¹³. La coopérative est une organisation fondée sur le volontariat. Déjà par sa définition, il apparaît clairement que la société coopérative se constitue sur la base de la volonté des personnes autonomes de se réunir dans un but de satisfaire leur besoins et aspirations communs

12 VIDAL D., Droit des sociétés, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2001, p.76 .

13 Art. 4 AUSCoop.

au moyen d'une entreprise dont la propriété est collective et au sein de laquelle le pouvoir s'exerce de façon démocratique. Cette volonté de s'unir autour d'une œuvre commune constitue une des clés de leur motivation.

Les membres sont donc libres d'entrer et de sortir de la coopérative à tout moment. Ce premier Principe exprime le droit à la liberté d'association à savoir, le droit de s'unir ou de refuser de s'unir à d'autres personnes pour poursuivre des objectifs communs. Il est l'un des droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations Unies¹⁴ et dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies de 1966¹⁵. Ce principe revendique le droit de toute personne à décider librement de rejoindre ou de quitter une coopérative, et d'agir collectivement pour servir les intérêts économiques, sociaux et culturels communs de ses membres.

Ainsi, « *l'Etat ne pourra plus forcer ou avoir un droit de regard sur les membres admis dans les coopératives comme c'était le cas dans la législation coopérative béninoise, par exemple, visible surtout à travers les coopératives d'aménagement rural* »¹⁶. Dans l'histoire des coopératives, les cas d'observation du Principe d'association volontaire sont nombreux. En effet, les textes nationaux qui régissaient les coopératives au Bénin avaient prévu la création de « *coopératives agricoles obligatoires* »¹⁷ dont l'appellation a été remplacée par « *coopératives d'aménagement rural* » suite à la modification de la loi 61-27 du 10 Août 1961 portant statut de la coopération agricole par l'ORDONNANCE N°61 PR/MDRC du

14 V Art. 20 de la DUDH des Nations Unies Du 10 décembre 1948 : « toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifique. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association. »

15 V. Art. 22 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations unies de 1966, « Toute personne a le droit de s'associer librement à d'autres, y compris le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts. »

16 GNING T., LARUE F., Le nouveau modèle coopératif dans l'espace OHADA : un outil pour la professionnalisation des organisations paysannes ?, éd. FARM (Fondation pour l'agriculture et la ruralité dans le monde), 2014, p.47.

17 Art. 13 de la loi 61-27 du 10 Août 1961 portant statut de la coopération agricole.

28 décembre 1966. Qu'elles émanent de l'initiative de la puissance publique ou des particuliers, ces coopératives étaient créées par arrêté du Ministère de l'Agriculture et de la Coopération, emportant l'adhésion obligatoire de toutes les personnes physiques et morales ayant des droits de propriété sur les terrains situés à l'intérieur de la partie de périmètre attribuée à la société¹⁸. De même, l'Etat ne devra plus s'immiscer à la séance de l'Assemblée générale constitutive des coopératives, ou encore dans la constitution du capital social de départ, tel que le permettait par exemple l'ancienne loi togolaise à son article 10 en vertu duquel le montant est fixé sur accord expresse du ministère de tutelle¹⁹ après vérification des aptitudes de la future coopérative. Le législateur OHADA semble rectifier le tir en mettant le volontariat au cœur de la création des coopératives à travers la reconnaissance du principe de l'adhésion volontaire et l'ouverture de la coopérative à tous. Dorénavant, le contrat instituant la société coopérative est un contrat consensuel qui requiert le consentement des futurs coopérateurs en guise de manifestation de leur volonté de collaborer. Cette volonté de collaborer est incompatible avec toute tentative d'imposer certaines personnes comme membres dans une société coopérative.

Si la gestion de la société coopérative exige une participation active des membres en toute liberté, que pouvons-nous penser de la stratégie à mettre en œuvre pour rendre effectif cette gestion autonome des sociétés coopératives ? La meilleure façon que le législateur a trouvée pour rendre aux coopératives, leur autonomie et leur indépendance, a été de réserver une latitude de liberté à leurs membres pour qu'ils fassent les choses à leur façon.

18 Art. 13 al 2 Loi 61-27 du 10 Août 1961 portant statut de la coopération agricole du Bénin.

19 V Art 10 l'Ordonnance n°13 du 12 avril 1967 portant statut de la coopération.

1.1.2 - La liberté comme moyen d'expression de la volonté des membres dans les statuts de la société

Les statuts représentent l'acte constitutif de toute société²⁰. Ils contiennent les règles consensuelles acceptées par toutes les personnes qui ont participé à l'Assemblée générale constitutive ; c'est un contrat. Ils permettent, conformément aux dispositions de l'acte uniforme, à chaque membre de savoir à tout moment, ce qu'il doit ou ne doit pas faire à l'endroit des autres membres, ou vis-à-vis de l'organisation coopérative elle-même, et aussi ce qu'il peut attendre de sa coopérative. Les statuts ont pour objectif, de définir, dans les limites établies par la loi, les règles de la coopération.

Contrairement à ceux des sociétés commerciales, les statuts des sociétés coopératives font l'objet d'une grande manifestation de la volonté des membres. L'acte uniforme confère aux membres, certaines de ses compétences pouvant leur permettre de conserver une certaine marge de manœuvre identitaire, permettant d'assurer peut-être des transitions culturelles afin de s'adapter à leur milieu. Aux termes de l'article dix huit (18) AUDSCOOP, les membres sont seuls habilités à définir le lien commun qui les réunit. C'est à eux de définir, dans les statuts, le nombre précis ou les nombres (minimal et maximal) de leurs administrateurs ou membres du comité de gestion, ainsi que toutes dispositions portant limitation de leurs pouvoirs²¹. Il revient aussi aux membres de fixer la durée du mandat des membres du comité de gestion ou du conseil d'administration, du comité de surveillance ou du conseil de surveillance²². A eux de déterminer toute limite relative au pourcentage maximal de parts sociales que peut détenir un seul membre²³, le montant du capital social, ainsi que les limitations minimales et maximales y afférentes. La valeur

20 CABRILLAC R., Op.cit., p 381.

21 Voir article 18 alinéa 7 et 8 AUDSCOOP.

22 Voir article 18 alinéa 9 ibid.

23 Article 18 al 10 ibid.

nominales des diverses catégories de parts, les conditions précises de leur émission ou souscription doivent aussi être mentionnées²⁴. Sont également définis, les stipulations relatives à la répartition du résultat et notamment, des excédents et des réserves²⁵, l'étendue des transactions avec les usagers non coopérateurs, tout en ayant en vue, la sauvegarde de l'autonomie de la société coopérative²⁶.

Le législateur a aussi réservé une responsabilité complémentaire aux membres de déterminer d'autres dispositions statutaires. Quoique facultatives, ces dispositions sont loin d'être les moins importantes. Il s'agit de définir le taux de rendement maximal qui peut être appliqué aux prêts et aux épargnes des membres ; le taux de rémunération maximale qui peut être appliqué aux parts des membres, et toute limite imposée aux activités commerciales de la société coopérative²⁷. Le fonctionnement des organes statutaires dépend des dispositions prévues dans les statuts à cet effet. L'idée de liberté sous-tend, non seulement que les individus possèdent une sphère d'autonomie, une sphère de libre détermination, mais aussi que celle-ci est reconnue par l'Etat²⁸. Il y a donc connexion entre les facultés d'agir de l'individu et l'autorisation d'agir qui émane de l'Etat, laquelle implique la négation des ordres et des interdictions arbitraires de sa part, dans cette sphère d'autonomie²⁹. Il convient donc de protéger la sphère d'autonomie et d'indépendance des coopératives contre les ingérences de l'Etat, pour pouvoir préserver leur compétitivité.

1.2 - La restriction de l'ingérence étatique dans la gestion des sociétés coopératives

L'interventionnisme historique de l'Etat dans les coopératives à travers l'octroi des avantages à celles-ci, s'est avéré comme

24 Article 18 al 14 *ibid.*

25 Article 18 al 15 *ibid.*

26 Article 18 al 18 *ibid.*

27 Article 18 alinéa 19 AUDSCOOP.

28 BERNARD L., « La révolution coopérative », éd. PUF, Paris, 1949, 382p.

29 MELANGE, Hommage au Doyen Gérard Cohan-Jonathan : Liberté, Justice, Tolérance, éd Bruylant, vol 1, Bruxelles, 2004, 210 p.

un frein pour leur compétitivité³⁰. Un interventionnisme qui, de surcroît va à l'encontre des valeurs et principes coopératifs, car il justifie souvent l'usurpation de l'autonomie et de l'indépendance des coopératives. Le principe de l'autonomie des coopératives est une règle qui consacre la maturité des coopérateurs, qui sont désormais maîtres des stratégies économiques et financières qu'ils souhaitent mettre en place pour leur propre épanouissement. La situation actuelle des coopératives au Bénin montre que celles-ci souffrent d'une dépendance vis-à-vis du pouvoir étatique. Il n'existe aucune coopérative au Bénin pouvant clamer son indépendance financière³¹. Cette situation s'explique par le fait que l'arsenal juridique qui gouvernait les coopératives dahoméennes, avait prévu un Fonds d'Aide et de soutien aux coopératives. Ce qui a fait d'ailleurs, l'objet du Décret n°522 PR/MDRC, portant création et fixant l'administration d'un Fonds d'aide et de soutien aux coopératives du Dahomey. Ce Fonds d'aide créé, était destiné à aider les coopératives dans leur organisation, ou au cours de leur fonctionnement³². Ces aides peuvent être sous forme matérielle, sous forme d'aval en vue de garantir des prêts bancaires pouvant être obtenus par la coopérative intéressée, sous forme d'aide en nature (paiement des factures d'achat des biens de consommation, de biens meubles ou d'équipements...), etc³³.

De plus, l'encadrement dont ont fait l'objet, les coopératives d'aménagement rurale et autres groupements à vocation coopérative, créés par l'Etat, pour fournir les matières premières aux industries naissantes, a suscité le sentiment d'injustice de la part des autres coopératives. A ce jour, toutes ces coopératives qui n'ont bénéficié de subventions de la part de l'Etat réclament à ce qu'il y ait un traitement équitable entre elles.

30 SEGUIN M., Op.cit., p 7.

31 SEGUIN M., Op.cit., p 8.

32 Cf Article premier du Décret n°522 PR/MDRC, portant création et fixant l'administration d'un Fonds d'aide et de soutien aux coopératives du Dahomey.

33 Cf Article 11 ibid.

Cette politique de la main tendue est malheureusement encrée dans les mentalités des coopérateurs et, constitue l'un des handicaps majeurs à l'épanouissement des coopératives. Aujourd'hui, le modèle de développement en vigueur dans nos pays repose sur la liberté, tant économique que politique. Il sera admis que l'Etat adopte une véritable politique économique qui ne sera pas préjudiciable aux sociétés coopératives, en ne manifestant aucune discrimination positive ou négative à leurs égard³⁴. Le rôle de l'Etat dans une économie de marché se résume à un devoir de non-ingérence dans les affaires économiques des organisations économiques³⁵. L'Etat doit à présent, jouer son rôle de régulateur de l'économie vis-à-vis des coopératives³⁶. L'Acte uniforme vient restreindre l'intervention de l'Etat dans les affaires internes des coopératives, afin de promouvoir l'entrepreneuriat coopératif qui est une notion presque absente dans la politique de gestion des coopératives.

Les relations des coopératives avec les gouvernements présentent un défi majeur lorsque le gouvernement considère le développement des coopératives comme un outil politique clé, par exemple pour fournir des services dans certains secteurs économiques, ou comme un outil de création d'emplois et de réduction de la pauvreté. Dans de nombreux pays, les coopératives ont été intégrées aux stratégies nationales de réduction de la pauvreté en raison de leur capacité éprouvée à mobiliser économiquement les plus démunis.

Néanmoins, il existe toujours un risque que les cadres réglementaires créent des conditions susceptibles de compromettre l'autonomie et l'indépendance des coopératives en tant qu'organisations détenues et gérées par leurs membres.

34 HENRY H., *Op.cit.*, p 12.

35 NICINSKI S., *Droit Public des Affaires : l'Etat régulateur de l'économie*, 3^e éd. Montchrestien, Paris, 2012, p. 19.

36 NICINSKI S., *idem*, p 20.

S'il est raisonnable, et la plupart du temps souhaitable, de mettre en place des protections lorsque des biens publics sont transférés à de nouvelles coopératives, ces protections ne doivent pas compromettre les droits et responsabilités qui incombent aux membres. C'est dans ce sens que La Recommandation 193 de l'OIT a stipulé clairement que : « Les gouvernements devraient prendre, s'il y a lieu, des mesures d'appui en faveur des activités des coopératives qui concernent certains objectifs des politiques sociales et publiques tels que la promotion de l'emploi ou la mise en œuvre d'activités qui s'adressent aux groupes ou régions défavorisés. Ces mesures pourraient inclure, entre autres et autant que possible, des avantages fiscaux, des prêts, des dons, des facilités d'accès aux programmes de travaux publics et des dispositions spéciales en matière de marchés publics »³⁷. Mais ce soutien gouvernemental des coopératives ne doit pas égaler le contrôle gouvernemental des coopératives. L'autonomie et l'indépendance des coopératives, ainsi que les droits démocratiques des membres à gérer leurs coopératives, doivent toujours être respectés par les gouvernements.

II - Une liberté comme outil d'organisation des transactions économiques des sociétés coopératives avec les tiers

Comme toutes les entreprises commerciales, les coopératives ont besoin de capital pour financer et développer leurs activités. Certains préconisent la levée de fonds auprès des membres, mais la rémunération des parts sociales de base des membres qui confèrent des droits de vote doit être limitée. Cependant, une coopérative peut avoir besoin de fonds autres que ceux qu'elle peut lever avec les parts sociales de base avec droits de vote des membres. Le moyen à privilégier pour lever des fonds supplémentaires, est de permettre aux membres qui le veulent et le peuvent de souscrire des parts supplémentaires sans droits de vote, mais

37 ACI, Notes d'orientation pour les principes coopératifs, éd. Coop, 2013, p. 56.

également de réaliser des transactions ou partenariats avec les tiers non coopérateurs. Le contrat est le meilleur moyen qui puisse permettre aux coopératives d'aménager leurs relations économiques avec les tiers non coopérateurs (2.1) et aussi d'anticiper sur les risques de perte de leur autonomie (2.2).

2.1- La faculté d'aménagement contractuel des relations économiques avec les tiers non coopérateurs

L'un des principes originaux des premières coopératives dénommées « Pionniers de Rochdale » stipulait que le capital social des membres devait être rémunéré avec un taux d'intérêt limité³⁸. L'objectif était d'éviter les adhésions purement motivées par un investissement en capital-risque dans une coopérative³⁹. Il est certes récurrent que les coopératives se retrouvent dans la difficulté de trouver des fonds pour financer leur développement ou rester compétitives sur un marché qui nécessite un niveau élevé d'investissements, ce qui les conduit dans le besoin de faire appel à des sources externes. Au départ, le principe était que les coopératives sont une société fermée⁴⁰.

C'est-à-dire que leurs membres étaient les seuls bénéficiaires de leurs produits ou services. Elles n'effectuaient les transactions rien qu'avec leurs membres qui sont en même temps, coopérateurs et usagers⁴¹. Aucun usager non membre n'était accepté dans une coopérative. Ce pendant, avec la modernisation de la structure coopérative, des pondérations ont été faites. En effet, l'article 4 al 2 de l'AUDSCOOP prévoit que la société coopérative peut, en plus de ses coopérateurs qui en sont les principaux usagers, traiter avec des usagers non coopérateurs à condition de ne pas compromettre son autonomie et son indépendance vis-à-vis des ces derniers.

38 ACI, *Op. cit.*, p. 12.

39 ACI, *Ibid.*

40 BAUVERT P., SIRET N., *Droit des sociétés et autres Groupements*, 2^e éd., ESKA, Paris, 2010, p. 443.

41 Il s'agit du principe de la double qualité du coopérateur qui recommande que l'associé, en plus d'être membre de la société, doit être soit un client, soit un fournisseur, ou soit un investisseur.

2.2 - La possibilité d'anticipation sur les risques de perte de l'autonomie et de l'indépendance des coopératives

Une coopérative fortement dépendante des sources de capitaux externes pour le financement de ses opérations s'expose au risque de violer le 4^e Principe d'autonomie et d'indépendance, en raison des obligations financières et de conformité imposées par les organismes de crédit ou les investisseurs en capital-risque. Les coopératives doivent être conscientes des risques que cela présente pour leur autonomie et leur indépendance. L'équilibre entre capitaux de source interne et capitaux de source externe doit être attentivement surveillé par les membres. Une trop forte dépendance à l'égard des capitaux externes peut conduire à une perte d'autonomie, d'indépendance et de pouvoir démocratique. Cela a trop souvent conduit à une perte progressive du pouvoir par le biais d'engagements financiers. Les membres peuvent ainsi perdre leur pouvoir au profit des investisseurs. Le risque est d'autant plus grand lorsqu'il s'agit d'échanges commerciaux entre les petites ou nouvelles coopératives et leurs fournisseurs ou clients. Il arrive en effet que des gros producteurs exigent de leurs fournisseurs qu'ils leur reversent un pourcentage de la valeur du contrat afin de pouvoir rester leurs fournisseurs agréés. Ces accords posent de gros problèmes aux coopératives et autres petits producteurs qui approvisionnent ces énormes entreprises en position dominante sur le marché. Aussi, certaines difficultés de collecte ou de commercialisation auxquelles sont souvent confrontées les coopératives peuvent les pousser à opérer avec des personnes extérieures non membres. En outre, certains auteurs tels que HAGEN Henry⁴² considèrent que les excédents tirés des transactions effectuées avec les non-membres sont à transférer intégralement dans la réserve générale ; ce qui pourrait assurer à la coopérative de nouvelles recettes.⁴³

42 HENRY H., Guide de législation coopérative, Deuxième édition, revue et corrigée, OIT, Genève, 2006, p 5.

43 GNING T. LARUE F., *Le nouveau modèle coopératif dans l'espace OHADA : un outil pour la professionnalisation des organisations paysannes ?*, éd. FARM, 2014, p 74.

L'attrait de telles pratiques devrait être mesuré pour ne pas mettre en péril l'équilibre de la coopérative si celle-ci dépend trop largement des transactions effectuées avec les tiers⁴⁴.

C'est pour éviter cette domination qu'il est demandé de faire mention dans les statuts, l'étendue des transactions avec les usagers non coopérateurs tout en ayant en vue la sauvegarde de l'autonomie et de l'indépendance de la coopérative. Selon l'Acte uniforme, les statuts sont libres de déterminer la part des transactions que la coopérative peut mener avec des personnes non-membres parallèlement aux opérations avec les associés coopérateurs.

Il faut, pour ce fait que les statuts ne fixent pas un taux de transaction élevé de sorte que cela ne suscite une confusion de la coopérative à une société purement capitaliste visant le profit. Autrement dit, ce taux de transaction doit être relativement minime pour préserver son indépendance financière. Ainsi certains auteurs recommandent une proportion maximale comprise entre 20 % et 30 % des opérations de la société coopérative afin de limiter tout risque de dépendance.⁴⁵

44 GNING T. LARUE F., *idem*.

45 HIEZ D., A propos des modèles de statuts-types SCOOPS et SCOOP-CA disponible sur le site :http://www.recma.org/sites/default/files/modele_de_statuts_scoops.pdf et http://www.recma.org/sites/default/files/modele_de_statuts_scoopca.pdf (dernière consultation Août 2020).

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

BAUVERT P., SIRET N., Droit des sociétés et autres Groupements, 2^e éd., ESKA, Paris, 2010, p 443

BERNARD L., « La révolution coopérative », éd. PUF, Paris, 1949, 382p.

DEHARO G., Ingénierie contractuelle et performance de l'entreprise : perspective et dynamique économique du droit des affaires, éd. HAL, Montréal, 2011,20p.

ESPAGNE F., « Des modèles originels à un modèle original », in remémoration de l'histoire du statut et des outils des sociétés coopératives, 12 janvier 2009,

HIEZ D., A propos des modèles de statuts-types SCOOPS et SCOOP-CA sur le Site : http://www.recma.org/sites/default/files/modele_de_statuts_scoops.pdf et

http://www.recma.org/sites/default/files/modele_de_statuts_scoopca.pdf

HIEZ D., TADJUDJE W., « présentation du nouveau droit coopératif OHADA », Université de Luxembourg, 2012, p.11

GNING T., LARUE F., Le nouveau modèle coopératif dans l'espace OHADA : un outil pour la professionnalisation des organisations paysannes ?, éd. FARM (Fondation pour l'agriculture et la ruralité dans le monde), 2014, p.47

HENRÏ H., Guide de législation coopérative, Deuxième édition, revue et corrigée, OIT, Genève, 2006, p 5

MELANGE, Hommage au Doyen Gérard Cohan-Jonathan : Liberté, Justice, Tolérance, éd Bruylant, vol 1, Bruxelles, 2004, 210 p.

NICINSKI S., Droit Public des Affaires : l'Etat régulateur de l'économie, 3^e éd. Montchrestien, Paris, 2012, p 19

TCHAMIG., Manuel sur les Coopératives à l'usage des organisations des travailleurs, éd. BIT, Genève, 2004,

VIDAL D., Droit des sociétés, 3^e éd., LGDJ, Paris, 2001, p.76.

TABLE DES MATIÈRES

TOME I

CHAPITRE INTRODUCTIF

L'idée de citoyenneté : réflexions axées sur un fait évolutif, Hygin KAKAI	29
--	----

PREMIÈRE PARTIE L'ÉTAT DU CITOYEN

Les méthodes et techniques juridictionnelles de protection des droits de l'homme, Joseph DJOGBENOU	57
Reflexion sur la fabrication des Constitutions en Afrique, Paterne MAMBO	91
L'empreinte du constitutionnel sur le droit pénal au Bénin, Moktar ADAMOU	147
La rigidité de la Constitution béninoise de 1990 à l'épreuve des expériences de sa révision, Gilles BADET	173
L'inégalité entre l'homme et la femme dans les effets familiaux du nom récusée par la Cour constitutionnelle béninoise, Aïssata DABO	227
La Cour constitutionnelle du Bénin à l'épreuve des traditions et coutumes africaines ou comment saisir le citoyen dans tous ses états ?, Emmanuel Vidjinnagni ADJOVI	263
Les droits procéduraux du citoyen dans le contentieux constitutionnel au Bénin, Akouègnon Clément DASSI	303

La protection non juridictionnelle du citoyen au Bénin : l'office du Médiateur de la République, Josué Olatoundji CHABI KPANDE	331
Les réformes de la décentralisation et le droit de participation citoyenne : le citoyen oublié ?, Modeste William DEHOTIN ...	369
Le contentieux de l'inscription sur la liste électorale devant la Cour constitutionnelle du Bénin, Constant SOHODE	403
Le contentieux de la détention provisoire devant la Cour constitutionnelle béninoise, Ignace ADIGBLI	427
L'impact de la liberté contractuelle sur l'autonomie et l'indépendance des sociétés coopératives OHADA, Mouniratou SARE MIZI	461

TOME 2

DEUXIÈME PARTIE 2 LE CITOYEN DANS SES ÉTATS

La gestion du contentieux électoral par les juridictions constitutionnelles et les juridictions communautaires africaines, Oumarou NAREY	29
Le contrôle de l'Exécutif par l'opposition parlementaire en Afrique francophone, Thomas Diassibo YONLI	61
Le juge administratif dans les contrats de partenariats public-privé en Afrique francophone, Luciano HOUNKPONOU ...	107
L'abus de droit dans les décisions de la Cour constitutionnelle, Charles IBIKOUNLE	147
L'acte de reconnaissance de défaite à l'élection présidentielle, Thierry Sèdjro BIDOUZO	173
Les rapports entre la cour constitutionnelle béninoise et les juridictions communautaires africaines, Walter Têê FOLIKOUE	197
Le juge constitutionnel béninois et le contrôle de conventionalité : regard du droit privé, Apollinaire GOUDOU	223

L'instruction dans le procès constitutionnel. Réflexion à partir des États d'Afrique noire francophone, Alain Ghislain EWANE BITEG	245
Le temps dans l'office du conseil constitutionnel : réflexion sur la qualité de la justice constitutionnelle au Cameroun, JEAN MERMOZ BIKORO	291
Autonomie, démocratie et tutelle : recherche sur la libre administration des CTD camerounaises, Luc Patrick BALLA MANGA	329

