

Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone

Par

Ambroise M. ADANDEDJAN

Docteur en droit public

Université d'Abomey-calavi/ FADESP

Plan

Introduction

I- Une opération prudentielle

A- Les référents de la motivation

1. Les référents juridiques
2. Les référents non juridiques

B- Les instruments de la motivation

1. Les techniques d'interprétation
2. 1. Les techniques argumentaires

II- Des conséquences mitigées

A- La vocation légitimatrice de la motivation

1. La crédibilité du discours du juge constitutionnel
2. La fiabilité de la justice constitutionnelle africaine

B- La réalisation éprouvée de la motivation des décisions du juge

1. Les crises inhérentes à la motivation des décisions du juge constitutionnel
2. Le problème d'exécution des décisions du juge constitutionnel

Conclusion

« Il n'y a d'unité de droit que dans la clarté de sa formulation. Ainsi, normalement, une Cour régulatrice doit ou devrait non seulement bien décider, mais encore expliquer en toute clarté le pourquoi de sa décision »¹. Cette position défendue depuis 1954 par le doyen Jean RIVERO, atteste que la motivation d'une décision de justice, notamment celle d'une juridiction garante de l'interprétation authentique de la norme constitutionnelle, constitue une exigence de transparence et de procédure. En effet, la motivation qui s'illustre dans la forme de la décision de constitutionnalité est révélatrice du raisonnement du juge. Elle apparaît comme un facteur de prévisibilité jurisprudentielle². On admet que contrairement au droit autoritaire, celui qui s'impose par le respect et la majesté et qui n'a guère à motiver, le droit démocratique, œuvre de persuasion et de raison, doit chercher par la motivation, à obtenir une adhésion raisonnée³. Dans ces conditions, il semble que cette exigence juridique⁴ qui est le fruit d'une longue et lente évolution du système juridique français, adoptée par la plupart des Etats d'Afrique noire francophone, ravive la réflexion sur l'obligation de motiver les décisions de justice, en particulier celle du juge constitutionnel. Ainsi, pour le juge, respecter le droit n'est plus suffisant. Il est aussi nécessaire qu'il indique en quoi la décision qu'il prend est non seulement conforme à l'intérêt commun, mais aussi opportune. Cela dépeint le besoin d'extirper l'arbitraire. Sur ce postulat, la motivation constitue une garantie procédurale qui permet de connaître et de contester les raisons des limites apportées à un droit, et de garantir l'efficacité du contrôle juridictionnel. Le défaut de motivation ne porte donc pas directement atteinte à la substance même d'un droit protégé mais atténue l'effectivité de celui-ci. On comprend donc aisément du moins sommairement, les raisons pour lesquelles la présente étude est non seulement opportune mais nécessaire.

Au demeurant, excepté ces aspects qui obligent à motiver la décision de justice, on note que pour une juridiction constitutionnelle, deux raisons supplémentaires voire impératives existent et consolident l'obligation de motivation : la première est, parce qu'elles sont des juridictions, les Cours ou Conseils constitutionnels comme tout autre juridiction d'ailleurs, doivent justifier leurs décisions par une argumentation logique destinée à légitimer et à la faire comprendre. La seconde, celle qui

¹ RIVERO (J.), *Le Conseil d'Etat, Cour régulatrice*, D. 1954, Cron 157.

² HOURQUEBIE (F.), *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 485.

³ PERELMAN (Ch.), *La motivation des décisions de justice, Essai de synthèse*, Bruylant, 1978, p. 415.

⁴ L'exigence de motivation est consacrée en France par des textes supérieurs : l'Ordonnance du 7 novembre 1958 précise que toute décision doit être motivée qu'il s'agisse de décisions DC., QPC, de déclassements, de fins de non-recevoir ou de contrôle électoral. Il s'agit de l'art. 2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958 pour les DC., QPC, de l'art. 23-11 pour les QPC, de l'art. 26 pour les déclassements, de l'art. 28 pour les fins de non-recevoir, et de l'art. 38 et 40 pour le contrôle électoral.

découle des convictions⁵ du juge constitutionnel lui-même et qui atteste d'un supplément d'exigence d'élucidation, de nature démocratique, est selon le président Guy CANNIVET, liée à la mission originelle du juge constitutionnel. Celle-ci consiste à « *limiter la souveraineté du Parlement dans les limites de la constitution* »⁶. Ainsi, il est de toute vraisemblance que la limitation de la souveraineté de la loi par une juridiction dont la légitimité ne repose pas sur l'élection, ne puisse être discrétionnaire⁷. On peut donc soutenir avec faste que les révolutionnaires français ne s'étaient pas trompés en donnant au principe de motivation de la décision de justice, une place de premier ordre non démentie jusque-là⁸. C'est donc à raison que le renouveau du droit constitutionnel des Etats africains dans les années 1990 qui se veut porteur de grandes libertés démocratiques⁹, et qui a opéré une révolution juridique¹⁰ en s'inspirant et en s'appropriant de ces modèles occidentaux, ait procédé à son acclimatation¹¹.

En faisant de la justice constitutionnelle un contre-pouvoir¹², la plupart des Constitutions africaines ont admis la force obligatoire de ses décisions, lesquelles s'imposent à toutes les autorités publiques, civiles et militaires¹³. A cet égard, la juridiction constitutionnelle¹⁴ en Afrique devrait donc prendre

⁵ Décision n°85-197 DC du 23 août 1985, loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, cons. 27 : « *Considérant donc que la procédure législative utilisée pour mettre en conformité avec la Constitution la disposition déclarée non conforme à celle-ci par le Conseil constitutionnel, a fait de l'article 23 de l'ordonnance du 07 novembre 1985 portant loi organique une application ne méconnaissant en rien les règles de l'article 10 de la Constitution et a répondu aux exigences du contrôle de constitutionnalité dont l'un des buts est de permettre à la loi votée, qui n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution, d'être sans retard amendée à cette dernière (...)* ».

⁶ CANNIVET (G.), « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel », in CAUDAL (S.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz 2013, p. 232.

⁷ *Ibid.*, p. 233.

⁸ SAUVEL (T.), « Histoire du jugement motivé », *RDP*, 1965, p. 5.

⁹ KANTE (B.), « Les méthodes et techniques d'interprétation de la constitution : l'exemple des pays d'Afrique occidentale francophone », in *l'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 156-163.

¹⁰ *Ibid.*, p. 156.

¹¹ EMMANUEL-ADOUKI (D.-E.), *Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique*, in *Revue française de Droit Constitutionnel*, Paris, PUF, n°95, juillet 2013, p. 114.

¹² KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, pp. 197-285 ; lire également EISENMANN (Ch.), *La Justice Constitutionnelle et la Haute Cour Constitutionnelle d'Autriche*, Paris, 1928, rééd. Economica, 1986, 363p.

¹³ Lire entre autres l'article 124, alinéa 2 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; l'article 22 de la loi organique n°011-2000 du 27 avril 2000 relative au Conseil constitutionnel du Burkina Faso ; les articles 28 et 37 de la loi organique n°009 du 04 mars 1991 relative à la Cour Constitutionnelle du Bénin modifiée par la loi du 31 mai 2001 ; l'article 16 de la loi organique n°2001-303 du 05 juin 2001 relative au Conseil Constitutionnel de la Côte d'Ivoire et l'article 24 de la loi organique n° 2016-023 du 14 juillet 2016 relative au Conseil Constitutionnel du Sénégal.

¹⁴ Le professeur F. RUBIO LLORENTE définit la juridiction constitutionnelle comme, « *celle qui connaît de l'ensemble de l'activité des pouvoirs publics* », in *Tendances actuelles de la juridiction constitutionnelle en Europe*, Annuaire international de justice constitutionnelle, 1996, Volume XII, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1997, p. 11 et s. ; KANTE (B.), dans la préface à l'ouvrage de FALL (I.-M.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel du Sénégal*, Dakar, CREDILA, 2008, p. 14, soutiendra que la justice constitutionnelle « *est conçue comme le garant ou la sentinelle contre toute velléité de retour à l'arbitraire* ». Selon le professeur Louis FAVOREU, « *une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics* ». Plus largement, c'est « *un organe prévu par la*

soin aussi bien de la décision qu'elle est appelée à rendre, que des techniques utilisées pour parvenir à une telle délibération. Le juge constitutionnel, plus que les autres juges de l'Etat est donc tenu de bien motiver ses décisions non seulement en raison du rôle primordial qu'il joue dans la construction de l'Etat de droit, mais aussi de l'autorité de chose jugée quasi irréfragable attachée à son délibéré¹⁵ et par juridiction constitutionnelle on entend, « *une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendant de celui-ci comme des pouvoirs publics* »¹⁶. De façon extensive, c'est « *un organe prévu par la constitution, distinct du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, dont le rôle est de trancher les questions d'ordre constitutionnel et qui exerce un contrôle de la constitutionnalité des lois* »¹⁷. Il s'agit pour cet organe d'assurer la justice constitutionnelle, notion qui désigne « *l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée sans restriction la suprématie de la constitution* »¹⁸. Ainsi, en règle générale, faut-il encore le rappeler, l'obligation de motiver¹⁹, outre le fait qu'elle met le juge à l'abri de tous les soupçons d'arbitraire, permet aux justiciables de comprendre les raisons de la décision afin de s'y soumettre ou au contraire de formuler un recours. C'est d'ailleurs parce que la justice est faite pour le justiciable, qu'il faille rapprocher le style judiciaire du langage courant. Il s'ensuit que la décision juridictionnelle est celle qui est toujours précédée d'une motivation. Et la motivation n'est que le discours soutenant une décision juridictionnelle²⁰. Elle doit être entendue comme « *le vecteur de compréhension et de découverte du raisonnement qui fonde la décision constitutionnelle* »²¹. Succinctement, la motivation est le fondement de la décision, c'est-à-dire le raisonnement suivi par le juge pour parvenir à cette décision. D'une manière générale, la motivation satisfait à une ambition simple, celle selon laquelle « *toute*

constitution, distinct du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif, dont le rôle est de trancher les questions d'ordre constitutionnel et qui exerce un contrôle de la constitutionnalité des lois ». Il s'agit pour cet organe d'assurer la justice constitutionnelle, notion qui désigne « *l'ensemble des institutions et techniques grâce auxquelles est assurée sans restriction la suprématie de la constitution* ». Lire également FAVOREU (L.), *Les Cours constitutionnelles*, PUF, 1992, cité par MODERNE (F.), *Les juridictions constitutionnelles en Afrique*, in Conac (G.), dir., *Les Cours suprêmes en Afrique*, t. II, Paris, Economica, 1983, p. 3.

¹⁵ EMMANUEL-ADOUKI (D.- E.), *op.cit.*, p. 4.

¹⁶ FAVOREU (L.), *Les Cours constitutionnelles*, PUF, 1992, cité par MODERNE (F.), *op.cit.*, p. 3.

¹⁷ LECA (J.) et GRAWITZ (M.), *Les Cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 1985, p. 406-407.

¹⁸ DUHAMEL (O.) et MENY (Y.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 556-558

¹⁹ Voir entre autres : ATLAS (C.) « *La crise de la motivation judiciaire ?* », Colloque de la Cour de cassation, 2005, article accessible en ligne à l'adresse suivante : www.courdecassation.fr; consulté le 12 novembre 2019 à 12h00 ; CANIVET (G.) « *Les mécanismes de décision de la Cour de cassation* », *Mélanges en l'honneur de GENEVOIS (B.)*, Dalloz, Paris, 2009, p. 149 ; GJIDARA (S.), « *La motivation des décisions de justice : impératifs anciens et exigences nouvelles* » LPA, 16 mai 2004, n°104, p. 4 ; JULIA-GUILLERMET (C.), *la motivation des décisions de justice : la vertu pédagogique de la justice*, L'Harmattan, Paris, 2006 ; PERELMAN (C.), *La motivation des décisions de justice : essai de synthèse*, in *la motivation des décisions de justice*, BRUYLANT, Bruxelles, 1978, p. 425.

²⁰ SAUVEL (T.), *op.cit.*, p. 19.

²¹ BELLOUBET (N.), « *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel : justifier et réformer* », in *les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, N°55-56 juin 2017, p. 7.

décision de justice vise d'abord à énoncer les motivations justifiant la solution retenue. Elle vise également à ce que cette décision soit comprise, non pas seulement des requérants mais aussi de l'ensemble de ses lecteurs »²². Le Professeur Michel TROPER se référant au Professeur Jean RIVERO, précise qu'au sens matériel et large, la motivation est « tout discours tendant à justifier une décision quelconque en montrant qu'elle est conforme ou compatible avec une norme supérieure »²³. Cependant, il ne faut pas s'y tromper. L'art de la motivation est difficile. Pour GILLET et MELIN-SOUCRAMANIEN, « il n'y a pas de recettes et il n'y a pas non plus d'uniformité »²⁴. Par exemple, suivant qu'un justiciable s'adresse à une Cour de « *Common Law* » ou de « *Civil Law* », la technique de motivation sera bien différente : très explicite dans le premier cas, brève dans le second cas²⁵. Ainsi, bien qu'elle procède d'une obligation légale²⁶, comme ci-dessus évoquée, la loi est impuissante face à la diversité des manières de motiver ; car chaque juge s'y soumet à sa façon avec son génie propre²⁷. Pourtant une constante demeure, celle selon laquelle, la motivation doit correspondre aux rôles dévolus à la juridiction ou à l'autorité juridictionnelle qui la produit. En tant que principe démocratique d'une bonne administration de la justice et du droit à un procès équitable, l'obligation de motivation tend à se généraliser et même à se moderniser dans l'espace démocratique²⁸ même si selon l'approche de Maxime CHARITE, sa modernisation supposerait l'abandon de sa forme brève en vue d'un renforcement de l'intelligibilité et de la lisibilité de la décision²⁹. Davantage, on relève que la motivation des décisions du juge constitutionnel satisfait

²² GUILLAUME (M.), « *La motivation des décisions du Conseil constitutionnel* », AIJC, 2012.

²³ En France, Michel TROPER est le principal représentant de ce courant de pensée. Voir TROPER (M.), « *la motivation des décisions constitutionnelles* » in *La motivation des décisions de justice*, Etudes publiées par PERELMAN (C.) et (P.) FORIERS, Bruxelles, BRUYLANT, 1978, p. 295.

²⁴ GILLET (J.-L.) et MELIN-SOUCRAMANIEN (B.), « *L'arrêt de la Cour de cassation. Motivation, style et structure* » in HOURQUEBIE (F.) et PONTTHOREAU (M.-C.), *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, BRUYLANT, 2012, p. 168.

²⁵ Sur cette différence, lire CANIVET (G.), « *La motivation brève en question. L'accès au juge de cassation* », A.H J U C A F., Marrakech, 17 mai 2004, disponible en ligne à l'adresse suivante : www.ahjucaf.org, consulté le 30 mai 2019 à 00 :34.

²⁶ Voir, p. ex., l'article 22 de la loi organique n°011-2000 du 27 Avril 2000 relative au Conseil constitutionnel du Burkina Faso ; les articles 28 et 37 de la loi organique n°009 du 04 Mai 1991 relative à la Cour constitutionnelle du Bénin modifiée par la loi du 31 Mai 2001 ; l'article 16 de la loi organique n°2001 du 5 juin 2001 relative au Conseil constitutionnel de la Côte d'Ivoire et l'article 24 de la loi organique n°2016-023 du 23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel du Sénégal.

²⁷ Cf., ATLAS (C.), « *La crise de la motivation judiciaire* », art préc, (spec n°7).

²⁸ La recherche de cette modernisation est à l'origine de deux colloques scientifiques organisée, l'une en 2012 à l'Université de Bordeaux et l'autre en 2013 à l'Université Jean-MOULIN, Lyon 3. Lire à ce sujet, HOURQUEBIE (F.) et PONTTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, BRUYLANT, 2012, 308p ; CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz 2013, 304p.

²⁹ CHARITE (M.), « *Réflexions sur la modernisation du mode de rédaction des décisions du Conseil constitutionnel* », *revue générale de droit*, étude et réflexion, 2017, n°1. p. 4, accessible sur le site suivant : www.revuegeneraldudroit.eu, consulté le 30 mai 2019 à 23 :40.

souvent à une fonction pédagogique³⁰, laquelle s'exprime en ce que le juge constitutionnel s'efforce surtout d'expliquer sa position surtout quand il aborde une matière nouvelle ou politiquement sensible. Il en est ainsi lorsqu'il est mû par le souci de répondre aux mémoires et requêtes des parlementaires de plus en plus détaillés, précis et motivés. On y note une tendance aux arguments conséquentialistes³¹, visibles ou diffus mais présents dans le procès constitutionnel³². Ainsi, les motifs expliquent l'analyse du juge étant entendu que c'est à travers eux que le juge fait preuve d'une fonction explicative de sa pensée. Le juge constitutionnel africain, notamment francophone, oscille entre la tradition juridictionnelle française de rédaction de décisions de manière concise³³ et la tradition anglo-saxonne plus explicite des décisions de plus en plus longue. Toutefois, la précision Troperienne donne de voir que la motivation n'est pas que l'apanage des décisions juridictionnelles. Elle est aussi le fait d'organes pour lesquels cela est un impératif³⁴. Mais, en raison du rôle moteur que joue le juge constitutionnel dans l'édification de l'idéal démocratique sur le continent, sa décision devrait constituer à cet effet un impératif de l'Etat de droit et un rempart contre la

³⁰FRIOERO (N.), « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des droits de l'homme » in MBONGO (P.) (dir.), *La qualité des décisions de Justice*, Editions du Conseil de l'Europe, 2007, p. 55.

³¹SALLES (S.), *Le conséquentialisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ 2016, 779p. Lire également, HOURQUEBIE (F.), « L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges du Common Law », in HOURQUEBIE (F.) et PONTTHOREAU (M.-C.), (dir.) *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, BRUYLANT 2012, pp. 25- 46.

³²Cette notion est définie par le professeur Guillaume DRAGO comme étant : « Une procédure de contestation de la constitutionnalité de la loi pouvant conduire à la censure de tout ou partie de celle-ci par une décision écrite, motivée et publiée, après une procédure d'examen des griefs d'inconstitutionnalité et un délibéré... » (DRAGO (G.), « Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », *In Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge GUINCHARD*, Paris, Dalloz, 2010, p. 441.

³³FAVOREU (L.), « La décision de constitutionnalité », *op.cit.*, p. 614. Paul Martens remarque en effet que : « Dans la tradition française, plus on monte dans la hiérarchie judiciaire, plus les décisions deviennent énigmatiques ». Il se demande alors « si des juges peuvent défaire ce que les politiques ont fait, ne doivent-ils pas, à l'instar des parlementaires, révéler leurs travaux préparatoires ? ». Au final, « un système qui impose au juge un rôle inactif, qui ignore l'expression des opinions dissidentes et qui pratique l'économie des motifs n'est peut-être pas le mieux adapté à la lisibilité des principes », in MARTENS (P.), « Les Cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? » *La République des juges*, actes de colloque organisé par la Conférence libre du jeune barreau de Liège, ASBL., Edition du jeune barreau de Liège, 1997, p. 68. Certains expliquent la fermeté et la brièveté de la motivation par la nature « législative » de la décision de jurisprudence : « un excès de motivation peut nuire à l'autorité législative qui y est attachée. La loi se dit, elle ne se justifie pas. La fermeté du commandement est proportionnelle à sa brièveté (...). L'excès de développement qui caractérise [les jugements] par opposition à la concision qui fait des lois de bonne facture nuit à leur prétention normative. C'est pour cette raison que toutes les Cours suprêmes adoptent une motivation brève qui laisse peu de place à la discussion (...) », in ZENATI (F.), *op. cit.*, p. 199.

³⁴AHADZI-NONOU (K.), « Les nouvelles tendances du constitutionalisme africain : le cas des Etats d'Afrique noire Francophone », *Afrique Juridique et Politique, Revue du CERDIP*, volume 1, n°2, juillet-décembre 2002, pp. 35-86 ; DU BOIS DE GAUDUSSON (J.), « Défense et illustration du constitutionnalisme en Afrique après quinze ans de pratique du pouvoir », *Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 609-627 ; SY (D.), « La renaissance du droit constitutionnel en Afrique : question de méthode », *Droit Sénégalais*, n°3, juin 2004, pp. 43-60 ; WANDJI (J.-F.), « Les zones d'ombre du constitutionalisme en Afrique », *RJPIC.*, n°3, 2007, pp. 263-307.

subjectivité, le sentimentalisme et l'arbitraire. Il s'ensuit que, faut-il encore le préciser, plus que d'autres juges, ce dernier est-il tenu d'exposer les motifs pour lesquels les règles de droit applicables à une affaire donnée ne peuvent que conduire à adopter la solution qui figure dans le dispositif de son jugement. C'est une démarche impérieuse en Afrique puisque la plupart des lois constitutionnelles des Etats prescrivent que les tribunaux statuent au nom du peuple souverain³⁵. Et l'on comprend aisément qu'une décision de justice constitutionnelle, soit la réponse que la juridiction constitutionnelle donne aux requérants à la suite d'une motivation sur la base d'arguments de droit constitutionnel. De ce fait, il est normal que toutes les décisions de justice constitutionnelle soient motivées. Dans cette optique, il n'est pas inutile de repreciser que la motivation est une exigence de la démocratie puisqu'au moyen des motifs ayant conduit à leurs décisions, les juges rendent publiquement compte au peuple souverain des raisons pour lesquelles ils ont tranché un litige dans un tel sens plutôt que dans tel autre. Ainsi, quoique d'exigence légale, l'office du juge constitutionnel se dresse aux antipodes du modèle de magistrat, simple « *bouche de la loi* »³⁶, selon l'expression de MONTESQUIEU, pour être désormais convoqué non seulement pour déterminer si telle loi est applicable mais encore, pour participer à une véritable « discussion » sur des sujets de société. Cette approche dénommée « *auditoire universel* » par Chaïm PERELMAN ouvre ainsi un dialogue entre l'autorité judiciaire, le pouvoir législatif, la doctrine, l'opinion publique et le juge lui-même³⁷. On comprend donc que la publication de la décision inséparable de la motivation, devient une condition de la démocratie, bien qu'en règle générale, on admet dans l'ensemble et pour certaines catégories de procès, le droit à l'anonymat au nom de la protection de la vie privée³⁸.

Il est notable qu'avec l'expérimentation depuis près de trente années du processus démocratique en Afrique, laquelle s'est construite dans une intense activité juridictionnelle du juge constitutionnel, beaucoup d'auteurs aient réfléchi sur l'office de ce juge³⁹. Ainsi, en dehors des études portant sur le

³⁵ Voir. p. ex., l'article 126 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 qui dispose en effet que : « *La justice est rendue au nom du peuple béninois. Les juges ne sont soumis, dans l'exercice de leurs fonctions, qu'à l'autorité de la loi. Les magistrats sont inamovibles* » ; l'article 102 de la Constitution ivoirienne ; l'article 112 de la Constitution togolaise de 1992 révisée par la loi de 2002-029 du 31 décembre 2002.

³⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit de Lois*, livre XI, chapitre VI, *De la constitution d'Angleterre*, Folio Essais, Gallimard, 1995, Tome I, p. 327 et s.

³⁷ COSTA (J.-P.), « Le dialogue des juges avec lui-même » in *le dialogue des juges. Mélanges en honneur du président Bruno GENEVOIS* Paris, Dalloz-Sirey, 2009 p. 55.

³⁸ Cette pratique n'est pas fondamentale chez le juge constitutionnel, mais s'observe en général dans l'ensemble des procès pénaux, notamment ceux qui concernent le procès impliquant les mineurs, les incapables majeurs et surtout ceux relatifs à la déviance des mœurs liée à la vie privée tel le viol. De nos jours, il est aussi clairement établi que le Conseil constitutionnel français s'assure dans l'étude de ses dossiers du respect de la vie privée. Lire à cet effet, « Le Conseil constitutionnel et la vie privée », in *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Editions Lextenso, LGDJ, n°48, juin 2015, p. 333.

³⁹V. p.ex., les recueils de jurisprudence sur le juge constitutionnel pour lesquels beaucoup d'auteurs africains ont consacré leurs efforts. Lire par ailleurs, LOADA (A.) et autres, *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle*

recadrage institutionnel du juge constitutionnel, de ses missions, de l'évaluation de ses performances et même de ses contre-performances, beaucoup d'auteurs africains se sont intéressés au prononcé de ses décisions⁴⁰. Par conséquent, la présente étude qui ne s'isole pas de ces réflexions, toutes aussi fructueuses et intelligibles, les unes que les autres, a l'ambition de compléter celle-ci et d'éclairer davantage sur les argumentations et techniques argumentaires qui sous-tendent les délibérations des juridictions en Afrique noire francophone.

De ce qui précède, il est évident que la réflexion sur la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire francophone est complexe et édifiante puisqu'elle permet de dégager la consistance de la méthode juridictionnelle du juge constitutionnel dans cette contrée géographique. Dès lors, la question qui intègre l'ambition de cette étude ne peut être rédigée qu'en ces termes : ***quelles appréciations peut-on faire de la motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone ?***

De cette interrogation, il serait ainsi question d'examiner si dans le procès constitutionnel⁴¹ en Afrique noire Francophone, on ne peut lire que du raisonnement juridique ou bien rencontre-t-on d'autres considérations porteuses d'opposition entre ce que les uns considèrent comme le droit auto-suffisant dans la solution du litige, ou figure-t-il, dans l'argumentaire des décisions constitutionnelles, des solutions juridiques qui serviront de paravents à d'autres considérations masquées par des motifs rédhibitoires.

Comme ses collègues du Conseil constitutionnel français, les juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone ont intérêt à se faire comprendre et à convaincre. Elles ne devraient pas se préoccuper seulement de répondre à la question posée lorsqu'il s'agit de trancher un litige ou de se

burkinabé de 1960 à 2007, Ouagadougou, Centre pour la gouvernance démocratique (CGD), 2009, 135p ; MEDE (N.), *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin ; Allemagne*, Editions universitaire européennes, 2012, 458p ; MELEDJE (D.), *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, Centre national de documentation juridique (CNDJ), 2012, 671p ; FALL (I.-M.), (dir.), *Les décisions et les avis du Conseil constitutionnel sénégalais*, Dakar, CREDILA, 2008 ; KPODAR (A.), *Commentaire des grands avis et décisions de Cour constitutionnelle togolaise*, Lomé, Presses de l'Université de Lomé, 2007. On peut prendre en compte l'étude récente de YONLI (D.-T.), « La motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique de l'ouest francophone », *revue béninoise de Science politique*, Vol 2, numéro 1, janvier 2018, pp. 3-57. Mais dans cette étude, les aspects abordés par l'intéressé, s'articulent d'une part sur le constat laconique ou bref des motivations des décisions du juge constitutionnel, preuve de son immaturité et d'autre part, sur le caractère politique des motivations qui remettent en cause la légitimité du juge constitutionnel. L'objectif de la présente étude faut-il rappeler est de procéder à travers le décryptage de certains motifs des décisions du juge constitutionnel dans la même contrée en vue de diagnostiquer des repères servant à la motivation du juge constitutionnel et leurs impacts sur le fonctionnement du processus démocratique.

⁴⁰ YONLI (D.-T.), *op.cit.*, pp. 3-57.

prononcer sur la compatibilité d'un texte ou d'un comportement avec la norme constitutionnelle. Aussi, doivent-elles faire œuvre de pédagogie, puisqu'une décision quoique lisible peut ne pas être perçue comme une meilleure décision mais l'explication qui y sous-tend, est le gage d'une décision mieux justifiée donc moins arbitraire. Ces parangons qui n'induisent que le flou et le silence, deviennent des ennemis de la bonne justice⁴² de sorte que l'absence de motivation pourrait être comprise comme une quasi confiscation de la justice.

Toutefois, on conçoit en toute vraisemblance que tout dire, tout expliquer, ne signifie pas toujours que la décision juridictionnelle est meilleure, bien que la motivation contraigne celui qui prend la décision à construire sa propre pensée en pesant davantage les arguments qui militent en faveur ou en défaveur de telle ou telle solution. Pour autant dire que l'obligation de motiver empêche-t-elle le juge de cacher certains arguments d'opportunité, de soustraire, de contourner ou de taire d'autres. Mais, une telle piste d'analyse obligerait à scruter « des motivations de la motivation » et amènerait à vérifier s'il y a des motivations pour convaincre donc des motivations profondes, lesquelles seront différenciées des motivations de façade.

L'objectif de la présente étude n'est pas de vérifier à travers l'office du juge constitutionnel africain, l'ensemble de tous ces aspects qui relèvent déjà à notre avis de la philosophie même de la motivation⁴³ puisque nous concevons qu'en tant qu'instrument de communication, la motivation ne doit pas devenir un instrument de « *marketing juridictionnel* »⁴⁴. Le juge devrait conserver à travers sa décision une part de mystère et de secret fort intérieur à lui qui constitue la partie invisible d'un iceberg, et qui témoigne aussi de la beauté de la justice. Et tout ceci doit demeurer sous le voile de la confiance dans le juge en tant que postulat dans une société démocratique, une confiance en son expertise, dans son savoir, bref dans son jugement.

C'est autant dire qu'à travers la motivation de ses décisions, le juge constitutionnel africain devra s'efforcer de convaincre autant que faire se peut, de la justesse de ses raisonnements dans le sens d'éclairer au mieux, aussi bien les autres pouvoirs que les administrés dans un univers juridique multipolaire, caractérisé par les interventions respectives d'autres juridictions nationales. Il s'agit donc de rendre des décisions dont les argumentaires soient juridiquement pertinents et qui évitent

⁴²BONNET (B.), « Présentation sur la motivation des décisions juridictionnelles », in CAUDAL (S.) (dir.), *La motivation en Droit Public*, Paris, Dalloz 2013, P. 211.

⁴³PONTHOREAU (M.-C.), « L'énigme de la motivation encore et toujours l'éclairage comparatif » in HOURQUEBIE (F.) et PONTHOREAU (M.-C.) (dir.), *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Paris, BRUYLANT, p. 9.

⁴⁴SEILLER (B.) « Rapport de synthèse », in Caudal (S.) (dir.), *La motivation en droit public*, Paris, Dalloz 2013, p. 294.

d'« *insulter le bon sens* »⁴⁵. C'est notamment le développement de la justice constitutionnelle en Afrique après plus d'un quart de siècle environ, qui force à examiner les techniques de décisions en général et surtout de justification desdites décisions, les modes de raisonnement et plus largement la méthode d'interprétation de la Constitution dans le prononcé de la décision du juge constitutionnel.

Ce constat est constitutif pour nous d'une hypothèse de travail de sorte que répondre à cette interrogation générale susmentionnée, conduit à réfléchir sur l'efficacité du procès constitutionnel en Afrique noire francophone, en prenant pour échantillonnage quelques exemples tirés à titre principal des Etats comme le Bénin en priorité, la Côte d'Ivoire, le Gabon et le Sénégal. Ces échantillonnages sont marqués non seulement du dénominateur commun du même héritage du système juridique français mais également, de la même expérience du constitutionnalisme et de transition démocratique amorcée vers 1990. Cet état de chose institue entre eux malgré quelques différences, une similitude institutionnelle et de pratiques juridiques et juridictionnelles sensiblement homogènes.

Au plan théorique, l'intérêt d'une telle étude devrait permettre d'apporter une contribution au développement du droit constitutionnel appliqué. Au plan pratique, elle peut offrir des canaux utiles aux usagers du service public de la justice constitutionnelle, en empruntant quelques exemples au droit constitutionnel appliqué et comparé et au trans-constitutionnalisme⁴⁶.

C'est à la tentative de réponse à la question-pivot susmentionnée que s'attèle la présente étude qui se structure autour de deux axes de réflexions : d'une part, l'opération prudentielle de la motivation (I) et d'autre part, ses conséquences mitigées (II).

I- UNE OPERATION PRUDENTIELLE

La question de la prudence voire de la sagesse du juge n'est pas nouvelle au sein des ordres juridiques⁴⁷. En 1804 déjà, PORTALIS écrivait que les lois sont des « *actes de sagesse, de justice et de raison* »⁴⁸. Ainsi, il ne saurait y avoir de prudence⁴⁹ du juge constitutionnel africain ou ce qu'on

⁴⁵ Expression employée par le président Bruno GENEVOIS dans sa communication présentée lors des Colloques du SENAT, lire à cet effet : « Comment tranche-t-on au Conseil d'Etat ? », p. 296.

⁴⁶ TOURARD (H.), *L'internationalisation des Constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000, 724p. Lire également, TORCOL (S.), « *L'internationalisation des constitutions nationales* », Communication au Colloque Europe et Constitution, *Les constitutions confisquées*, organisé par l'Association Française de Droit Constitutionnel, VI^{ème} Congrès, Montpellier, 9,10 et 11 juin 2005.

⁴⁷ J. Kenfack dans sa thèse de doctorat intitulée, *Les actes juridiques des Communautés et organisations d'intégration en Afrique Centrale et Orientale*, Université de Yaoundé II, 2003, p. 26, relève les principales composantes de l'ordre juridique, notamment : un ensemble articulé de normes, l'existence d'organes chargés de les produire et d'en garantir l'exécution, l'autonomie de ces normes et des organes comme gage de leur existence.

⁴⁸ V. Le Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil par P.-A FENET, T1, Osnabruck et Otto Zeller, 1968, p. 466.

⁴⁹ L'article 1353 du Code civil fait allusion à la prudence quand il prescrit en effet que : « *Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat(...)* ».

pourrait appeler sa sagesse si celui-ci se réduit à n'être que « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* »⁵⁰. En tout état de cause, la prudence du juge constitutionnel s'exerce à l'intérieur même du travail d'interprétation de la loi. Appliquée à l'exercice de la fonction de juger, la prudence désigne « *un savoir essentiellement pratique, nourri et authentifié par l'expérience, une aptitude à bien juger et un art de se conduire* »⁵¹. Faut-il encore relever ici que, la décision du juge implique un risque et un calcul, elle affirme un choix de politique juridique qui ne peut s'exercer de façon débridée⁵² ? Assurément non. Si donc parler de la prudence du juge constitutionnel africain semble être une facilité et sans doute un abus, le juge constitutionnel africain exerce son pouvoir d'appréciation dans des matières, selon des référents (A) et des instruments de la motivation (B) précis.

A- Les référents de la motivation

Selon Didier BERTRAND⁵³, « *le référent est partout. Il est une figure de la modernité* ». Ce vocable a une valeur légitimatrice. Ainsi, elle préfère être accompagnée pour être mieux identifiée, par exemple d'un adjectif qui vient préciser son domaine de compétence. Les référents servent de pilier à la construction des motifs des décisions du juge constitutionnel africain. Pour preuve, le juge constitutionnel sénégalais⁵⁴, propose une gamme de référents qui organisent la motivation des décisions.

L'analyse des référents juridiques (1) que précéderont les référents non juridiques (2) permet en effet de rendre compte de l'existence des sources légitimatrices de la motivation des décisions du juge.

1. Les référents juridiques de la motivation

C'est irrécusable que la motivation, œuvre de justification, de persuasion et d'argumentation⁵⁵ peut être appréhendée comme « *le recensement des éléments qui étayent le raisonnement et permettent*

⁵⁰ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, t. 1, livre XI, chap.VI, p. 177.

⁵¹ THUNIS (X.), « La sagesse du juge : le devoir avant la vertu », *Ethique publique*, vol. 3, n°2/2001, accessible en ligne à l'adresse : <http://journals.openedition.org/ethiquepublique/2514>; DOI : 10.4000/ethiquepublique.2514, consulté le 25 novembre 2019 à 02 :10.

⁵² *Ibid.*

⁵³ BERTRAND (D.), « Le référent : rôles et fonctions d'une figure de la modernité », Dans *l'éducateur spécialisé sous tension* (2015), pp. 63 à 88, mise en ligne sur Cairn.info le 25/06/2019, consulté le 26 novembre 2019 à 03 :41.

⁵⁴ Conseil constitutionnel Sénégalais, Affaires 5/9306/E/93 du 02 mars 1993, in FALL (I.-M.), *Les décisions et avis du Conseil constitutionnel Sénégalais*, CREDILA. 2008, p. 47. Dans un considérant de principe, le juge retient que : « *Le Conseil estime qu'après s'être déclaré valablement saisi et malgré le silence des textes, il a l'obligation de se prononcer sur la question portée devant lui ; qu'en effet, ni le silence de la loi, ni l'insuffisance de ses dispositions, n'autorisent le Conseil compétent en l'espèce, à s'abstenir de régler le différend porté devant lui ; qu'il doit prononcer par une décision en recourant, au besoin, aux principes généraux du droit, à la pratique, à l'équité et à toute autre règle compatible avec la sauvegarde de l'Etat de droit et avec l'intérêt commun* ».

⁵⁵ BELLOUBET (N.) « *La motivation des décisions du conseil constitutionnel : justifier et reformer* » ; in *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, juin 2017, n°55-56, p. 8.

d'aboutir à la décision »⁵⁶. En effet, garant de l'application de la norme constitutionnelle et véritable « *oracles vivants*⁵⁷ », le juge constitutionnel africain puise les arguments de justification de ses décisions dans le droit positif⁵⁸ applicable par l'Etat de sa juridiction, ce d'autant plus qu'il est fondé à rendre justice principalement suivant le droit⁵⁹.

Sur ce postulat, le juge constitutionnel se réfère tout d'abord à la Constitution pour légitimer sa décision. La nature écrite ou coutumière de la Constitution n'a aucune incidence sur l'aptitude de la règle à être appliquée par le juge de la constitution. Seul compte, le caractère constitutionnel de l'acte convoqué⁶⁰. On note dans le même ordre d'idées, que la juridiction constitutionnelle peut également faire appel à un ensemble de textes connexes à la loi fondamentale et qui sont constitutifs du « **bloc de constitutionnalité** ». Expression doctrinale, systématisé en 1975 par le Professeur Louis FAVOREU et désignant l'ensemble des normes qui fondent le contrôle de la constitutionnalité opéré par le juge constitutionnel⁶¹, le bloc de constitutionnalité est représentatif en Afrique d'abord du texte constitutionnel et son préambule qui en fait partie intégrante, ensuite l'ensemble des textes internationaux relatifs aux droits de la personne humaine visés par la norme constitutionnelle, mais aussi tous les textes qui ont des liens substantiels avec la Constitution⁶². C'est dire que le litige

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the law of England*, 1765-1769, vol. I, p. 69.

⁵⁸ Selon Jacques Vanderlinden, a une définition qui comprend huit éléments : il « *est unique (il n'y en a qu'un dans le ressort qui est le sien), étatique (ce ressort est celui de l'Etat, seul producteur de droit), formé de règles abstraites tendant à l'objectivité dans une hiérarchie dominée par la loi dont des procédés déductifs (du général au particulier) permettent de dégager la manière de résoudre des cas concrets* » (VANDERLINDEN (J.), « Les droits africains entre positivisme et pluralisme », in *Bulletin des séances de l'Académie royale des sciences d'outre-mer*, 46 (2000), pp. 279-292, article accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.dhdi.free.fr/recherche/etatdroitjustice/articles/vanderli3.htm>, consulté le 26 novembre 2019 à 04 :20.

⁵⁹ De la rédaction de l'article 37 alinéa 2 de la Constitution camerounaise par exemple (« *les magistrats du siège ne relèvent dans leurs fonctions juridictionnelles que de la loi et de leur conscience* »), l'on peut noter l'exigence de recourir au droit pour rendre toutes décisions. Et l'énonciation du référent « *droit* » avant celui de la « *conscience* » traduit ici le caractère prééminent du droit dans le prononcé de la décision de tout juge ordinaire et, par extension, le juge constitutionnel.

⁶⁰ Haut conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, Décision 14 DC du 16 février 1993, in *Cour constitutionnelle, Recueil des décisions et avis (1991-1992-1993)*, p. 71.

⁶¹ DEBARD (Th.), *Dictionnaire de droit constitutionnel*, 2^{ème} éd., Paris, Ellipses, 2007, p. 39. Lire également FAVOREU (L.) « *Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel* » Mélanges Charles EISENMANN, Paris, Cujas, 1975, pp. 33-48.

⁶² S'agissant des textes ayant des liens substantiels avec la constitution, il convient de mentionner d'une part, les lois organiques considérées comme le prolongement nécessaire et conforme de la Constitution et qui serviront de base juridique au contrôle de constitutionnalité d'actes législatifs ou réglementaires et, d'autre part, toute disposition du règlement intérieur des institutions de l'Etat qui assure la mise en œuvre des règles constitutionnelles. En définitive dans cette conception du bloc de constitutionnalité, relève de la constitution non seulement le texte écrit de la Constitution elle-même mais aussi des règles qui en permettent la mise en œuvre et qui constituent son prolongement immédiat. La prolixité du préambule et l'intégration de charte détaillée des droits fondamentaux ont faire dire que le bloc de constitutionnalité en Afrique est « *un ensemble composite (qui) met au défi le juge de créer de la cohérence* » Or, c'est compter sans boulimie connue du juge constitutionnel béninois qui l'a encore étendue. Lire entre autres, Cour

constitutionnel déborde du contrôle du texte législatif pour englober celui des autres normes juridiques à l'instar des engagements internationaux⁶³, les textes réglementaires et les actes administratifs⁶⁴ et même les décisions de justice en matière des droits de l'homme pour ce qui concerne certaines Cours constitutionnelles⁶⁵. Ainsi l'office du juge constitutionnel africain en règle

constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 98-039 du 14 avril 1988 ; BLANQUER (J.-M.), « Bloc de constitutionnalité ou ordre constitutionnel ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jacques ROBERT*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 230. ; BOLLE (S.), « *Des constitutions « made in » Afrique* », p. XVII ? article accessible en ligne à l'adresse suivante : www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes7/BOLLE.pdf, consulté le 20 octobre 2019 à 12 :43.

⁶³ Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 19-94 du 30 juin 1994 (Traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 sur l'harmonisation du Droit des Affaires en Afrique), in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis 1994*, Porto-Novo, Editions du JORB, 1996, p. 77. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 00-033 du 28 juin 2000, contrôle de constitutionnalité des conventions et protocoles sur la CEDEAO et de leur loi de ratification, loi n° 98-031 adoptée par l'Assemblée Nationale le 30 juillet 1998. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 00-047 du 30 juin 2000, contrôle de constitutionnalité des conventions internationales du travail n° 81, 135, 138, 144 et 150 et de leur loi de ratification, loi n° 99-028 adoptée par l'Assemblée Nationale le 28 octobre 1999. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 09-066 du 28 mai 2009, contrôle de constitutionnalité a *posteriori* de l'Accord en forme simplifiée intervenu entre l'Association Mondiale de l'Appel à l'Islam et la République du Bénin.

⁶⁴ Il faut faire observer que le constituant béninois a étendu les actes concernés, puisque l'article 3 alinéa 3 de la Constitution du 11 décembre 1990 renvoie à « ... *tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ses dispositions* ». Pour le Haut Conseil de la République (HCR) siégeant en qualité de Cour Constitutionnelle, ne constituent pas des actes administratifs à même d'être censurés par le juge constitutionnel, un simple avis donné (fût-il par une lettre) consécutivement à une consultation sollicitée par le destinataire de l'avis ; une émission radiophonique ou télévisuelle destinée à des individus non identifiés ; la décision non écrite de reporter ou d'annuler une émission radiophonique ou télévisuelle prise par des responsables d'un service public. Haut Conseil de la République siégeant en qualité de Cour Constitutionnelle, Décision 16 DC du 03 juin 1993, in Cour Constitutionnelle du Bénin, *Recueil des décisions et avis (1991-1992-1993)*, Porto-Novo, Les Presses du JORB, 1996, p. 87. Mieux, la Cour Constitutionnelle du Bénin a considéré qu'une lettre qui contient des instructions ne doit pas s'analyser comme un acte administratif, mais comme une mesure préparatoire en vue de l'élaboration d'un acte réglementaire et ne saurait être considérée comme une décision susceptible d'être déférée au contrôle de la Cour Constitutionnelle. Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 97-047 du 13 août 1997, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis (1997)*, Porto-Novo, CNPMS, 1997, pp. 201-203.

⁶⁵ Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 09-087 du 13 août 2009 (Affaire Aidasso). Il est à relever que la Cour constitutionnelle du Bénin a été, d'abord, réticente, à contrôler les décisions de justice en se déclarant incompétente ou en rejetant les requêtes des citoyens en les déclarant irrecevables. Par la suite, elle connaît de ces requêtes surtout lorsqu'elles visent à sanctionner les violations des droits humains fondamentaux, comme le droit de propriété. Elle peut aussi contrôler les décisions du Gouvernement qui suspendent l'exécution de ces décisions. Haut Conseil de la République siégeant en qualité de Cour Constitutionnelle, Décision 13DC du 28 octobre 1992, in Cour Constitutionnelle du Bénin, *Recueil des décisions et avis (1991-1992-1993)*, *op. cit.*, pp. 65-67. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 11-94 du 11 mai 1994, in Cour Constitutionnelle du Bénin, *Recueil des décisions et avis (1994)*, *op. cit.*, pp. 37-39. - Arrêt de la Cour d'Appel, décision juridictionnelle que la Cour constitutionnelle ne saurait connaître, cf. Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 97-025 du 14 mai 1997, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis (1997)*, *op.cit.*, pp. 107-109. Jugement du tribunal de première instance de Cotonou que la Cour a refusé de contrôler, cf. Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 97-027 du 14 mai 1997, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis (1997)*, *op. cit.*, pp. 115-116. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 00-031 du 05 avril 2000, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis 2000*, Edition 2001, pp. 117-118. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 00-037 du 28 juin 2000, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis 2000*, *op. cit.*, pp. 139-140.- Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 03-023 du 27 février 2003, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis 2003*, Cotonou, Copef, 2004, pp. 105-107. - Cour Constitutionnelle du Bénin, Décision DCC 03-123 du 20 août 2003, in Cour Constitutionnelle, *Recueil des décisions et avis 2003*, *op. cit.*, pp. 499-501. Voir, p. ex., la Décision DCC 07-175 du 27 décembre 2007. Cf. en France, Arrêt *Couitéas*, 30 novembre 1923.

générale, s'exerce sur la base d'un ensemble de corpus juridique et se porte dans le cadre du procès constitutionnel non seulement sur la loi fondamentale, les lois organiques et ordinaires, mais également des textes communautaires. On comprend donc aisément, que la notion du bloc de constitutionnalité qui symbolisait une extension du domaine de compétence du Conseil constitutionnel français⁶⁶, revêt une signification plus riche et extensible dans le droit constitutionnel des Etats africains qui l'ont reprise⁶⁷. Il s'agit comme en France du bloc de normes juridiques sur la base duquel le juge constitutionnel exerce son office.

Ce constat permet de faire observer que le procès constitutionnel peut-être appréhendé comme un « *ensemble procédurale et de mécanismes visant à permettre au juge constitutionnel de rendre la justice en matière constitutionnelle* »⁶⁸. En d'autres termes, le juge spécial utilise dans la procédure constitutionnelle, l'application et l'interprétation de la Constitution en tant que norme suprême de l'ordre juridique étatique en y faisant référence pour trancher le litige à lui soumis selon le cas, aux textes entrant dans le bloc de constitutionnalité⁶⁹. A cela s'ajoute comme référent, une production jurisprudentielle dont certains sont dénommés principes à valeur constitutionnelle⁷⁰ de même que les traités internationaux.

Au mieux, il convient également de souligner que les systèmes juridiques des pays d'Afrique noire francophone notamment, se fondent aussi sur différents héritages coloniaux et que par conséquent, les instruments utilisés par le juge dans le cadre de son office, sont également hérités des mêmes traditions. Il aurait été imprudent de ne point évoquer ici la question du « précédent ». En effet, donnée essentielle dans le système du droit anglo-saxon, la règle du précédent est un élément incontournable dans le raisonnement et, partant, de la motivation des décisions du juge. Pareille

⁶⁶ WALINE (J.), « Existe-t-il un gouvernement du juge constitutionnel en France ? » in *Mélanges en l'honneur de Louis FAVOREU, Renouveau du droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 2007, p. 487-498

⁶⁷ Décision n°3 DC du 2 juillet 1991, Haut conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de cour constitutionnelle.

⁶⁸ AKEREKORO (H.) « Le procès constitutionnel au Bénin », in *annuaire béninois de justice constitutionnelle*, ABDC, CDC, UAC, 2013 PUB p. 64.

⁶⁹ FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité. Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges en l'honneur du professeur Charles Einsenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33-48.

⁷⁰ Il faut noter que la Cour constitutionnelle du Bénin « découvre » des principes à valeur constitutionnelle. Tels sont les cas du « *consensus national* » (Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006) qui permet au juge de déclarer inconstitutionnelle une loi constitutionnelle du principe, de la « *représentation proportionnelle majorité/ minorité* » (DCC 09-002 du 8 janvier 2009) qui donne l'occasion au juge d'effectuer un revirement de jurisprudence, ou encore du principe de « *transparence dans la gestion des élections* » (la transparence dans les élections avait déjà été souligné par la Cour constitutionnelle dans sa décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994) qui permet de justifier la nécessité de maintenir la loi sur la liste électorale permanente informatisée et le Recensement électoral national approfondi. Mais dans l'introduction et la reconnaissance de principes à valeur constitutionnelle, la Cour constitutionnelle béninoise n'innove pas. Le conseil constitutionnel français l'avait devancé en 1971 en faisant du droit d'association un principe fondamental reconnu par les lois de la République, donc, un principe à valeur constitutionnelle. Le juge constitutionnel français a recours au « principe à valeur constitutionnelle », dont la « découverte » reste néanmoins balisée par des critères fixés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 20 juillet 1988. La méthodologie de la Cour constitutionnelle dans la « découverte » de ces principes à valeur constitutionnelle reste encore à trouver, ou moins à être exposée en dehors du cercle des juges initiés. Par contre, la Cour constitutionnelle va étendre le bloc de constitutionnalité déjà prolix aux traités internationaux régulièrement ratifiés par le Bénin.

omission aurait fait sans doute croire à une restriction du champ de l'étude au seul cercle des Etats d'Afrique noire francophone dont le juge constitutionnel est souvent phagocyté dans la tradition germano-romaine de la pensée du droit⁷¹. Ce qui n'est résolument pas l'ambition de la présente analyse. Pour preuve, bien qu'étant une théorie étrangère au modèle juridique français, des études récentes démontrent que « *la notion du précédent n'est plus un tabou pour les acteurs juridiques en France qui osent enfin parler d'une pratique jusqu'alors restée officieuse voire hérétique dans notre tradition juridique* ». [...] *Manifestation de la mémoire du juge, la référence au précédent est inhérente à la fonction de juger, ce qui explique que le juge y ait souvent recours*»⁷². C'est dire que, la doctrine française reconnaît elle-même aujourd'hui qu'en faisant appel au précédent, le juge convoque sa loi, source de son propre pouvoir afin de lui permettre en retour de s'imposer comme un être conscient de lui-même et de son pouvoir normatif⁷³. Et il n'est pas aussi anodin pour le juge constitutionnel africain de faire souvent référence à ses précédents notamment pour préciser les motifs de sa jurisprudence antérieure et de justifier l'autorité de sa nouvelle décision⁷⁴.

Toutefois, en tant que pratique évidente du système anglo-saxon du droit, le juge est quelque fois tenu de se soumettre aux conclusions d'une espèce d'un autre juge non pas « *parce qu'une personne vénérée l'a prononcé, parce que c'est la bonne décision, parce que c'est logique, parce que c'est juste, parce que cela concorde avec le poids de l'autorité, parce que cela a été généralement accepté et appliqué, parce que cela assure un résultat bénéfique à la communauté* »⁷⁵, mais plutôt « *parce que c'est une décision antérieure et pour aucune autre raison, et il devient clair que nous ne pouvons pas être certains que la règle est suivie, à moins que cela ne soit contraire au cœur, tout comme(...) l'obéissance à l'impératif catégorique n'est perceptible que lorsque l'ordre est désagréable* »⁷⁶. Cette

⁷¹DUFFY-MEUNIER (A.-C), « La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume-Uni », in *les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, N°55-56, juin 2017, p. 45.

⁷² RICHAUD (C.), *Le précédent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ 2016, 484p.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voir, les décisions de la Cour relatives à la loi sur la fonction publique et le droit de grève.

⁷⁵ « *because a revered mater has uttered it, because it is the right decision, because it is logical, because it is just, because it accords with weight of the authority, because it has been generally accepted and act on, because it secures a beneficial result to the community.* RADIN (M.), « Case Law and Stare Decisis: concerning Prajudizienrecht in Amirika », *Colombia Law Review*, n° 33, 1933, pp. 199-200.

⁷⁶ *because it is a previous decision and for no other reason, and it becomes clear that we cannot be certain that the rule is being followed, unless it is contre Coeur, just as... obedience to the categoric imperative is discernible only when something disagreeable is command.* *Ibid.* pp. 200-201.

approche du précédent, appréciée comme le «*binding precedent*»⁷⁷, c'est-à-dire le «*précédent contraignant* » apparaît donc comme une jurisprudence d'imposition à l'égard du juge, notamment lorsque «*la conclusion à laquelle la règle la contraint, est celle à laquelle elle n'aurait pas abouti, c'est-à-dire une conclusion que le tribunal n'approuve pas moralement, qui ne peut reposer sur la conscience, l'équité ou le bien-être public*»⁷⁸.

Au-delà de l'usage des instruments purement normatifs, le juge constitutionnel africain s'inspire dans le cadre du prononcé de son délibéré, des référents non juridiques.

2. *Les référents non juridiques de la motivation*

Du premier coup, si la référence à la loi constitutionnelle est incontournable dans le prononcé de la décision de justice, il ne peut également faire bon office que s'il recourt à sa conscience. En effet, à l'image du juge ordinaire, le juge de la Constitution se doit de faire reposer l'énoncé de ses décisions sur son «*intime conviction* » qui est nécessaire à la légitimation du droit en général. Seulement, celle-ci ne s'alimente pas essentiellement de la règle de droit. Elle découle aussi de sa passion laquelle influence considérablement son argumentaire. En d'autres termes, le juge constitutionnel africain, à l'instar de son homologue du Conseil constitutionnel français, pratique dans son office, une sorte de sociologie juridictionnelle dans laquelle il fonctionne malgré la diversité de la culture juridique et constitutionnaliste de ses membres⁷⁹. L'un des instruments de cette «*prise en compte sociologique* »⁸⁰ qui vient renforcer la qualité et la légitimité de ses décisions est le «**recours au consensus** » dans certains cas dans la procédure de délibération. Cette approche est d'ailleurs justifiée par la sociologue Dominique SCHNAPPER qui résume ici les propos de son collègue selon lesquels : «*(...) Dans nos sociétés dominées par la légitimité politique du vote, la prise de décision par consensus n'est pas pour autant évacuée, elle se maintient dans certains cas en particulier dans des aéropages, [...]. Au Conseil, qui entre dans le type des aéropages, on s'efforce d'arriver, grâce à la palabre et aux compromis, à un consensus. Les discussions informelles qui précèdent le délibéré et les débats pendant le délibéré permettent de réduire par étapes successives, les positions*

⁷⁷ VONG (D.), «*Binding precedent and English judicial law-making* », *Riara University business school and law*, pp. 318-346. Lire également, HOURQUEBIE (F.), «*L'emploi de l'argument conséquentialiste par les juges du Common Law* », in Hourquebie (F.) (dir.), *La motivation des décisions des Cours suprêmes et Cours constitutionnelles*, Bruxelles, 2013, p. 25.

⁷⁸ *The conclusion to which the rule constrains it is the one which it would not have reached except for the rule, a conclusion, in other words, of which the court does not morally approve, which cannot be rested on conscience, equity or the public welfare.* (RADIN (M.), *op. cit.*, p. 201).

⁷⁹ La composition des membres des juridictions africaines révèle que le profil des membres n'est pas que constitué de juristes, magistrats, professeurs et autres praticiens du droit. Siègent aussi des personnalités de grande réputation professionnelle autres que des juges comme c'est le cas au Bénin. (Art 117).

⁸⁰ SCHNAPPER (D.), *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, GALLIMARD 2010, p. 298.

différentes ou opposées, le rapprochement sur tel ou tel point entraînant un accord sur un autre point. L'ambition est d'obtenir un consensus qui manifeste, en effet, qu'une solution et une seule s'impose et qu'elle est le produit nécessaire de la qualité des interventions en sa faveur »⁸¹.

Cette approche d'emploi de référents non juridiques dans la prise de décision du juge constitutionnel est capitale pour asseoir sa décision. Le Professeur Michel TROPER⁸² souligne à cet effet que, « *la psychologie du juge permet de comprendre l'orientation de ses décisions* ». Quant à lui, pour comprendre les motivations du juge, « *il faut non seulement rechercher quelles normes il applique, mais aussi à quel parti politique il appartient ou quelle église il fréquente* »⁸³. C'est dire qu'au-delà de la norme qu'il déploie dans l'énoncé de ses décisions, l'argumentaire du juge semble donc être influencé par ses croyances, ses convictions, ses idéologies, sa religion et même sa morale. Il est d'ailleurs reconnu dans plusieurs systèmes juridiques des pays de l'Afrique de l'ouest notamment, une coexistence tolérée entre les lois officielles et écrites et le droit traditionnel et/ou religieux⁸⁴. En toute vraisemblance, on relève que S'il est admis que l'articulation entre les différents systèmes normatifs a son importance dans le procès du contrôle de constitutionnalité, on note que la structure constitutionnelle prend en compte parfois le droit coutumier et les instances correspondantes tenant ainsi compte de la réalité juridique sur le terrain en facilitant leur parfaite coexistence, quoique la plupart des Constitutions ne mentionnent pas l'existence du droit coutumier et de ses institutions dans leur format normatif⁸⁵.

De cette approche, on déduit en effet que la spécificité du procès constitutionnel en Afrique tient à trois éléments : l'individu, la possibilité de saisine d'office du juge constitutionnel et son audace. S'agissant des règles et des principes qui gouvernent le procès constitutionnel, le juge de la constitution en Afrique, à l'instar de ses homologues occidentaux, utilise les principes propres au droit constitutionnel appliqué ou au droit processuel constitutionnel, et les principes que le juge constitutionnel lui-même emprunte au procès constitutionnel⁸⁶. En ce qui concerne les principes propres au droit constitutionnel appliqué, ils regroupent les principes de constitutionnalité, les techniques et méthodes du juge constitutionnel et le principe du respect de la chose jugée au

⁸¹ *Ibid.*, p. 299.

⁸² TROPER (M.), *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2005.

⁸³ *Ibid.*, p. 42.

⁸⁴ Lire entre autres, KAMTO (M.), *Pouvoir et droit en Afrique noire : essai sur les fondements du constitutionnalisme dans les Etats d'Afrique noire francophone*, Paris, LGDJ, p. 129.

⁸⁵ Par la décision DCC 2002-41 du 20 décembre 2002., Cour constitutionnelle béninoise avait obligé le législateur à introduire dans la dernière monture de la loi n° 2002-07 publié plus tard au journal officiel le 24 août 2004 et portant code des personnes et de la famille en République du Bénin la possibilité d'introduire « *Conformément aux coutumes béninoises: la dot comme est un élément qui scelle le mariage au Bénin* ». Plus tard, le législateur avait retenu lors des débats parlementaires d'introduire la dot mais de lui conférer un « *caractère symbolique et facultatif* » et ceci sous la pression des mouvements féministes béninois.

⁸⁶ Voir, l'article du professeur AKEREKORO, in *Annuaire de justice constitutionnelle*.

constitutionnel⁸⁷. Le principe de constitutionnalité est un principe cher au droit constitutionnel, tel que, dégagé par Hans KELSEN⁸⁸, puis par le Professeur Charles EISENMANN⁸⁹ et repris par le Doyen Louis FAVOREU⁹⁰.

Dans une sorte de dialogue avec lui-même⁹¹, le juge s'emploie à « *faire coïncider autant que possible le droit et la justice ou l'équité, cherchant à éviter que ne joue l'adage cicéronien « Summum jus, summa injuria »* »⁹². Eu égard à ces considérations, certains ont pu affirmer, de manière caricaturale, que « *la décision du juge dépendait en définitive surtout de son humeur et celle-ci de la qualité de sa digestion* »⁹³. Dans cette perspective, il serait intéressant de rechercher en profondeur les instruments employés par le juge constitutionnel africain dans l'affirmation de ses motifs.

B- Les instruments de la motivation

Il est clairement établi que, « *les affaires ne doivent pas être décidées par la raison naturelle du juge, mais par la connaissance argumentée et raisonnée du droit* »⁹⁴. C'est dire que le droit, notamment le droit jurisprudentiel doit être « *l'expression de la raison parfaite*⁹⁵ » à laquelle les justiciables, quelques soient leurs rangs doivent se soumettre. Ce faisant, si le juge chargé de rechercher le sens de la norme ne doit pas en prouver la vérité, il doit néanmoins fonder sa solution sur des principes vrais et connus au moyen d'un mouvement continu et sans aucune interruption de la pensée, en vue de réaliser l'idéal rationaliste de la connaissance au fondement du jus naturalisme et du positivisme moderne. Pour réaliser cette importante tâche, le juge constitutionnel africain comme tout autre juge d'ailleurs, emploie d'une part, les techniques d'interprétation (1) et les techniques argumentaires (2) pour construire les motifs de la décision.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ KELSEN (H.), « La garantie juridictionnelle de la Constitution », *RDP*, 1928, pp. 197-257. – *Id.*, « Le contrôle de constitutionnalité des lois. Une étude comparative des constitutions autrichienne et américaine », *RFDC*, n° 1, 1990, pp. 17 et s.

⁸⁹ EISENMANN (C.), *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Thèse, Paris, 1928.

⁹⁰ FAVOREU (L.), « Le principe de constitutionnalité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33 et s. - *Id.*, « La notion de Cour constitutionnelle », in *De la Constitution*, Etudes en l'honneur de Jean-François AUBERT, Bâle-Francfort-Sur-Le-Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, p. 16, note 5.

⁹¹ COSTA (J.-P.), « Le dialogue du juge avec lui-même », in *Le dialogue des juges : Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 318-462.

⁹² Cet adage, attribué à Cicéron, signifie que « *l'application excessive du droit conduit à l'injustice* » et constitue, sans doute, le tempérament d'un autre adage : *dura lex, sed lex*. Selon Portalis lui-même, « *une excessive rigueur dans l'administration de la justice aurait tous les caractères d'une tyrannique oppression : summum jus, summa injuria. Le bien se trouve entre deux limites ; il finit toujours où l'excès commence* » (Fenet, t. XIV, p. 123). Le droit offre donc des moyens d'empêcher les excès que pourrait permettre une application mécanique de la règle de droit. Parmi ces mécanismes correcteurs, on peut citer l'équité. *Ibid.*, p. 204.

⁹³ TROPER (M.), *op.cit.*, p. 43.

⁹⁴ ZOLLER (E.), *Introduction au droit public*, Paris, Dalloz, 2013, p.79.

⁹⁵ BLACKSTONE (W.), *Commentaries on the law of England, 1765-1769*, Introduction, section 3, p. 70.

1. Les techniques d'interprétation du juge constitutionnel

Tout en n'étant pas une science exacte, le droit ne saurait se passer de rigueur. Il lui faut concilier la souplesse et la précision. Il ne suffit pas de déterminer la règle juridique, squelette sans chair ; il y a lieu ensuite de l'appliquer à une situation concrète⁹⁶. D'où l'importance de l'interprétation, question fondamentale et inépuisable. En effet, « *l'interprétation, en droit, relève essentiellement du juge* »⁹⁷. Apprécié, à l'aune de la notion d'instrument⁹⁸, comme l'entité par laquelle la motivation des décisions de justice est appelée à prendre forme, le juge constitutionnel se présente comme celui-là dont la mission est d'apprécier l'adéquation de la Constitution aux faits exposés. Par ce fait, il parvient à poser le sens de la norme constitutionnelle, justifiant ainsi du statut d'interprète authentique⁹⁹.

L'interprète authentique se veut être celui-là, dont le raisonnement sur un énoncé normatif est non seulement considéré comme faisant foi mais aussi et surtout doté d'une autorité affirmée et

⁹⁶ « *Interpréter une loi, c'est en saisir le sens dans son application à un cas particulier* », affirment les Pandectes belges, *Ve interprétation des lois*, n°4.

⁹⁷ MAHILLON (P.), « Postface. Le rôle du juge dans l'interprétation : tension ou extension ? », *In Réflexions interdisciplinaires sur l'interprétation en droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 1978, article accessible en ligne à l'adresse suivante : <http://www.openedition.org/6540>, consulté le 26 novembre 2019 à 06 :24.

⁹⁸ AGUILA (Y.), « *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle* », *RFDC*, 21,1995, p.13 et lire également Diagne (M.), « *Le juge constitutionnel africain et la technique des réserves d'interprétation* », *R.J.P.I.C.*, n°3, 2008, pp. 378 et s.

⁹⁹ L'interprétation désigne le « *processus intellectuel qui accompagne nécessairement le processus d'application du droit dans sa progression d'un degré supérieur à un degré inférieur* », lire KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Dalloz, coll. *Philosophie du droit*, 1962, traduction Charles Eisenmann, p. 453. En droit public, on admet que l'interprétation consiste à dégager le sens exact d'un texte peu clair mais aussi à en déterminer la portée. Elle demeure une opération linguistique de détermination du sens général ou appliqué d'un énoncé, lire PINI (J.), « *Simple réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle* », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°24, *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel*, juillet 2008. L'interprétation fait l'objet de plusieurs théories doctrinales, dont les principales reposent sur l'interprétation scientifique et l'interprétation réaliste. Selon la théorie de l'interprétation que l'on retient, « l'identification de la signification de l'ensemble d'énoncés (...) », lire PFERSMANN (O.), « *le sophisme onomastique : changer au lieu de connaître l'interprétation de la constitution* », in MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), (dir.), *l'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, p. 33, procédé soit d'un acte de volonté, soit d'un acte de connaissance. De ce fait, on conçoit que l'interprétation d'une norme juridique « *ne consiste pas seulement à dégager le sens exacte d'un texte qui serait peu clair, mais aussi à en déterminer la portée, c'est à dire le champ d'application temporel, spatial et juridique et ainsi que l'éventuel supériorité vis-à-vis d'autres normes* » Lire GUILLIEN (R.), et VINCENT (J.), *Lexique des termes juridiques*, 17^e édition, Paris, Dalloz, 2010, p.13. Un décryptage de cette définition apporte deux précisions, d'une part un texte clair n'a pas besoin d'être interprété. C'est « *la doctrine du sens clair des textes* » dont la formulation latine est : *Interpretatio cessat in claris* ; d'autre part l'interprétation d'un texte dégage non seulement son sens mais également sa portée, voir son étendue. Il s'ensuit, qu'un juge ne peut ordonner l'application d'un texte qu'après l'avoir passé au crible de l'interprétation. Ainsi, le juge est invité à en délimiter le sens au préalable avant de l'appliquer au cas qui lui est soumis. Tout porte à croire que le pouvoir d'interprétation serait pour ainsi dire consubstantiel à l'activité juridictionnelle lire AGUILA (Y.), « *Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle* », *RFDC*, 21, 1995, p. 13.

reconnue¹⁰⁰. Concrètement, l'interprète authentique doit être considéré comme toute autorité, qui, à défaut d'être l'auteur de l'acte habilité à interpréter un texte où dont l'interprétation est accompagnée d'effets juridiques même si elle n'en est pas formellement habilitée¹⁰¹. Autrement dit, il s'agit de celui-là dont la décision ne fait pas débat¹⁰². Celui-ci se distingue par conséquent de l'« interprète doctrinaire » qui se présente comme celui-là dont l'interprétation ne se termine pas par une décision et peut se poursuivre à l'infini¹⁰³ en offrant de fait à la communauté scientifique le champ des possibles sens d'un énoncé, de manière à permettre à l'interprète authentique d'opérer un choix¹⁰⁴. C'est dire que l'interprétation constitue une opération grâce à laquelle on attribue une signification, on donne un sens à un texte.

En matière constitutionnelle, l'interprétation a une double fonction d'élucidation et de production des normes constitutionnelles. Relativement à la fonction d'élucidation, Hans KELSEN a pu écrire : « *Si un organe juridique doit appliquer le droit, il faut nécessairement qu'il établisse le sens des normes qu'il a mission d'appliquer ; il faut nécessairement qu'il interprète ces normes* »¹⁰⁵. Le juge constitutionnel constitue donc un interprète de la Constitution et cette opération d'interprétation lui permet de donner un sens aux normes qui y sont contenues comme « *de la compléter, sinon de la corriger par des règles qui sont sa propre création* »¹⁰⁶. A cet effet, le juge constitutionnel béninois par exemple, se reconnaît cette compétence d'interprétation des normes lorsqu'il précise dans l'un de ses motifs que : « *Parmi les moyens dont dispose la Cour pour vérifier la constitutionnalité, figurent les techniques d'interprétation qui sont le principal moyen de contrôle (...). Pour se prononcer sur la conformité des dispositions de la Constitution, la Cour dispose d'un instrument obligé et nécessaire à l'exercice de sa mission qui est l'interprétation* »¹⁰⁷.

¹⁰⁰ DI MANNO (T.), *le juge constitutionnel et la technique des décisions interprétatives en France et en Italie*, Paris, Economica, 1997, p. 11. En réalité, c'est au Professeur Louis FAVOREU que nous devons la typologie devenue classique des techniques d'interprétation et l'on distingue les techniques de l'interprétation constructive (le juge complète le texte en y ajoutant une règle sans laquelle il serait contraire à la constitution), les techniques de l'interprétation directive(le juge donne des injonctions aux destinataires du texte de manière à ce que son application le rende conforme à la constitution) et les techniques de l'interprétation neutralisante (le juge retire du texte la signification qui le rend inconstitutionnel). Voir FAVOREU (L.), « *La décision de constitutionnalité* », RIDC, 1986, p. 611, cité par VIALA (A.), *Les réserves d'interprétation et la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1999, p. 74.

¹⁰¹ TROPER (M.), *op. cit.*, p. 100.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.* p. 101.

¹⁰⁴ DE BECHILLON (D.), Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, 2008, Dossier : *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel* ; PONTHEREAU (M.-C.), Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, 2008, Dossier : *Le pouvoir normatif du juge*.

¹⁰⁵ KELSEN (H.), *op. cit.*, p.454.

¹⁰⁶ KOKOROKO (D.), *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁷ Cf., le Haut Conseil de la République du Bénin siégeant en qualité de Cour Constitutionnelle, Décision 14 DC du 16 février 1993, in *Cour Constitutionnelle, Recueil des décisions et avis (1991-1992-1993)*, p. 71.

Mais, l'interprétation constitutionnelle n'a pas qu'une fonction de signification des normes. Elle vise également à intervenir directement « *dans le processus de production des normes constitutionnelles* »¹⁰⁸. Néanmoins, il peut être objecté sur cette approche et notamment sur la base de la théorie réaliste, qu'en tant qu'interprète authentique de la Constitution, les articles relatifs aux compétences des juridictions constitutionnelles n'ont que le contenu et le sens que le juge veut bien en donner. En effet, le juge crée du droit en interprétant la Constitution. Le résultat de son interprétation constitue en soi une norme puisque face à une disposition, le juge a, à choisir entre plusieurs sens pour retenir une signification en fonction de son système de référence. Si l'on retient que le pouvoir créateur du juge est protéiforme et qu'en tant que juge constitutionnel, la Cour ou le Conseil Constitutionnel dispose d'une capacité de quasi dernier mot¹⁰⁹ qui fait que le sens d'une disposition constitutionnelle est nécessairement ce qu'en dit la juridiction constitutionnelle, une évaluation de la jurisprudence constitutionnelle devient inutile. On en vient en effet à établir une stricte identité entre la norme constitutionnelle entendue comme le texte interprété par le juge et la disposition, c'est-à-dire le texte à interpréter¹¹⁰. Par exemple de façon extensive, le juge constitutionnel béninois se place dans la logique de la théorie de l'interprétation de Ronald DWORKIN¹¹¹. Cette théorie vise à valoriser l'office du juge qui ne serait plus un interprète choisissant de manière plus ou moins arbitraire l'une des significations admissibles, mais un véritable agent moral qui prendrait position pour une cause juste en se fondant sur des données du système qu'il conviendrait de faire apparaître sous son meilleur jour. Le juge fait alors des choix politiques pour « le bien être » commun voire pour la « *consolidation de l'Etat de droit* ».

Les motivations d'une telle démarche sont louables mais « *les choix moraux les mieux argumentées ne sont malheureusement pas pour autant les choix des organes et pour tout choix constitutionnel, législatif ou juridictionnel, on pourra se demander s'il est également un choix moralement justifié* »¹¹².

¹⁰⁸Décision 14 DC du 16 février 1993, in *Cour Constitutionnelle, Recueil des décisions et avis (1991-1992-1993)*, op.cit., p. 71.

¹⁰⁹DE BECHILLON (D.), *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, Dossier : *Le pouvoir normatif du juge constitutionnel*, 2008.

¹¹⁰PONTHÉREAU (M.-C.), *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°24, Dossier : *Le pouvoir normatif du juge*, 2008.

¹¹¹TROPER (M.), « Le droit, la raison et la politique », *Débat*, mars-avril 1991, p. 189-192, et également BLACHER (P.), « Le Conseil constitutionnel en fait-il trop ? », *Pouvoirs*, 105, 2003, p. 19.

¹¹²On note que le pouvoir normatif ne peut conduire le juge constitutionnel à supplanter la Constitution au risque de passer de la suprématie et du gouvernement de la Constitution à la suprématie et au gouvernement des juges constitutionnels. Cette question du « gouvernement des juges », dont l'expression est due à Edouard Lambert, lire LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Girard, 1921. Pour qualifier l'importance prise à certaines époques par la Cour suprême américaine, lire DE VILLIERS (M.) et LE DIVELLEC (A.), *Dictionnaire de Droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 7^e édition, 2009, p. 166. Elle a suscité de longs débats dans la doctrine occidentale et a fait jour au Bénin. Lire TOPANOU (P.-V.), *Boni YAYI ou le grand malentendu. Le quatrième Président du*

De toute évidence, on relève que le juge constitutionnel à l'analyse, ne procède pas dans sa décision, à un argumentaire motivé qui soit l'énonciation d'un sens probable des énoncés normatifs. Il est plutôt l'entité d'expression d'une argumentation incontestable. Par ce fait, il participe d'un moyen pertinent de la motivation des décisions issues des prétoires de la justice constitutionnelle ; quoi que nécessitant de techniques d'énonciation qui aide à l'érection concrète des motifs desdites décisions. Il n'est point donc de doute qu'il utilise dans l'administration de son office des techniques argumentaires.

2. Les techniques argumentaires du juge constitutionnel

« *Le droit est un art de l'argumentation*¹¹³, où il ne faut donc pas s'étonner que la rhétorique ait une certaine place »¹¹⁴. Sur ce postulat, la décision du juge constitutionnel apparaît toujours, à l'analyse, comme le résultat d'une structuration cohérente dont l'objectif est de rendre cette dernière intelligible. Le fait s'illustre, au premier abord, à l'aune de sa présentation avec notamment les visas qui précèdent les motifs et le dispositif. Par un pareil agencement, le juge entretient un suivi logique de sa décision dans l'esprit du justiciable. La même cohérence s'observe également dans le fond et notamment pour ce qui est essentiellement de l'exposé des motifs, étant donné la nature conclusive du dispositif. En l'espèce, pour la plupart des tribunaux constitutionnels francophones africains c'est la logique en termes de « raisonnement déductif » et « syllogistique » qui gouverne au premier chef l'argumentation rationnelle des motifs. Plus fondamentalement, l'argumentation du juge constitutionnel est nécessaire à la légitimation du droit en général. On note cet effet, une hétérogénéité des méthodes et des techniques du juge constitutionnel.

S'agissant des méthodes, il faut en distinguer deux catégories principalement: la « méthode d'analyse globale des normes » et la « méthode d'analyse conséquentielle ». Les principes de réalité, de l'unité de la structure de la Constitution et de l'effet utile constituent des exemples de la méthode d'analyse globale des normes. A travers la méthode conséquentielle, le juge constitutionnel identifie les textes contestés devant lui, leurs effets sur leurs destinataires, et leur capacité d'action. A cette méthode s'ajoute l'interprétation constitutionnelle.

Quant aux techniques du juge constitutionnel, elles se rapportent aussi bien à la séparation des pouvoirs qu'à la protection des droits fondamentaux. Pour ce qui est de la séparation des pouvoirs,

renouveau démocratique béninois, éd. L'Harmattan, Point de vue, 2012, pp. 131-134 ; AÏVO (F.-J.), *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, éd. L'Harmattan, p. 191-192.

¹¹³ L'argumentation est communément perçue comme l'action de convaincre et pousser ainsi l'autre à agir. Elle ambitionne en effet, à être comprise de tous et rechigne à utiliser des arguments fallacieux. L'argumentation est en logique l'ensemble des prémisses données en support à une conclusion. Elle n'est ni une démonstration, ni une preuve.

¹¹⁴ FABRE-MAGNAN (M.), « L'argumentation en droit », *Que sais-je ?* 2014, pp. 76-82, accessible en ligne à l'adresse suivante : <https://www.googleweblight.com>, consulté le 26 novembre 2019 à 07 :25.

on note d'une part, les « techniques d'autolimitation » du juge constitutionnel à savoir, les réserves d'interprétation, la déclaration d'incompétence et d'autre part, les techniques perfectionnistes de ce juge à savoir le contrôle à double détente, la technique de la séparabilité, celle de la contrainte de la jurisprudence antérieure, pour ne citer que celles-ci. S'agissant de la protection des droits fondamentaux, les techniques du juge constitutionnel sont aussi légions. Il s'agit en l'occurrence de la technique de contrôle d'office et celle de l'effet cliquet¹¹⁵, l'appel au délai raisonnable, l'ouverture du droit à réparation, sans ignorer le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation, le contrôle d'opportunité et le test de proportionnalité¹¹⁶.

Au-delà de toutes ces méthodes et techniques adoptés par le juge constitutionnel africain, il faut relever que les décisions du juge constitutionnel reposent tout comme celles des autres juges, sur un raisonnement « déductif » et « syllogistique ». Le syllogisme judiciaire est constitué de trois propositions : deux prémisses énoncées comme vrai, la majeure et la mineure et une conclusion. Cette dernière découle par déduction et de manière logique de la première prémisse, la plus générale à l'aide de la seconde. Le raisonnement syllogistique implique donc un mode de raisonnement rigoureux. L'observation des décisions du juge constitutionnel africain et son analyse structurale témoigne du schéma-type ci-après :

¹¹⁵S'agissant de l'effet cliquet, il faut noter que la première manifestation de cette jurisprudence remonte à la décision du Conseil constitutionnel du 20 janvier 1984 « *Libertés Universitaires* ». Selon cette jurisprudence, lorsqu'une loi abroge les dispositions d'une loi précédente, sans reprendre à son compte les garanties que prévoyait le premier texte, elle est inconstitutionnelle. C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel, à propos de l'abrogation de la loi du 12 novembre 1968 par la loi Savary, en des termes tout à fait explicites : « *Considérant que si l'abrogation des dispositions de la loi ancienne contraires aux dispositions de la loi nouvelle, ainsi que le maintien en vigueur de la réglementation ancienne jusqu'à son remplacement par une réglementation nouvelle n'appellent pas d'observations du point de vue de leur conformité à la Constitution, en revanche l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution* ». Prise dans ce sens, la technique dite de « *l'effet cliquet* » s'impose alors à tout acte susceptible de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux des citoyens quelle que soit l'autorité émettrice de l'acte. C'est donc à cette exigence que le juge constitutionnel gabonais a soumis, non pas une loi mais une ordonnance. Celle-ci a été prise à la suite d'une loi du 23 juillet 1993 autorisant le Président de la République à légiférer par ordonnance pendant l'intersession parlementaire. Le sieur Agondjo Okawe estimant que l'ordonnance a été prise par une autorité incompétente, la défère, dans les conditions prévues à l'article 85 alinéa 2 de la Constitution, devant la Haute Instance pour que celle-ci se prononce sur sa conformité ou non à la Constitution. L'intérêt de cette décision, et qui est en fait un des grands arrêts de la Cour constitutionnelle gabonaise, réside dans ce considérant de principe. « *Considérant que, s'agissant de la liberté de la presse écrite, la loi ne peut en réglementer l'exercice que pour rendre celui-ci plus effectif ou pour le concilier avec les objectifs de valeur constitutionnelle, que sont le respect de l'ordre public, de la liberté d'autrui, de la dignité du citoyen et du pluralisme des courants socioculturels ; que s'agissant de la liberté de la communication audiovisuelle, son exercice doit être nécessairement concilié non seulement avec lesdits objectifs, mais aussi avec les contraintes techniques inhérentes aux moyens de sa mise en œuvre* ». La formule utilisée rappelle de loin celle du juge constitutionnel français dans sa décision « *Entreprises de Presses* ». Lire KOKOROKO (K.-D.), « Les techniques de protection des droits de l'homme par les juges constitutionnels », Texte inédit.

¹¹⁶ V. BLANQUER (J.-M.), *Les méthodes du juge constitutionnel*, Paris, LGDJ, 1993.

Avant le dispositif décisionnel, il y a l'énonciation sous forme de visa, des textes à caractères constitutionnel et législatifs, ordonnés suivant le précepte Kelsénien de la hiérarchie des normes qui fondent sa compétence et lui servent de repères voire de pilier dans son architecture décisionnelle. Ainsi, l'ordre structurel de la décision du juge constitutionnel dont la motivation en est l'élément prépondérant, s'articule autour de la présentation de la disposition législative contestée, la présentation des griefs des saisissants ou des requérants. Ensuite, il y a le choix de la norme de référence qui consiste en l'examen de la constitutionnalité lequel suppose une explication au regard de l'enjeu constitutionnel et la conclusion au regard de la norme constitutionnelle évoquée.

C'est dire que, la question de la motivation se pose essentiellement au stade de l'examen de la constitutionnalité. Il a, certes été observé que « *cette pratique institutionnelle de la motivation faible s'apparente à une forme très accusée de formalisme et de recours presque systématique au mode déductif* »¹¹⁷. Mais, il n'apparaît pour autant pas nécessaire de mettre entre parenthèse la forme structurelle des décisions du juge, notamment ce qui est présenté comme un « *hyper formalisme* » du juge constitutionnel qui produit des décisions parfois critiquées mais dont la qualité et l'efficacité doivent être soulignées. Cette structuration qui permet au lecteur de se repérer aisément et d'identifier la norme et son traitement constitutionnel, est fondée sur une interprétation rationalisée du droit. A titre d'exemple, il convient de noter que c'est sur la base de la législation spéciale de sortie de crise fondée sur les accords politiques¹¹⁸ que la candidature à l'élection du Président de la République de Côte d'Ivoire, Monsieur Alassane D. OUATARA avait été validée en 2010. Il s'ensuit, qu'en 2015, la question était de savoir suivant quelles dispositions constitutionnelles, faudra-t-il à nouveau valider ladite candidature alors que la législation d'exception qui avait prévalu n'était plus en vigueur. Cette situation serait d'ailleurs à l'origine de la démission de l'ancien Président du Conseil constitutionnel, le professeur Francis VODIE¹¹⁹. En guise de solution, le juge constitutionnel ivoirien dans sa Décision du 09 septembre 2015, a eu l'éclairage de construire un motif louable largement inspiré de sa précédente décision. Ainsi, tout en s'éloignant de la contrainte d'une jurisprudence antérieure, il s'est appesanti sur une interprétation tout à fait conséquente et originale pour aboutir à une technique déductive cohérente¹²⁰.

¹¹⁷ Voir, p.ex., « *La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers* », Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, Lextenso n°55-56, juin 2017, 553p.

¹¹⁸

¹¹⁹ VODIE (F.), *Le Conseil constitutionnel 2010-2015 : regards croisés*, Edition CERAP, 2018.

¹²⁰ Aussi, relève-t-il tour à tour que:

- « *Considérant qu'il s'évince des deux Décisions précitées qu'en définitive, le Conseil constitutionnel a, d'une part, clairement exprimé son refus d'appliquer la Décision Présidentielle du 05 Mai 2005 ainsi que l'article 54 alinéa 2 de l'Ordonnance du 14 Avril 2008, motif pris de ce que ces deux textes étaient discriminatoires et en contradiction avec certains engagements internationaux de la Côte d'Ivoire en matière de Droits de l'Homme, et d'autre part, imposé à tous les vingt candidats, de manière indiscriminée, des critères généraux d'éligibilité*

On note en toute bonne conscience que l'interprétation, envisagée telle l'opération par laquelle une signification est attribuée à une chose et le produit de cette opération¹²¹, trouve également fortune dans la motivation du juge. Présentée par ailleurs comme procédé d'expression de la volonté, elle est surtout acte de connaissance¹²². L'interprétation permet de découvrir le sens d'un énoncé et, le plus souvent, lorsque celui-ci semble caché. Cette découverte du sens caché se faisant suivant des modalités diverses. Aussi, on est par exemple amené à prendre appui sur les mots et expressions du langage, qu'ils ressortissent de la langue naturelle ou d'une langue technique voire du droit ou d'une discipline spécifique. Sous ce prisme, l'interprétation est dite « sémiotique¹²³ ». Par contre, lorsqu'elle se fonde sur les travaux préparatoires d'un texte avec pour ambition la recherche de la volonté réelle de son auteur, l'interprétation se veut « génétique¹²⁴ ». Dans d'autres circonstances, la recherche de la signification peut avoir pour soubassement la volonté d'accomplissement d'une tâche

prévus par la législation de droit commun, exigeant ainsi des postulants issus des partis politiques signataires de l'Accord de Linas-Marcoussis, au total sept conditions d'éligibilité, là où la législation spéciale de sortie de crise ne leur réclamait qu'une simple déclaration de candidature » ;

- *« Dans une seconde argumentation il note en substance que ces deux Décisions du Conseil constitutionnel ont eu moins de retentissement que l'annonce, en son temps, de la Décision Présidentielle du 05 Mai 2005, de sorte que, dans l'opinion publique, s'est perpétuée la croyance en une éligibilité exceptionnelle et pour la seule élection de sortie de crise, de Monsieur Alassane OUATTARA, alors qu'en réalité, cette thèse relève plus de la commune renommée que d'un raisonnement juridique pertinent » ;*
- *« Considérant que, c'est dans ce contexte de consensus politico juridique sur la non prise en compte de la législation spéciale de sortie de crise dans le contrôle de l'éligibilité que le Conseil constitutionnel, dans sa Décision N°028 du 19 Novembre 2009 portant liste définitive des candidats, a déclaré éligibles au scrutin présidentiel de sortie de crise quatorze des vingt candidats en lice, dont Monsieur Alassane OUATTARA ; Que pour motiver cette décision, le Conseil constitutionnel a exposé que, d'une part, « aucune réclamation ou observation concernant leurs candidatures n'avait été déposée et consignée dans le registre tenu à cet effet au Secrétariat Général du Conseil » et que, d'autre part, lesdites « candidatures remplitaient les conditions requises » ;*
- *« Considérant qu'à aucun moment, et nulle part dans aucune des Décisions qu'il a rendues à l'occasion de ces élections, le Conseil constitutionnel n'a indiqué que l'un quelconque des candidats déclarés éligibles avait bénéficié d'un traitement dérogatoire » ;*

Et il conclut par cette fluorescente argumentation : *« Considérant ainsi que, contrairement à l'opinion du requérant Amara ESSY, en 2010, Monsieur Alassane OUATTARA n'avait pas été déclaré éligible « A titre exceptionnel et uniquement pour l'élection présidentielle de sortie de crise », les dispositions spéciales édictées à cette fin n'ayant jamais été mises en œuvre par le Conseil constitutionnel ; Qu'en refusant d'appliquer les seuls textes qui pouvaient conférer un caractère exceptionnel à l'éligibilité de Monsieur Alassane OUATTARA, et en lui imposant même des dispositions de droit commun, le Conseil constitutionnel a donné à cette éligibilité un caractère ordinaire ; Que dès lors, la Décision Présidentielle N°2005-01/PR du 05 Mai 2005 n'ayant pas constitué le support de sa qualification en 2010, ne saurait constituer le fondement de sa disqualification en 2015, aucune conséquence de droit ne pouvant être légalement tirée d'une mesure individuelle qui n'a jamais été mise en œuvre, et qui n'a donc jamais produit aucun effet ; Qu'il s'ensuit que ce grief s'avère inopérant et doit être rejeté ».* Lire, la DECISION N°CI-2015-EP-159 /09-09/CC/SG du 09 septembre 2015 portant publication de la liste définitive des candidats à l'élection du Président de la République du 25 octobre 2015.

¹²¹ TROPER (M.), *op. cit.*, p. 98.

¹²² *Ibid.* pp. 98-99.

¹²³ *Ibid.* p. 103.

¹²⁴ TROPER (M.), *op. cit.*, p. 104.

précise par le texte objet d'interprétation. Dans ce cas, l'interprétation revête une nature fonctionnelle qui n'a que de nature téléologique (l'interprétation téléologique) puisque, la fonction portée par la signification est en adéquation avec le but assigné au texte par le législateur¹²⁵.

Enfin, l'interprétation peut être de nature « sémiotique » en ce sens qu'elle procède de l'analyse d'un texte à partir d'autres textes ou fragments de textes, à l'instar des lois ou de la jurisprudence¹²⁶. En ce dernier point c'est-à-dire la mobilisation des décisions de justice pour l'éclairage d'un texte, il importe de relever que l'on sort des considérations qui gouvernent la construction des motifs au moyen du *Binding précédent* (précédent contraignant) pour intégrer celles du « persuasive précédent ». C'est ainsi que le démontre notamment la démarche du juge constitutionnel ivoirien notamment dans le cadre de la décision précitée.

Pour justifier ses décisions et, de ce fait, leur donner un caractère intelligible à l'égard de tous, le juge constitutionnel africain, comme ses homologues des juridictions ordinaires peut s'inspirer du raisonnement développé par un autre juge, national ou étranger, à l'occasion d'une espèce. C'est là l'essence même du précédent persuasif qui n'a de sens que parce que, sans être obligatoire à l'égard de la juridiction qui s'en inspire, elle aide à la construction du raisonnement du juge. A défaut d'avoir de tels référents jurisprudentiels ou en appui à celui-ci, le juge peut faire œuvre de la technique « bilan-coût-avantage ».

Envisagé comme un nouveau principe général du droit¹²⁷, la technique « bilan-coût-avantage » a été élaborée par la jurisprudence du Conseil d'Etat français¹²⁸. Pour en rendre compte, il disposa, dans une espèce que : « *Une opération ne peut légalement être déclarée d'utilité publique, que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement, les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte, ne sont pas excessifs, eu égard à l'intérêt qu'elle présente* »¹²⁹. C'est dire, en s'y référant au commentaire dudit énoncé par Marcel WALINE, que par ce procédé, « *le juge se reconnaît le droit d'apprécier tous les avantages et les inconvénients de toutes sortes de l'opération envisagée, d'établir entre eux une balance, de faire en quelque sorte la somme algébrique des uns et des autres, et de n'accorder le feu vert, que si le solde de l'opération, lui apparaissait tous comptes faits positif* »¹³⁰. Par ce procédé, le juge bénéficie d'une véritable jauge des différentiels qui peuvent se manifester du rapport droit/faits sociaux ; différentiels qui sont très souvent à l'origine de

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ LEMASURIER (J.), « Vers un nouveau principe général du droit ? Le principe « Bilan-coût-avantages » », in *Mélanges offerts à Marcel Waline, Le juge et le droit public*, tome 1, Paris, LGDJ, 1974, pp. 551-562.

¹²⁸ CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement* ; 20 octobre 1972, *Société Civile Sainte-Marie de l'Assomption* ; 18 juillet 1973, *Ville de Limoges*.

¹²⁹ CE, 28 mai 1971, *Ministre de l'équipement*.

¹³⁰ LEMASURIER (J.), *op.cit.* p. 555.

l'émergence d'un sentiment d'injustice chez les populations et, partant, d'une contestation des décisions du juge.

A ces différentes modalités qui aident souvent à la construction de la motivation des décisions du juge constitutionnel africain notamment, il ne serait pas de trop d'y adjoindre le « **théorème des lois du hasard** ». Systématisé par Georges VEDEL¹³¹, ce dernier est expressif du concours de circonstances qui conduit inéluctablement à l'édition d'un acte juridique précis, admis comme conséquence logique. Pour l'auteur en effet, la réunion d'un certain nombre d'évènements particuliers mais aussi et surtout leur enchaînement peut conduire à une solution inévitable. Et le choix de cette solution qui est révélateur d'un acte de volonté de son auteur, apparaît de la sorte comme un « *faux semblant* »¹³². L'on ne saurait passer sous silence, l'aspect revirement de jurisprudence. Ce sont autant d'éléments qui servent de repères référentiels au prononcé de la décision du juge constitutionnel en Afrique et obligent à dénouer les complications de sa motivation. Il est par exemple notable que dans son office, la Cour constitutionnelle béninoise ne pouvant se contenter de l'alternative validation/invalidation, ou des réserves d'interprétations, elle a tout simplement créé la « **déclaration de constitutionnalité sous réserve d'observations** ». Cette technique de jugement consiste pour la Cour, à enjoindre au législateur ou à l'autorité contrôlée de corriger la loi votée ou l'acte contrôlé dans le sens voulu par elle. C'est dire que, dans le droit positif béninois, la Cour constitutionnelle impose son interprétation qui se substitue à celle du législateur, puisqu'il lui enjoint formellement les modifications à faire¹³³. La validité constitutionnelle du texte est alors subordonnée aux modifications telles qu'exigées par la Cour de sorte que la déclaration de conformité sous réserve d'observations, non prévue par la Constitution s'est imposée à la classe politique béninoise.

Pour ce qui est du « **revirement de jurisprudence** » notamment, il importe de souligner que, en ce qu'il consiste à retenir d'un même texte de référence une interprétation nouvelle et incompatible avec elle qui avait pu être dégagée jusque-là, ébranle la crédibilité du juge. Il présente, venant du juge constitutionnel, le risque majeur de rendre instable le sens de la Constitution, alors même qu'en tant que norme suprême dans l'ordonnancement juridique, celle-ci a naturellement vocation à la plus grande stabilité. Dès lors, à moins d'une pédagogie, le revirement de jurisprudence semble peu compatible avec la mission principale de la justice constitutionnelle qui est de grandir le principe de constitutionnalité en assurant d'abord sa continuité et, partant, son autorité. Consistant à un changement d'interprétation sans modification du texte constitutionnel de base, le revirement de jurisprudence prend les contours ou « *les attraits d'une révision constitutionnelle à peu de frais et*

¹³¹ VEDEL (G.), « Le hasard et la nécessité », *Pouvoirs*, n° 50, 1989, pp. 15-30.

¹³² *Ibid.*, pp. 16-17.

¹³³ AÏVO (F.-J.), *Le juge constitutionnel et l'état de droit en Afrique. L'exemple du modèle béninois*, *op.cit.*, p. 194.

semble ainsi faire du juge constitutionnel un législateur constitutionnel de substitution »¹³⁴. C'est aussi que dans plusieurs jurisprudences, le juge constitutionnel béninois a estimé que, conformément à la Décision DCC 00-078 du 07 décembre 2000, la « **configuration politique** » doit s'entendre comme « *l'ensemble des forces politiques représentées à l'Assemblée nationale et organisées en groupes parlementaires et/ou en non-inscrits* »¹³⁵. Dans l'analyse au détail, il est notable que le système majoritaire présente des vertus, mais il comporte en lui-même, les germes de son rejet par bon nombre d'acteurs politiques¹³⁶. Il est réputé inique, dès lors qu'il s'agit de garantir la représentation de toutes les forces politiques en présence. Comme le souligne un des requérants dans le cadre de la décision DCC 09-002, « *cette procédure (la désignation des membres de la Haute Cour de Justice au scrutin majoritaire) (...) permet à des groupes parlementaires de pouvoir se faire représenter par plus d'un député au moment où d'autres n'ont pu rien obtenir* ».

A contrario, le système proportionnel présente l'avantage d'assurer la représentation d'un plus grand nombre d'opinions, au niveau des organes issus de l'élection. La Cour constitutionnelle béninoise va très tôt s'inscrire dans cette logique, en l'imposant dans la désignation des représentants des forces politiques au sein des instances de gestion du processus électoral. Pour ce faire, la Cour fera appel à la notion de *configuration politique*¹³⁷ qui doit fonder la représentation proportionnelle. Avec la décision DCC 09-002, la Cour étend sa jurisprudence de la représentation proportionnelle en matière électorale, à la désignation des membres de l'Assemblée nationale devant siéger dans d'autres institutions de la République. La représentation proportionnelle ne sert donc plus uniquement à garantir la transparence dans le déroulement des élections¹³⁸, mais sert également à redonner sens au quotidien, à la démocratie pluraliste proclamée dans le préambule de la Constitution béninoise. En effet, ce type de démocratie « (...) *Suppose, entre autres, la garantie des droits de la minorité et la participation de tous à la gestion des affaires publiques* »¹³⁹. Désormais, on peut affirmer que le mode de désignation des représentants de l'Assemblée nationale à la Haute Cour de Justice, et au-delà, dans diverses autres institutions¹⁴⁰ est définitivement fixé. Il s'agit de l'élection suivant le scrutin

¹³⁴ Voir le dossier N°20 des Cahiers du Conseil constitutionnel et plus particulièrement, DI MANO (Th.), « *Les revirements de jurisprudence du juge constitutionnel* ».

¹³⁵ DCC 01-011 du 12 janvier 2001. *In recueil n°2 de 2001 de la Cour constitutionnelle du Bénin*.

¹³⁶ Sur les avantages et les inconvénients du scrutin majoritaire, voir, OLIVA (E.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, Sirey, 1998, p. 61.

¹³⁷ DCC 00-078 du 7 décembre 2000 : A l'occasion du vote de la loi portant règles générales pour les élections en République du Bénin, la Cour constitutionnelle demande de compléter l'article 41.1 de ladite loi « (...) *Avec le membre de phrase « en tenant compte de la configuration politique »* (dans l'élection des dix-neuf représentants de l'Assemblée nationale) pour assurer la participation de toutes les forces politiques représentées à l'Assemblée nationale (...) ». La configuration politique se conçoit ici, comme la base de la représentation proportionnelle.

¹³⁸ C'était là, son but initial. Dans la décision DCC 00-078 précitée, la Cour exige la prise en compte de la configuration politique, « (...) *Pour garantir la transparence (principe à valeur constitutionnelle) dans la gestion des élections* ».

¹³⁹ V. DCC., 09-002 du 8 janvier 2009.

¹⁴⁰ Cf., les Parlements régionaux.

proportionnel, ou suivant la terminologie du juge, selon « *le principe à valeur constitutionnelle de la représentation proportionnelle majorité / minorité* ».

Malgré les tensions suscitées par ce revirement jurisprudentiel, la Cour maintiendra sa nouvelle position¹⁴¹. Elle rappellera à plusieurs reprises que, ledit principe est désormais inclus dans ses normes de référence. Elle va même l'étendre à la désignation des membres des instances de gestion de l'Assemblée nationale. La décision DCC 11-047¹⁴² est particulièrement caractéristique de cette extension. La Cour s'assurera à cette occasion que la composition du Bureau de l'Assemblée nationale issue des élections du 21 mai 2011, reflète autant que possible sa configuration politique, avant de la valider. Par contre, la Cour constate que les élections de certains membres des bureaux des commissions permanentes ne reflètent pas la configuration politique de l'Assemblée nationale. Ainsi juge-t-elle que, « *ces élections sont contraires à la Constitution et doivent être reprises sans délai selon le principe à valeur constitutionnelle de représentation proportionnelle majorité / minorité* ».

La quintessence de l'opération prudentielle étant mise en évidence, l'exercice qui va suivre consistera à présenter les conséquences mitigées de la motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique noire francophone.

II- DES CONSEQUENCES MITIGÉES

L'émergence du renouveau constitutionnel en Afrique a favorisé l'éclosion de la production normative du juge constitutionnel¹⁴³. En conséquence, si cette production est perçue comme le socle de l'« *idéal démocratique* »¹⁴⁴ et de l'Etat de droit en Afrique, il serait utile de procéder à une révisitation de la portée réelle de la motivation. Ce faisant, il est aisé de constater que cette dernière relève davantage d'une « *nécessité* » que d'un « *souhait* » de la part du juge constitutionnel.

Afin, de mettre en exergue les développements liés à l'analyse des conséquences mitigées de la motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique, nos propos s'articuleront dans un premier temps autour de l'exposé de la vocation légitimatrice de la motivation (**A**), que suivra inéluctablement dans un second autre temps, les développements relatifs à la réalisation éprouvée de la motivation (**B**).

¹⁴¹ On pourrait même dire, sa « *nouvelle ancienne position* ».

¹⁴² V. DCC., 11-047 du 21 juillet 2011.

¹⁴³ Au Bénin par exemple, au soir de l'an 2011, la Cour constitutionnelle avait rendu 2119 décisions et 6 avis auxquels il faut ajouter 607 décisions et 6 proclamations en matière d'élections législatives, 174 décisions et 11 proclamations relatives à l'élection présidentielle. Soit au total 2900 décisions, 6 avis et 17 proclamations. Cf. R. DOSSOU, « Préface » de N. MENDE, *Les grandes décisions de la Cour constitutionnelle du Bénin*, Editions Universités européennes, 2012, p. 13.

¹⁴⁴ Hans Kelsen, cité par LAUVAUX (Ph.), *Les grandes démocraties contemporaines*, 1^{ère} éd., PUF, 1990, p. 15.

A- La vocation légitimatrice de la motivation

D'emblée, l'acceptabilité des décisions rendues est étroitement liée à la légitimité du juge constitutionnel africain. Celle-ci, découle de ce qu'il convient de nommer la « pureté de la formalisation » qui en est donnée. Sur ce postulat, le juge s'est montré particulièrement enclin à penser que « *la légitimité de ses décisions venait tout d'abord de leur perfection formelle* »¹⁴⁵. La motivation de l'énonciation du juge constitutionnel africain ambitionne de garantir ses propositions d'un statut d'évidence et de généralité¹⁴⁶. Par conséquent, c'est « *la possibilité de généralisation et d'universalisation qui caractérise la juste solution et garantit l'acceptabilité de la motivation* »¹⁴⁷.

In fine, s'il est établi que la crédibilité du discours du juge constitutionnel africain (1) constitue un pan de la vocation légitimatrice de la motivation, il est tout aussi notable que la fiabilité de la justice (2) en est autant.

1. La crédibilité du discours du juge constitutionnel

En règle générale, selon qu'il s'agisse de trancher un litige ou de se prononcer sur la compatibilité d'un texte ou d'un comportement avec une norme constitutionnelle voire internationale, le juge constitutionnel africain prend davantage un intérêt à se faire comprendre, à convaincre au lieu de se préoccuper uniquement de répondre à la question posée. Dans cette activité de pédagogue, il s'applique à rendre les décisions lisibles. Les explications qu'il donne peuvent apparaître comme le gage d'une décision mieux justifiée.

En effet, sans créer de nouvelles règles, il existe des jurisprudences qui révèlent l'utilisation de la motivation pour clarifier l'état de droit¹⁴⁸. Dans toutes ces affaires, le juge est pédagogique afin de mieux préciser les règles à appliquer, ce qui met en lumière son rôle à l'égard de l'ordonnement du droit constitutionnel.

La pédagogie du juge constitutionnel africain n'est pas dénuée de vertus, puisque motiver une décision de justice c'est faciliter sa compréhension. La bonne motivation d'une décision de justice, permet son effectuation. En outre, la motivation d'une décision de justice apparaît comme un moyen idoine d'évaluation du procès. Aucune véritable légitimité du juge constitutionnel africain

¹⁴⁵ BANCAUD (A.), *La Haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou le culte des vertus moyennes*, LGDJ, Coll. Droit et société, 1993, p. 204.

¹⁴⁶ Voir, p.ex., DCC., délit d'adultère hors mariage ; DCC., Code de la nationalité, etc.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ Cf. CE, Section, 22 février 2007, AJDA, 2007, p. 793, Chronique LENICA (F.) et (J.) BOUCHER ; CE, 28 juin 1963, rec. p. 401.

pédagogue ne peut s'affirmer en méconnaissance de certaines formalités procédurales. Il s'agit entre autres :

- Des « visas ». Dans un jugement, les visas désignent « *le texte sur lequel le juge s'appuie, ou l'acte de procédure qui lui sert de support* »¹⁴⁹. C'est la mention qui comporte de manière théorique le résumé du contenu du dossier : l'objet de la demande, le déroulement de la procédure, les moyens et les arguments des parties. Cette formalité permet au juge de parvenir à une bonne identification de l'objet même de la demande¹⁵⁰, ainsi que des moyens et arguments évoqués dans le procès. La mixture de ces deux éléments aiguillonnera le juge pour prendre la bonne décision¹⁵¹.

- L' « ouverture de la motivation ». Elle constitue le déclic de la phase de motivation proprement dite, laquelle s'ouvre immédiatement après le rituel des visas. Le juge constitutionnel est à ce niveau, tenu de mentionner les normes de contrôle applicables au litige¹⁵², de résumer les faits qui ont donné lieu à la décision querellée, d'exposer sommairement le contenu des règles applicables auxdits faits et par voie de conséquence, leur application au cas d'espèce. Ces dernières opérations peuvent être qualifiées de « *noyau central* » de la motivation des décisions du juge constitutionnel africain.

- Enfin il y a, le « dispositif ». On l'appréhende comme la partie finale d'un jugement débutant par la formule : « *par ces motifs* » dans laquelle on retrouve la solution du litige et à laquelle est attachée l'autorité de la chose jugée¹⁵³. Mais, ladite autorité n'existe pas pour les motifs du jugement qui étayaient le dispositif. Elle ne s'étend pas non plus, à ce qui a été implicitement jugé comme étant la conséquence nécessaire du dispositif. Ainsi que l'affirmait Michel TROPER¹⁵⁴, « *s'il entend donner à sa décision la plus grande efficacité possible (...), la motivation doit avoir pour fonction non*

¹⁴⁹Cf. *Lexique des termes juridiques, op.cit.*, p. 2110.

¹⁵⁰Pour ne s'en tenir qu'au cas du juge béninois, « *saisie d'une requête du 21 juillet 2014 enregistrée à son secrétariat le 22 juillet 2014 sous le numéro 1382/096/REC., par laquelle sieur Jean Claude Dossa forme un recours en inconstitutionnalité des propos tenus par le Ministre de l'Agriculture, de l'Elevage et de la Pêche, Dame Fatouma Amadou Djibril, au cours de l'émission "Zone Franche" de la télévision Canal 3 bénin du dimanche 20 juillet 2014 ; Saisie d'une autre requête du 22 juillet 2014 enregistrée à son secrétariat le 29 juillet 2014 sous le numéro 1422/098/REC., par laquelle Sieur Armand Bognon forme un recours contre les mêmes propos de Dame Fatouma Amadou Djibril* ».

¹⁵¹Cf. DCC., 06-074 du 08 juillet 2006, décision « *consensus national* » de la Cour constitutionnelle du Bénin. En l'espèce, le juge constitutionnel béninois procède méthodiquement. Il liste tout d'abord les vingt-quatre saisines dont il a été l'objet, avant de conclure que tous les requérants, « *sollicitent le contrôle de constitutionnalité de la loi constitutionnelle n°2006-13 portant révision de la constitution du 11 décembre 1990 votée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006...* ». De même dans l'avis n°02-HCC/AV du 19 juillet 2007 de la Haute cour constitutionnelle de Madagascar portant « *dissolution de l'Assemblée nationale* », le juge malgache décrit l'objet de sa saisine en ces termes : « *Considérant que par lettre n°07-PR ?/SGP/DEJ en date du 17 juillet 2007, le Président de la République saisit la Haute cour constitutionnelle pour donner son avis sur l'éventuelle dissolution de l'Assemblée nationale avant le terme de son mandat...* »

¹⁵²V. p.ex., « VU » la constitution du 11 décembre 1990 ; « VU » la loi n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour Constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 ; « VU » le Règlement Intérieur de la Cour constitutionnelle.

¹⁵³Cf. *Lexique des termes juridiques, op.cit.*, p. 765.

¹⁵⁴TROPER (M.), *op.cit.*, p. 344.

seulement de justifier la décision prise *in concreto* en montrant qu'elle dérive logiquement d'un texte ou d'un principe, mais aussi et surtout d'affirmer l'objectivité de ce principe ou de la signification de ce texte ». C'est dire qu'en effet, « l'obligation de motiver trouve tout son sens dans le dispositif ». C'est une exigence commune aux Etats africains¹⁵⁵.

Très souvent, il arrive que par une pédagogie assez rigoureuse le législateur soit sanctionné. Ce fut le cas en 1992 au Gabon où, la Cour constitutionnelle avait ordonné la suppression des « **cavaliers législatifs** » qui figuraient dans une loi organique portant Code électoral, et avait par la suite imposé son adoption par des textes distincts¹⁵⁶. On ne saurait passer outre le cas du Burkina Faso, où le juge avait rejeté en 2000 une version de la loi organique sur le Conseil constitutionnel qui aurait contraint le Président de la République à nommer les trois magistrats membres du futur Conseil après avis du Conseil supérieur de la magistrature, c'est-à-dire de respecter une « *condition nouvelle* ».

Les développements qui précèdent attestent effectivement que la « *motivation des décisions constitutionnelles diffuse l'autorité naturelle de la loi constitutionnelle* ». Dès lors, l'impact de la jurisprudence africaine sur les autres champs du droit est avérée au regard de l'exposé des motifs. Il est patent que, le juge constitutionnel africain ait perpétué la tradition classique de l'« *affirmation* » au détriment de l'argumentation en tant que mode opératoire du pédagogue. En fait, les propositions qui servent de prémisses au syllogisme judiciaire, sont ainsi tenues pour vraies dans le raisonnement du juge sans qu'il ait besoin de le démontrer. C'est ce qu'en illustrent à merveille certaines formules de principe qui, à force d'inscriptions répétitives dans le temps sont devenues ineffaçables. Son style épuré, fournit une explication authentique du texte, et partant contribue à protéger la loi fondamentale.

Pour ne pas conclure sur ce point, il est notable que le juge constitutionnel africain est le juge de la vérité constituante fondée sur ce qu'il sied de qualifier de « *doctrine de la Cour* » ou encore de « *politique jurisprudentielle* ».

Quid de la fiabilité de la justice constitutionnelle africaine ?

¹⁵⁵Voir, p.ex., C.C., du Sénégal, décisions n°91/C/98 du 24 février 1998 et 2/C/2003 du 29 août 2003. En l'espèce, le juge conseille que : « *L'augmentation du nombre des députés ou de conseillers de la République non compensée par des recettes nouvelles a été censurée* » ; Haute cour constitutionnelle de Madagascar, Décision n°34-HCC/03 du 27 octobre 2004 relative à la loi n°2004-033 portant règles de déontologie s'appliquant aux organes administratifs d'inspection ou de contrôle, in <http://www.simicro.mg/hcc>. Cette décision se distingue de la position classique du Conseil constitutionnel français qui se contentait d'identifier sans les censurer les dispositions non normatives incluses dans une loi contrôlée. Le Conseil, dans sa décision n°2005-512 du 21 avril 2005, vient de modifier sa jurisprudence et de prononcer pour une première fois une censure de ce chef. Voir à ce propos, le *Dossier documentaire* de ladite décision in <http://conseil-constitutionnel.fr>. En l'espèce, Le juge Malgache en effet, fait une interprétation rigoureuse lorsqu'il juge en effet que : « *L'objet de la loi, qui édicte des recommandations à valeur morale, ne rentre pas dans les matières relevant du domaine législatif, selon la constitution* ».

¹⁵⁶Cf. Décision n°016 bis/CC des 12, 13 et 14 octobre 1992, Rec. p. 47. Ultérieurement, la Cour a constaté dans sa décision n°004/93/CC du 2 mars 1993, Rec. p. 103, que l'Assemblée Nationale en votant plusieurs lois électorales, s'était conformée aux exigences constitutionnelles.

2. *La fiabilité de la justice constitutionnelle africaine*

Une justice constitutionnelle fiable est celle qui fait œuvre de « *bonnes* » motivations. Autrement dit, qui s'illustre par sa capacité à persuader par la qualité de son discours, seul qui permettra de réguler son office. En réalité, la motivation représente un moment fort dans la régulation de la justice constitutionnelle. Ainsi, trois étalons peuvent suffire à le démontrer : l'impératif de l'impartialité, celui de la proximité et enfin, l'impératif de la réflexivité.

Pour ce qui est de l'« **impératif d'impartialité** », il faut noter qu'il est à la fois organique et fonctionnel. Le premier versant de cet impératif est relatif à la constitution d'un organe impartial. En effet, les membres d'une Cour doivent attester d'une capacité à juger par une longue carrière de magistrat ou de professeur de droit. Telle est d'ailleurs, la pratique pour les Cours constitutionnelles européennes. Mais, la controverse demeure sur la présence des anciens Présidents de la République au sein de certains Cours et Conseils constitutionnels. Elle vient rappeler l'exigence de bien choisir les juges suprêmes.

Le second versant par contre, regarde l'« **exercice de la fonction juridictionnelle** ». Parmi les règles de conduite objective de nature à faire naître chez le justiciable le sentiment d'un accomplissement légitime de l'office juridictionnel, la motivation de la décision de justice est indispensable. Dans ce sens, **Lord HEWART** dira que : « *La justice ne doit pas seulement être rendue mais il doit être vu qu'elle a été rendue* »¹⁵⁷. La capacité du droit à s'exporter voire s'internationaliser impose la prise en compte de l'impératif de proximité.

L'« **exigence de proximité** » s'analyse quant à elle, en termes d'accessibilité et d'intelligibilité voire de transparence des décisions de justice¹⁵⁸. Or, les motivations dites « elliptiques » se présentent comme des entraves à la bonne compréhension des décisions de justice. Pourtant aux yeux du justiciable pour lequel le droit est complexe, le juge constitutionnel doit le rendre intelligible. En ce sens, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la motivation des décisions de justice s'est développée de telle enseigne que le justiciable puisse vérifier que ses moyens ont été réellement entendus, de comprendre la solution, de vérifier qu'elle n'est pas arbitraire et d'apprécier l'opportunité d'un recours, même si elle considère que la décision ne doit répondre qu'aux moyens formulés de manière claire et précise, ainsi qu'aux moyens pertinents, susceptibles d'exercer une influence sur la décision du litige¹⁵⁹. Mais, rien ne garantit qu'une motivation longue

¹⁵⁷ Lord Hewart, cité par (M.-C). Ponthoreau, *op.cit.*, p. 15.

¹⁵⁸ Cf. Décision n°99-421 DC du 16 décembre 1999 dans laquelle le Conseil constitutionnel français a reconnu la valeur constitutionnelle du principe d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi.

¹⁵⁹ PONTTHOREAU (M.-C.), *op. cit.*, p. 18.

soit de meilleure qualité ou plus démocratique parce qu'elle se présente comme étant plus claire, plus complète, plus accessible¹⁶⁰.

L'« **impératif de réflexivité** » est celui qui renvoie à des mécanismes correcteurs et compensateurs de l'inaccomplissement démocratique. Pour ce qui est de la fonction juridictionnelle de l'ordre constitutionnel, la préoccupation porte sur la prise en compte de l'auditoire par le juge. Il s'agit plus précisément de l'auditoire universel qui a le mérite d'avoir relevé que, le discours juridique est un discours argumentatif conçu en fonction de celui auquel son auteur s'adresse parce qu'il a comme visé de gagner sa conviction. L'auditoire constitue ainsi un concept clé, la justification étant toujours destinée à un interlocuteur, réel ou imaginaire¹⁶¹. L'accord de l'auditoire universel permet d'éviter une division de l'auditoire qui entrave toute prise de position impartiale. Or, l'acceptabilité de cet auditoire constitue le critère d'une argumentation rationnelle et objective.

L'analyse qui vient d'être faite sur la vocation légitimatrice de la motivation démontre avec faste que la crédibilité du discours du juge constitutionnel africain et la fiabilité de la justice constitutionnelle, constituent des aspects majeurs de cette vocation. Néanmoins, force est de constater une réalisation éprouvée de la motivation des décisions du juge constitutionnel africain.

B- La réalisation éprouvée de la motivation des décisions du juge

Malgré toutes ces prouesses qui témoignent d'un perfectionnement du juge constitutionnel africain dans sa mission originelle, il survient que les motifs de ses décisions soient très souvent à l'origine des crises politiques¹⁶². La motivation se trouve dans le contexte africain mise à l'épreuve.

Avant de présenter le problème d'exécution des décisions du juge constitutionnel (2), il est loisible de préciser de préciser les crises inhérentes à la motivation (1).

¹⁶⁰ LASSER (V.-M.), « Les récentes modifications du processus de décision à la Cour de cassation. Le regard bienveillant, mais inquiet d'un comparatif nord-américain », *RTD. Civ.*, p. 701.

¹⁶¹ PERELMAN (Ch.), *Logique juridique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 107.

¹⁶² Par « *crises politiques* », expression qui sera tenue pour synonyme de « conflits politiques », traduit très souvent « *les antagonismes ou les combats qui ont pour enjeu la conquête, l'exercice et le contrôle du pouvoir politique par les partis, les clans, les groupes ou les individus qui entendent imposer leur domination sur leur adversaire* » (KEUTCHA TCHAPNGA (C.), « Droit constitutionnel et conflits politiques dans les Etats francophones d'Afrique noire », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005/3 (n°63), p. 453). En droit, elle s'analyse comme une situation de trouble ou de conflit qui, soit affecte le fonctionnement des pouvoirs publics (paralyse ou de la démission du gouvernement), soit nécessite, en raison de sa gravité, des mesures d'exception (état de siège, état de guerre, état d'exception, de l'état d'urgence, de l'état de nécessité (...)). En politique par contre, elle révèle la situation dans laquelle l'ordre social et la légitimité des gouvernants sont remis en question par une fraction de la classe politique ou du corps social. Elle peut aussi résulter d'une perception divergente des règles du jeu politique ou de leur défaillance. Il n'est donc pas de domaine qui, de nos jours, ne soit hanté par l'idée de conflit ou de crise. Au demeurant, quel que soit son objet d'application, le vocable, dont l'étymologie grecque « *krisis* » signifie choix, lutte, décision désigne toute situation de désordre, de perturbation, de dérangement, de dysfonctionnement s'introduisant dans un système.

1. *Les crises inhérentes à la motivation des décisions du juge constitutionnel africain*

S'il est admis que les décisions du juge constitutionnel bien motivées, doivent permettre la consolidation de l'Etat de droit, les arguments choisis ainsi que les circonstances ayant favorisées la construction de la décision peuvent aussi avoir des effets pervers sur la stabilité politique. En effet, certaines motivations du juge constitutionnel africain demeurent crisogènes, ce qui contribue *in fine*, à le délégitimer.

En scrutant un bon nombre de ses décisions, certains auteurs ont confirmé l'existence de certaines apories sur l'interprétation constitutionnelle¹⁶³. Parfois, ce sont les prescriptions mêmes du juge qui cristallisent les débats, désorientent la doctrine et malheureusement conduisent à des crises. Si certaines de ces décisions sont atypiques, d'autres par contre reflètent l'attitude d'un juge craintif et peu audacieux. C'est dans ce sens que se comprennent cette remarque du professeur Francisco DJEDJRO MELEDJE : « *Certaines décisions du juge constitutionnel sont teintées d'une singularité (...) elles apparaissent comme atypiques au sens où elles sortent de l'ordinaire, du moins si l'on veut établir un rapprochement avec ce qui se fait ailleurs (...)* »¹⁶⁴. Il s'agit selon lui, d'une singularité en raison du déterminisme du politique sur le juridique¹⁶⁵.

Se posant la question de savoir si la décision atypique est une perle rare, une pierre angulaire ou alors une scorie intellectuelle, Bernard Baignier dira à cet effet que : « *Parfois l'une, fréquemment l'autre, régulièrement la dernière. La décision atypique est la décision hors normes, donc rare, mais on sait que la rareté ne signifie pas la valeur(...)* »¹⁶⁶. Il y a certainement et surtout dans le cas africain considéré pendant longtemps comme « *la terre d'élection des dictatures, le cimetière des libertés* ¹⁶⁷ », avec son cortège d'approvisionnement des institutions par le Chef de l'Etat, à la base de la décision atypique, l'influence d'acteurs politiques. On pourrait même dire qu'il s'agit à bien des égards de motivations politiques, élaborées à des fins de « *politiques jurisprudentielles* ¹⁶⁸ » donc, qui servent de caution juridique à la cause politique. Ce caractère politique, dans le cas de la motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique est, selon les termes du professeur Yves

¹⁶³ KPODAR (A.), « *Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel. Contribution doctrinale sur la fausse vraie idée du contrôle de constitutionnalité* », Revue constitutions, 2015, p. 7.

¹⁶⁴ MELEDJE (D.), *Les grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle africaine*, Abidjan, Centre national de documentation juridique, 2012, p. 20

¹⁶⁵ Voir, p.ex., l'article d'ADELOVI (J.), sur l'interprétation du juge africain sur les contentieux électoraux ; l'article de KOKOROKO, de KPODAR, de AHADZI.

¹⁶⁶ BAGNIER (B.), Présentation in HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Les décisions jurisprudentielles atypiques*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 1, cité par MELEDJE (D.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence constitutionnelle ivoirienne*, Abidjan, Centre national de documentation juridique, 2012, p. 20.

¹⁶⁷ Cf. HOLO, *Les dictatures*.

¹⁶⁸ POIROT-MAZERES (I.), « *Atypie et contenu de la décision ; Conseil d'Etat, ass. 6 juillet 1973, Ministère de l'équipement et du logement c/Dalleau* », in HECQUARD-THERON (M.) (dir.), *Les décisions jurisprudentielles atypiques*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2006, p. 11, cité par MELEDJE (D.), *op.cit.*, p. 32.

GAUDEMET, « *l'auxiliaire du pouvoir politique* »¹⁶⁹. Se penchant sur le cas ivoirien, le professeur MELEDJE estime que la justice constitutionnelle est poussée dans l'action politique. Elle y est généralement contrainte, notamment dans l'analyse des questions sensibles, dans lesquelles, il exprime ses motivations de décisions d'opinion politique dominante¹⁷⁰. Tout ce qu'on a qualifié de « *concept d'ivoireté* »¹⁷¹ est sous-jacent dans les conditions d'éligibilité à la présidence de la République et donc au cœur de la motivation du juge constitutionnel¹⁷².

Parfois, la Constitution est contrefaite 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 révision¹⁷³. Consultée, la Cour a, de façon générale, certifié laconiquement que la révision envisagée était régulière et avait subi avec succès le test de compatibilité avec l'ensemble des dispositions constitutionnelles¹⁷⁴. Elle n'a jamais émis la moindre réserve désobligeante sur le fond de textes successifs défaisant l'œuvre du constituant de 1991. 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.

En Afrique, c'est surtout dans le cadre de la révision des Constitutions¹⁷⁵ que l'attitude du juge constitutionnel apparaît comme pourfendeuse de l'Etat de droit. Qu'une constitution africaine puisse

¹⁶⁹ GAUDEMET (Y.), *Les méthodes juridictionnelles atypiques*, Paris, LGDJ, 1972, p.

¹⁷⁰ MELEDJE (D.), *op.cit.*, p. 23. Sans doute que c'est au-delà de l'atypie que situe l'arrêt n°E 0001-2000 du 6 octobre 2000 de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême ivoirienne relative à la liste définitive des candidats à l'élection du Président de la République du 22 octobre 2000. Cet arrêt, reflète dans ses motivations la marque même d'une décision chrysogène. En l'espèce, les stratagèmes auxquels l'opération à laquelle se livre la cour suprême est si particulièrement sensible et méprisant dans un moment où doivent se mettre en place les institutions du nouveau régime politique ivoirien.

¹⁷¹ CURDIPHE (V.), « *L'ivoireté, ou l'esprit du nouveau contrat social du Président (H. K.) Bédié* » (Extraits), *Politique africaine* 2000/2 N°78, pp. 65-69.

¹⁷²

¹⁷³ Aux termes de l'article 116 (3) de la constitution révisée de 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 l'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* ».

¹⁷⁴ La Cour constitutionnelle du Gabon dans son avis n°001/94/CC du 4 février 1994, Rec. p. 231, 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 de referendum. Dans ses avis n°001/95/CC du 27 avril 1995, Rec. p. 275, et n°002/95/CC du 19 mai 1995, Rec. p. 277, 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 20 mars 1997, Rec. p. 153 et l'avis n°001/00/CC du 8 octobre 2000, Rec. p. 129, ne comportent aucune observation sur le fond.

¹⁷⁵ V. TOGBE (P.), *La révision de la constitution en Afrique. Contribution à l'étude des processus constituants*, Thèse. Droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2017.

évoluer sans rupture de légalité, voilà une avancée considérable¹⁷⁶. Pourtant l'opposition voit dans chaque révision un « *coup d'Etat constitutionnel* ». De telles révisions taillées sur mesure sont certes l'expression brute de l'extrême domination de la majorité présidentielle, mais aussi et surtout le fait de l'aphasie d'un juge constitutionnel, qui à travers des motivations parfois déroutantes, cautionnent ce qu'il convient d'appeler la « *fraude à la constitution* »¹⁷⁷.

On comprend donc aisément que, la motivation devient crisogène lorsqu'elle a visiblement pour but de « *faire souffrir le droit pour servir le pouvoir* »¹⁷⁸. Au nom de la constitution, les choix des détenteurs du pouvoir échappent de fait à tout contrôle et les droits de l'homme et du citoyen sont bafoués ou « *insuffisamment protégés* »¹⁷⁹. Cette situation entraîne en tout état de cause la délégitimation du juge constitutionnel. Au-delà de sa banalité, la question de la légitimité du juge constitutionnel recèle plusieurs enjeux. L'un d'entre eux, même éculé, demeure celui de la réalisation du mythique « *gouvernement des juges* » voire de « *coup d'Etat judiciaire* ». En réalité, il n'y aurait pas ce coup d'Etat si le juge constitutionnel substituait sa propre appréciation à celle du législateur. Ceci est d'autant avéré que leur action normative tendrait vers un véritable pouvoir¹⁸⁰.

Si la jurisprudence est la manifestation la plus éclatante d'une constitution vivante et la marque de son adaptation à l'état de la société¹⁸¹, elle peut être en même temps, perturbateur de la « *sécurité juridique* »¹⁸² rendant le juge davantage délégitimé. En réalité, la sécurité juridique est un élément de la sûreté d'après les dispositions de l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

Quid, du problème d'exécution des décisions du juge constitutionnel ?

2. *Le problème d'exécution des décisions du juge constitutionnel*

¹⁷⁶ Cf. CABANIS (A.), et MARTIN (M.-L.), *Les constitutions d'Afrique francophone. Evolutions récentes*, Paris, Khartala, 1999, p. 13, et GALLETI (F.), « La portée du droit constitutionnel. Chronique d'une évolution doctrinale en Afrique de l'Ouest », *Politéia*, vol. 1/n°1 2001, p. 135.

¹⁷⁷ OUEDRAOGO (S.), *La lutte contre la fraude à la constitution en Afrique*, Thèse de droit public, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 2011.

¹⁷⁸ MARCILHACY (P.), *Le Figaro* 12 février 1960, décrivait de la sorte le rôle du conseil constitutionnel français à ses débuts.

¹⁷⁹ DEGNI-SEGUI (R.), *Les droits de l'homme en Afrique noire francophone*, Abidjan, CEDA, 2001, p. 125 et s.

¹⁸⁰ Troper (M.), « Le bon usage des spectres. Du gouvernement des juges au gouvernement par les juges », in *le nouveau constitutionnalisme. Mélanges en l'honneur de Gérard Conac*, Paris, Economica, 2001, p. 49.

¹⁸¹ LAVROFF (D.-G.), « La constitution et le temps », in *Mélanges Philippe Ardan, Droit et politique à la croisée des chemins*, LGDJ, 1999, p. 211.

¹⁸² Etymologiquement, le vocable « *sécurité juridique* » désigne l'état d'esprit confiant et tranquille de celui qui se croit à l'abri du danger. Alors que l'adjectif « *juridique* » semble préciser plutôt l'existence du danger, c'est-à-dire le danger venant d'une règle de droit, soit-elle de nature législative ou réglementaire ou bien d'origine jurisprudentielle. Cf. De SILVIA (M.), « *La place de la notion de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* », Les cahiers du Conseil constitutionnel, n°11/2001, p. 141.

L'exécution des décisions du juge constitutionnel africain témoigne de la qualité de la justice constitutionnelle africaine. Elle dépend en partie de l'acte juridictionnel et en plus encore du degré d'attachement de la société à l'Etat de droit. Quelque soit l'ordre juridictionnel envisagé, l'exécution des décisions du juge, surtout par les pouvoirs publics, ne va pas sans difficultés. Dans le domaine constitutionnel où les considérations politiques poussent les acteurs à contester ou à contourner la règle de droit, l'autorité réputée absolue des décisions du juge constitutionnel recèle des limites et fait l'objet d'atteintes.

Pour ce qui est des limites à l'autorité absolue des décisions du juge constitutionnel africain, elle apparaît dans plusieurs cas de figures comme « *un dogme faux* »¹⁸³. En effet, la voie du recours en rectification d'erreurs matérielles relativise l'idée selon laquelle les décisions du juge constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Contrairement à la lettre des textes, le recours contre les décisions du juge constitutionnel est possible, même s'il ne tend pas à réviser la solution. Ce recours traduit moins la volonté de censurer la décision que de rétablir « *la pensée exacte du juge* »¹⁸⁴. Et le juge constitutionnel lui-même, admet en toute humilité qu'il puisse se tromper. « *Comme toutes institutions humaines, le Conseil constitutionnel n'est pas à l'abri de l'erreur* »¹⁸⁵ reconnaît-il.

En dehors du recours en rectification qui est une retouche de pur forme, d'autres procédés peuvent être utilement convoqués :

Unio, l'intervention du pouvoir constituant qui est le premier facteur de relativisation de l'autorité des décisions des décisions du juge constitutionnel. Elle permet en effet, de comprendre que « *si les juges ne gouvernent, c'est parce qu'à tout moment, le souverain à la condition de paraître en majesté comme constituant peu dans une sorte de lit de justice briser leurs arrêts.* »¹⁸⁶ Par conséquent, la chose jugée au constitutionnel ne sera donc considérée comme définitive que moyennant la caution du souverain initial qu'est le peuple.

Deusio, le développement remarquable des droits de l'homme au cours de ces trente dernières années en terres africaines¹⁸⁷ autorise à penser que les voies nouvelles qui s'ouvrent désormais aux citoyens pourraient à terme révéler les limites de la juridiction constitutionnelle. Indubitablement, le recours aux instances supranationales traduit l'insatisfaction des justiciables au niveau des voies internes. En

¹⁸³ MBALLA OWONA (R.), « L'autorité de la chose jugée au constitutionnel en Afrique francophone », in Actes du Colloque international de Niamey, ANDC, du 14 au 18 octobre 2015, p. 352.

¹⁸⁴ JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, Paris, 2^e éd., LGDJ, 2010, p. 202.

¹⁸⁵ MAZEAU (P.), « L'erreur en droit constitutionnel », *Colloque de l'Institut de France sur le thème « l'erreur »*, tenu les mercredi 25 et jeudi 26 octobre 2006, p. 17.

¹⁸⁶ VEDEL (G.), « Schengen à Maastricht », cité par Pascal JAN, *Le procès constitutionnel, op.cit.*, p. 209.

¹⁸⁷ L'éclosion remarquable des droits de l'Homme en Afrique s'apprécie tout particulièrement au regard, du premier instrument régional qu'est la Charte africaine des Droits de l'homme et des peuples du 27 juin 1981. Ce texte consacre par ailleurs la création d'institutions régionales de protection des droits de l'homme à l'instar notamment de la Commission africaine des droits de l'Homme et des peuples et de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples.

sus, le « principe de l'indifférence » du droit international envers des questions constitutionnelles restreints le contrôle des instances régionales. Elles se bornent à vérifier la licéité des mesures nationales au regard des seuls droits individuels et collectifs des personnes faisant l'objet d'une protection internationale¹⁸⁸.

Il apparaît alors qu'à l'ère où la pyramide est complétée par le réseau, les décisions du juge constitutionnel ne sont pas à l'abri de sanctions. La situation paraît plutôt inquiétante lorsque l'autorité de la chose jugée au constitutionnel est l'objet d'atteintes. Ces atteintes reflètent ici, les « *malheurs de la justice constitutionnelle* »¹⁸⁹ en Afrique et les résistances auxquelles se heurtent l'Etat de droit sur le continent. Dans de nombreux Etats africains, le droit apparaît encore comme l'expression de la volonté présidentielle¹⁹⁰ et les réflexes d'autoritarisme ne s'accommodent pas au contre-pouvoir que représente le juge constitutionnel.

Etonnamment, le juge constitutionnel africain participe lui-même au non respect de ses décisions. Il en est ainsi lorsqu'il s'abstient de les motiver ou fait preuve d'un manque de rigueur¹⁹¹. Or, il est clair que l'autorité de la juridiction constitutionnelle se construit par chaque juridiction constitutionnelle dans son environnement politique d'action¹⁹². Ce constat est d'autant plus vrai que l'autorité des décisions du juge constitutionnel commence par ses avis¹⁹³.

L'analyse qui précède montre qu'il s'en faut de beaucoup pour que la force de chose jugée des décisions du juge constitutionnel s'affirme pleinement en Afrique. Cette situation peut créditer l'opinion de ceux qui réduisent la justice constitutionnelle à une justice.

Finalement, notons que la réflexion sur la motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique noire francophone, a permis de réaliser qu'il s'agit d'une opération prudentielle mais aux conséquences mitigées. En effet, s'il est établi que la sagesse du juge constitutionnelle africain se matérialise par le recours aussi bien aux référents qu'aux instruments de la motivation, il faut dire que cette démarche précautionneuse du juge constitutionnel africain peut soit traduire une vocation légitimatrice de la motivation en raison aussi bien de la crédibilité de son discours, que de la fiabilité

¹⁸⁸ La présentation de Philippe Weckel à propos de l'affaire *Rev. Mtilikac c. Tanzanie*, in dossier du pôle Afrique de sentinelle, www.sentinelle-droit-international.fr, p. 3.

¹⁸⁹ MOMO (C.), « Heurs et malheurs de la justice constitutionnelle au Cameroun », *Politéia, Revue Trimestrielle de droit constitutionnel Comparé* n°8, 2005, p. 23-46.

¹⁹⁰ CONAC (G.), « Les processus de démocratisation en Afrique », in CONAC (G.) (dir.), *L'Afrique en transition vers le pluralisme politique*, Colloques, Paris, 12, 13 décembre 1990, ministère de la Coopération et du Développement et de l'Université de Paris I, pp. 11-41 (spéc. p. 16).

¹⁹¹ Voir à ce sujet, la décision de la Haute Cour constitutionnelle malgache (n°24-HCC/ D3 du 12 juin 2015, à propos de la déchéance du Président de la République. L'avis rendu le même jour a été aussi contesté.

¹⁹² SINDJOUN (L.), *Les Grandes décisions de la justice constitutionnelle...op.cit.*, p. 345.

¹⁹³ Selon Ariane Vidal-Naquet, « *le visa rejoint la motivation des décisions juridictionnelles, indiquant la base légale à partir de laquelle le juge va élaborer son raisonnement* » (VIDAL-NAQUET (A.), « Les visas dans les décisions du Conseil constitutionnel, *RFDC.*, n°67, 2006/3, pp. 535-570 (spéc. p. 538).

de la justice constitutionnelle, soit alors elle se réduit à une réalisation éprouvée de la motivation. Cela s'observe dans le cas des crises inhérentes à la motivation et du problème d'exécution des décisions du juge. Tout au plus est-il souhaitable que le juge constitutionnel africain motive aux regards des considérations plus générales les décisions par lesquelles il modifie la règle en vigueur. Ainsi, ses tendances aux co-législateurs et aux co-constituants¹⁹⁴décomplexés¹⁹⁵ qui créent une distanciation notable avec la constitution écrite faisant de lui un juge opportuniste et professant des interprétations parfois déroutantes et crisogènes sont à proscrire dans l'assainissement de ces mœurs et de ces motivations

¹⁹⁴GNAMOU-PETAUTON (D.) « *La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ?* », *R.B.S.J.A.* n° spécial année 2013, p. 33 et s..

¹⁹⁵Dans son étude évoquée, Dandi GNAMOU estime que, « *sans avoir à supporter les contraintes formelles et matérielles imposées au pouvoir constituant dérivé pour modifier la constitution, la Cour Constitutionnelle réécrit clairement la constitution du 11 décembre 1990. Sa jurisprudence révèle, d'une part, des interprétations de la constitution parfois déroutante et, d'autre part, elle impose de nouvelles normes au pouvoir constituant. Dans un cas comme dans l'autre, la Cour constitutionnelle confirme sa place de co-constituant* » in *La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ?*, *R.B.S.J.A.* n° spécial année 2013, p. 33.