



LE PROCES CONSTITUTIONNEL ET LES EXIGENCES DU PROCES EQUITABLE DANS LES ÉTATS D'AFRIQUE NOIRE FRANCOPHONE

Aboubakar SANGO

Enseignant-chercheur

Maître-assistant de droit public, Université Thomas SANKARA, Burkina Faso.

Membre du Groupe de Recherche sur l'Administration, les Institutions et le Fonctionnement de l'État (GRAIFE)

Introduction

Si la notion de procès constitutionnel a fini par s'imposer en droit, particulièrement en droit constitutionnel, cela n'a pas toujours été le cas historiquement. C'est bien cette évolution que traduit Dominique ROUSSEAU lorsqu'il écrit qu'« associer les mots *procès* et *constitutionnel* est au mieux, vouloir provoquer, au pis, manquer de savoir juridique »¹. L'inélégance d'hier s'est muée en élégance juridique aujourd'hui. Si donc le procès constitutionnel est un procès au même titre que le procès administratif ou civil, il doit répondre aux caractéristiques d'un procès équitable. Cette exigence vaut également pour tout procès constitutionnel organisé dans les Etats africains.

En droit processuel, le procès est appréhendé par Serge GUINCHARD à partir de trois éléments : un élément d'altérité, un élément d'autorité et un élément de pouvoir². L'élément d'altérité fait référence à l'idée de litige, laquelle suggère une contestation entre au moins deux personnes, deux clans, deux familles, deux pays, etc. Dans la mesure où il s'agit d'une contestation, l'élément d'autorité intervient pour dire qu'il faut l'intervention d'un tiers pour vider le conflit. Si le conflit est tranché, c'est qu'une décision a été rendue et doit être exécutée. Mais cette exécution peut faire l'objet de réticence de la part de la partie perdante. C'est alors qu'intervient l'élément de pouvoir. Il suggère la prévision d'un recours forcé à la puissance publique pour exécuter la décision du juge. Quant au dictionnaire de vocabulaire juridique, il nous indique que le procès est le « *litige soumis à un tribunal. Contestation pendante devant une juridiction* »³. C'est dans le même sens qu'abonde Henri MOTULSKY lorsqu'il écrit que « le procès est envisagé en tant qu'activité contentieuse, c'est-à-dire opposant des intérêts : c'est ce qu'exprime la notion de litige ; mais, pour qu'il y ait contentieux, il faut que le litige soit d'ordre juridique et qu'il se déroule devant une juridiction »⁴. Le procès est alors un litige tranché selon une procédure particulière par une juridiction. Les notions de litige et de juridiction sont donc essentielles à un procès. Dans ce cas, le procès constitutionnel est le litige

¹ D.ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 47.

² S.GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable*, 12 éd, Paris, Dalloz, 2023, p. 91.

³ G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2017, p. 812.

⁴ H. MOTULSKY, *Droit processuel*, Paris, Montchrestien, 1973, p. 5.



tranché par une juridiction constitutionnelle, l'organe chargé d'assurer la suprématie de la constitution. À cet égard, d'un point de vue organique, la juridiction constitutionnelle peut être assimilée à la justice constitutionnelle⁵. Si Charles Eisenmann ne concevait la justice constitutionnelle que dans sa forme de juridiction spécialisée⁶, aujourd'hui il est largement admis que cette dernière n'épuise pas toutes les formes de justice constitutionnelle. En effet, dans le cadre du contrôle diffus de constitutionnalité, les juridictions ordinaires qui assurent la suprématie de la constitution font également partie de la justice constitutionnelle.

Pendant longtemps, les juridictions constitutionnelles ont été considérées comme étant hors des juridictions. En d'autres termes, elles n'étaient pas considérées comme de vraies juridictions⁷, dans la mesure où elles ne tranchaient pas de litiges opposant des parties clairement identifiées⁸. Si une telle approche peut toujours se défendre⁹, il n'en demeure pas moins que le conflit de norme peut s'analyser comme un litige¹⁰. Si tel est le cas, le procès constitutionnel s'apparente alors à un procès classique. Il est dès lors attendu d'un tel procès qu'il soit équitable.

Le procès équitable est l'étalon de l'État de droit.¹¹ C'est une garantie exigée aussi bien par la Constitution que la Charte africaine des droits de l'homme¹² et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹³ qui font partie du bloc de constitutionnalité¹⁴. Si la notion de procès équitable est promue et valorisée, elle ne se laisse pas appréhender aisément. Pour Serge GUINCHARD, le procès équitable est le « *procès équilibré entre toutes les parties* »¹⁵. Cet équilibre est réalisé lorsque les garanties fondamentales d'une bonne justice sont réalisées à travers les exigences comme « *la publicité des audiences, l'indépendance et l'impartialité d'un*

⁵ La justice constitutionnelle peut être définie tant sur le plan organique, matériel que fonctionnel. Ainsi, sur le plan organique elle est l'institution chargée d'assurer la suprématie de la Constitution. Cette approche induit qu'un tel contrôle peut être assuré aussi bien par une juridiction spécialisée que par le système juridictionnel ordinaire. Quant à la définition matérielle, elle met l'accent sur les compétences du juge constitutionnelle en insistant pour dire que la justice constitutionnelle est l'activité de contrôle des actes inférieurs à la constitution que des actions décisions des autorités politiques ayant une portée constitutionnelle. En outre, sur le plan fonctionnel, elle suggère qu'il y a justice constitutionnelle chaque fois qu'une procédure ou une technique assure la garantie de la constitution. Cf. G.DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, pp.30-32.

⁶ La juridiction constitutionnelle est un « système de concentration de la justice constitutionnelle aux mains d'une juridiction unique ». Lire dans Ch.EISENMANN, *La juridiction constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, Economica, 1986, p. 291-292. En réalité dans la mesure où Charles EISENMAN établi une distinction entre le contrôle concentré et le contrôle diffus pour mettre en exergue les avantages et inconvénients des deux modèles avant de prendre position pour le modèle concentré, il n'exprime qu'une préférence.

⁷ Voir sur la controverse de la nature des juridictions constitutionnelles, D. ROUSSEAU, P.-Y GAHDOUN, J. BONNET, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11^{éd}, Paris, LGDJ, 2016, p.73-88 ; également P.JAN, *Le procès constitutionnel*, Paris, LGDJ, 2001, pp. 12-24.

⁸ ROUSSEAU, « Le procès constitutionnel », *op.cit.*, p. 47. ; Th. SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°2, 2008.

⁹ J.DJOGBENOU, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in F.J.AÏVO, J.D.B.DE GAUDUSSON, Ch.DESOUCHES, J.MAÏLA(dir), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, Paris, L'Harmattan, 2020, p. 527.

¹⁰ Th. SANTOLINI, Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé, *op.cit.*

¹¹ S.GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable*, *op.cit.*, p. 575.

¹² Article 7 de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

¹³ Article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966.

¹⁴ C'est le cas au Burkina Faso comme l'illustre la décision n° 2017-017/CC du 09 juin 2017 sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 25 de la loi organique n°20/95/ADP du 16 mai 1995 portant composition et fonctionnement de la Haute Cour de Justice et procédure applicable devant elle, modifiée par la loi organique n° 017-2015/CNT du 21 mai 2015. Dans cet espèce le Conseil constitutionnel mobilise le Pacte international relatif aux droits civils et politiques à travers son article 14.1.

¹⁵ S.GUINCHARD, *Droit processuel. Droit commun et comparé du procès équitable*, *op.cit.*, p. 581.



tribunal, le respect d'un délai raisonnable, etc. »¹⁶. C'est dans le même sens qu'abonde, avec plus d'exhaustivité, Pierre-Yves VERKINDT, lorsqu'il écrit que, le procès équitable est « *un système de normes procédurales qui assurent le droit d'accès à un juge, promeuvent l'indépendance et l'impartialité de ce dernier, protègent les droits de la défense et le principe de la contradiction, le droit d'introduire une instance, d'être entendu dans son argumentation et d'obtenir une solution applicable et effectivement appliquée* »¹⁷. Il apparaît donc que ces exigences qui sont consubstantielles à la fonction de juger, devraient pouvoir saisir la justice constitutionnelle au regard de la trajectoire historique de celle-ci.

Née aux États-Unis à la fin du XVIII^e siècle à partir de l'interprétation de la Cour suprême américaine¹⁸, la justice constitutionnelle¹⁹ va se répandre en Europe au début du XX^e siècle sous l'impulsion de Hans KELSEN²⁰. En Afrique, la justice constitutionnelle est née avec les premières constitutions au lendemain des années 1960. On la retrouvait dans les attributions des Cours suprêmes sous forme de section constitutionnelle ou de chambre constitutionnelle²¹. Cependant, elle sera freinée dans son développement « *par la pandémie du présidentielisme négro-africain*²² qui sévit sur le continent africain de 1965 à 1990 faisant du président de la république la source exclusive du pouvoir et du droit dans l'État »²³. Elle connaîtra une nouvelle jeunesse à partir des années 1990. Cette période qui marque la contestation des régimes autoritaires et l'expression de revendications démocratiques a été propice à des réformes importantes qui ont conduit soit à la création de juridictions constitutionnelles soit au renforcement de celles-ci. Ainsi, si la constitution béninoise de 1990 a créé une cour constitutionnelle²⁴, au Burkina Faso, ce n'est qu'en 2000, que la justice constitutionnelle est apparue dans sa forme actuelle²⁵. Il en résulte que la création des juridictions constitutionnelles

¹⁶S.GUINCHARD, « Procès équitable », in J.ANDRIANTSIMBAZOVINA, H.GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S.RIALS, F.SUDRE(dir), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 804.

¹⁷ P.-Y. VERKINDT, « Les contentieux de sécurité sociale au regard du droit à un procès équitable », in, *Droits fondamentaux et contentieux social, colloque organisé par l'institut du Travail de Bordeaux*, mars 2016, n°816, p. 402.

¹⁸ L'une des premières apparitions du juge constitutionnel est celle du Chief justice Marshall à la faveur de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique, 1 Cranch, 137, 2 I.ED.60, 1803, Marbury vs Madison. Cf. E. ZOLLER, *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, 2^eéd, 1999, pp. 105 et s.

¹⁹ Certains auteurs pensent remonter, cependant, les origines du Contrôle de constitutionnalité au V^eme siècle avant J.-C : P.-H. BARRE, « Le contrôle de constitutionnalité dans l'Antiquité athénienne : la procédure de la graphê paranomôn », *Revue française de droit constitutionnel*, n°135, 2023, pp. 699-706.

²⁰ H.KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la constitution (La justice constitutionnelle) », *RDP*, 1928, pp.197-257.

²¹ L'article 47 de la Constitution du 15 février 1959 du Dahomey, actuel Bénin, prévoit : « il est créé un tribunal d'État comprenant [...] une section constitutionnelle ». Celle du 26 novembre 1960, consécutive à l'indépendance du 1^{er} août 1960, dispose dans son article 57 : « la cour suprême comprend [...] la chambre constitutionnelle » ; Cour Suprême de la Haute-Volta, Chambre constitutionnelle, Procès-verbal de 1965 relatif à la proclamation des résultats de l'élection présidentielle, in A. LOADA et also, *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabè de 1960 à nos jours*, Ouagadougou, Centre pour la Gouvernance démocratique, 2009, p. 9

²² Le concept de présidentielisme négro-africain a été utilisé pour la première fois par Jean Gicquel pour caractériser les régimes autoritaires africains. Voy. J. GICQUEL, « Le présidentielisme négro-africain : l'exemple camerounais », *Le pouvoir. Mélanges offerts à Georges Burdeau*, Paris, LGDJ, 1977, p. 701-725.

²³ Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *Pouvoirs*, n°129, 2009, p. 102.

²⁴ La Constitution du 11 décembre 1990.

²⁵ A.LOADA et also, *Avis et décisions commentés de la justice constitutionnelle burkinabè de 1960 à nos jours*, *op.cit.*, p. 2. Avec la loi constitutionnelle n°3-2000 AN du 11 avril 2000 portant révision de la Constitution du 2 juin 1991, la Cour suprême a été éclatée en plusieurs institutions, à savoir le Conseil d'Etat (qui remplace la Chambre administrative), la Cour de Cassation (qui succède à la Chambre judiciaire), la Cour des comptes (qui remplace la Chambre des comptes) et par le Conseil constitutionnel (qui succède à la Chambre constitutionnelle).



est liée beaucoup plus à des dynamiques endogènes qu'exogènes²⁶. À cet égard, la justice constitutionnelle est perçue, d'abord, comme un instrument de contrôle du pouvoir politique, ensuite, comme un instrument de protection et de consolidation de l'État droit à travers les droits fondamentaux²⁷. Dans ce sens, à la différence de la constitution française de 1958, les constitutions des États étudiés se sont montrées généreuses en matière de droits de l'homme. Des titres entiers sont consacrés aux droits fondamentaux, alors que le préambule des constitutions qui fait partie intégrante de la constitution renvoie à des textes internationaux²⁸. Le renvoi à ces instruments de protection des droits de l'homme ouvre une fenêtre de dialogue entre ces juridictions constitutionnelles et les juridictions régionale et internationale de protection des droits l'homme²⁹. Ainsi, elles ne peuvent rester indéfiniment indifférentes, aussi bien dans le cadre du contentieux objectif que du contentieux subjectif³⁰, à la jurisprudence de ces juridictions internationales³¹. Le procès équitable qui revêt aujourd'hui le « *costume* » de standard devient ainsi une préoccupation partagée³².

Le nouveau contexte dans lequel les juridictions constitutionnelles évoluent, reste, par ailleurs, marqué, non plus par la dictature de l'exécutif, mais par le fait majoritaire qui induit une transformation des rapports entre le pouvoir exécutif et le parlement pour reproduire les effets critiqués de la « pandémie du présidentielisme ». A cet égard, la loi votée par un parti majoritaire prend les allures de l'expression de la volonté d'un parti pour ne pas dire celle du chef de l'État et non plus celle de la volonté générale³³. Même préservée du fait majoritaire, la loi votée n'est pas pour autant exempte de tout risque d'arbitraire et d'inégalité. C'est pourquoi elle doit mériter l'attention soutenue de la justice constitutionnelle³⁴.

Dans certains États en proie à une grave crise sécuritaire, le constitutionnalisme et l'État voient leurs fondements ébranlés. C'est le cas au Burkina, au Niger et au Mali où se trouve contesté le modèle démocratique qui a fondé en 1990 la renaissance des juridictions constitutionnelles. De

²⁶ L'argument qui consiste à rattacher la création des juridictions constitutionnelles à des facteurs exogènes comme le discours de la Baule ne coïncide pas avec la réalité. Par exemple, la Conférence nationale souveraine du Bénin a précédé le discours de la Baule.

²⁷ Comme l'indique Théodore HOLO pour ce qui est du Bénin, « Les aspirations exprimées par les délégués à la Conférence nationale sont, pour une part, d'organiser la limitation de l'exercice du pouvoir par l'instauration d'organes de contrôle destinés à servir de contrepoids, pour une autre, d'assurer plus efficacement la protection des droits fondamentaux de la personne humaine et des libertés publiques ». cf. Th.HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *op.cit.*, 102.

²⁸ Dans ce sens lire pour l'exemple du Bénin A. ONDOUA, « La constitutions béninoise du 11 décembre 1990 et les normes d'origine externe », in *Démocraties en question, Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 155-180.

²⁹ Sur le dialogue des juges lire J. ALLARD, A. VAN WAEYENBERGE, « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *R.I.E.J.*, 2008.61, pp. 109-129.

³⁰ A.SOMA, « Le statut du juge constitutionnel africain », in J.AÏVO (dir), *La constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 474-479.

³¹ J.-S. M'PIGA-NKOUOM, « Le contrôle des systèmes constitutionnels nationaux par la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 134, 2023, pp. 362-379.

³² Sur les standards constitutionnels lire M. DISANT, G.LEWKOWICZ, P.TURK (dir), *Les standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2022, 473 p.

³³ Sur la volonté générale, cf. J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Flammarion, 2023, 172 p ; R.C de MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1999, 228 p ; J.-F. KERLÉO, « L'impossible loi frauduleuse. Une mise à l'épreuve empirique des dogmes du mandat représentatif et de la volonté générale », *Revue française de droit constitutionnel*, 2024, n° 137, pp. 179-203.

³⁴ B. KANTE, « Propos introductifs », in N. DIOUF (dir), *Le Conseil constitutionnel sénégalais dans un contexte d'intégration régionale : passé, présent, devenir, Actes du Colloque de Dakar, 7 et 8 décembre 2020*, Dakar, L'Harmattan, 2021, p. 39.



façon ouverte ou insidieuse, on assiste au retour de régimes autoritaires³⁵ sur fond de populisme en Afrique³⁶. Ces trois pays sahéliens sont dirigés par des régimes inconstitutionnels³⁷ alors que la Tunisie fait l'expérience d'une dictature issue des élections. À y regarder de près, la demande de retrait du Burkina Faso, du Niger et du Mali de la CEDEAO, en janvier 2024, pour constituer la confédération des États du Sahel (AES), est un rejet du modèle d'organisation de la CEDEAO fondé sur la démocratie et l'État de droit³⁸ auquel les États membres sont assujettis sous peine de sanctions³⁹. La justice constitutionnelle reste cependant fonctionnelle au Burkina Faso et au Mali⁴⁰, sous la menace de l'épée tenue par les pouvoirs militaires en place. Dans ce sens, sa crédibilité et son impartialité sont fortement questionnées⁴¹.

Les juridictions constitutionnelles sont instituées sur le modèle de contrôle concentré⁴². Ainsi, à l'exception du juge constitutionnel, aucun autre juge ne peut, en principe, se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi. L'accès au juge constitutionnel devient alors un facteur important de protection des droits fondamentaux⁴³.

³⁵ Pourtant la charte africaine de la démocratie, les élections et la gouvernance (CADEG). Cette charte, à laquelle certains auteurs reconnaissent un caractère impératif a érigé la démocratie en modèle d'organisation et de gouvernance à l'échelle africaine. Voy. A.-D. OLINGA, « L'impératif démocratique dans l'ordre régional africain », *R.C.A.D.H.P.*, n° 8, 1999, p. 55-7 ; B. TCHIKAYA, « La charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance », *Annuaire français de droit international*, vol. 54, 2008. p. 516.

³⁶ L. SINDJOUN, « De la problématique de l'existence des constitutionnalismes populistes en Afrique », *RDP*, Décembre 2024, pp. 67-81 ; J. CHEVALLIER, « Les linéaments d'un constitutionnalisme populiste à la française », *RDP*, décembre 2024, pp. 61-66.

³⁷ O. Narey (dir), *La construction de l'État en Afrique : entre démocratie et coups d'État, Actes de la 3e édition des Journées scientifiques de Droit constitutionnel, Niamey (Niger), du 26 au 28 octobre 2022*, Dakar, L'Harmattan, 695 p.

³⁸ Protocole A/SPI/12/01 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité. Cette charte a été constitutionnalisée au Burkina Faso, en 2015, à travers le préambule de la constitution. Lire également M. KAMTO, « Le contrôle de la mise en œuvre nationale des règles et standards internationaux de la démocratie en Afrique, de chaînons manquants ? », in *Démocraties en question, Mélanges en l'honneur du professeur Théodore Holo*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, pp. 95-119.

³⁹ M. F. DIOP, « Les sanctions juridictionnelles aux violations de l'ordre constitutionnel dans l'espace CEDEAO », *Revue française de droit constitutionnel*, n°134, 2023, pp. 265-301.

⁴⁰ Ce qui semble une incongruité quand on se réfère aux travaux de Charles EISENMAN. Dans sa thèse relative à la justice constitutionnelle, faisant la distinction entre incompétence relative et incompétence absolue, il assimile les actes émanant des pouvoirs issus de coups d'Etat et d'insurrection à l'incompétence absolue et affirme : « Le cas d'incompétence absolue se confondra avec celui d'insurrection, de révolution ou de coup d'Etat. C'est alors la force qui décidera d'abord ; la justice ne pourra que se ranger de son côté ; c'est-à-dire se taire. Ou, en effet, le pouvoir insurrectionnel sera vaincu : les lois qu'il aurait édictées, considérées comme inexistantes, ne donneront pas lieu à une procédure d'annulation. Ou au contraire la révolution triomphera, substituant à l'ordre ancien un ordre nouveau en son principe, donc un nouveau critère de la valeur juridique ; sa victoire fera du pouvoir précédemment révolutionnaire, donc absolument incompétent, un pouvoir régulier, maître de toute compétence ; dont les actes, d'absolument nuls, deviendront la condition de tout acte régulier. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, il n'y aura lieu, on le voit, à fonctionnement de la justice constitutionnelle ». Ch.EISENMAN, *La juridiction constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, op.cit.*, pp. 13-14.

⁴¹ L'exemple polonais, décrit par Monika Florczak-WATOR, illustre parfaitement la fragilité de la justice constitutionnelle et les menaces qui pèsent sur son impartialité dans des régimes hostiles aux valeurs démocratiques. Cf. M.F.-WATOR, « Déconstruction et reconstruction du Tribunal constitutionnel polonais. Du déclin aux perspectives de refondation de l'institution », *RDP*, Juin 2024, pp. 37-43.

⁴² C'est le cas au Burkina, au Bénin, en Côte d'Ivoire, au Sénégal et dans la plupart des Etats d'Afrique francophone. Voy. Également, J. DJOGBENOU, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in F.J. AÍVO, J.D.B.DE GAUDUSSON, Ch. DESOUCHES, J. MAÍLA (dir), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, op.cit.*, p. 519.

⁴³ F.J. AÍVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux : Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin, *Afrilex*, 2016.



Si la fonction première des juridictions constitutionnelle est d'assurer, dans la perspective kelsenienne, la hiérarchie formelle entre la loi et la constitution⁴⁴, leurs compétences seront étendues également aux élections. Elles seront particulièrement sollicitées relativement à cette compétence, au regard des passions que suscitent les élections en Afrique. Nonobstant le fait que les élections sont l'expression d'un droit fondamental, une telle sollicitation est critiquée par certains auteurs qui y voient une politisation accrue de la justice constitutionnelle⁴⁵.

Dans plusieurs États africains, le contrôle de constitutionnalité institué a été amélioré au fil des réformes pour l'adapter à la mutation de la justice constitutionnelle comme lieu de résolution d'un litige selon une procédure juridictionnelle.⁴⁶ Ainsi, elle est ouverte aux citoyens aussi bien dans le cadre du contrôle a priori que dans le cadre du contrôle incident. Toutefois, cette ouverture reste encore restreinte dans l'ensemble des pays étudiés⁴⁷. Par ailleurs, si on assiste à la consécration du principe du contradictoire dans les procès constitutionnels, force est de constater, en pratique, que l'on est encore loin des exigences attendues d'une juridiction constitutionnelle moderne. À cela, s'ajoute, malgré le rôle central des juridictions constitutionnelles, la question de leur composition eût égard au mode de nomination des juges qui y officient. Il s'agit là d'une source importante de partialité. Le juge constitutionnel occupe pourtant une place importante dans l'édification des États africains. Garant de la constitution, il en interprète les dispositions et participe même, au regard de la théorie réaliste de l'interprétation, à la confection des normes⁴⁸.

L'État de droit, dont le procès équitable est l'étalon, est l'âme des régimes démocratiques contemporains. Il implique la soumission des gouvernants et des gouvernés au droit. C'est un État structuré autour de la hiérarchie des normes et qui ne laisse aucune place à l'arbitraire⁴⁹. C'est pourquoi sa garantie est assurée par un tiers à équidistance des gouvernants et des gouvernés, c'est-à-dire un juge impartial⁵⁰. L'impartialité ne peut être détachée de la fonction de juger. Cette exigence qui est traduite par la formule anglaise « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁵¹, commande que la justice doive inspirer confiance aux

⁴⁴ Ch. EISENMAN, La juridiction constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche, *op.cit.*, p. 20.

⁴⁵ Pour ce qui du Sénégal Babacar KANTE note que « La perception du Conseil constitutionnel comme un juge politique a produit une double conséquence fâcheuse pour l'ancrage du constitutionnalisme. D'une part, les recours en matière électorale sont plus nombreux alors qu'ils ne concernent que (serait-on tenté de dire) la lutte pour l'accession au pouvoir ; d'autre part, les actions en faveur de la défense des droits subjectifs des citoyens sont malheureusement faibles, tant quantitativement que qualitativement. Cela signifie qu'entre le politique, entendu au sens de la recherche des voies et moyens permettant de résoudre les problèmes de la société et la politique, c'est à-dire la compétition pour le pouvoir, le système sénégalais semble privilégier la seconde ». Lire dans B. KANTE, « Propos introductifs », *ibidem*, p. 36.

⁴⁶ S. L. YEDOH, Les nouvelles tendances du contrôle de constitutionnalité des lois dans les États d'Afrique francophone : la fin du mimétisme postcolonial », *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n°132, 2022, pp. 25-48.

⁴⁷ I.N. YANKHOBA, « L'accès à la justice constitutionnelle au Sénégal », in N. DIOUF (dir), *Le Conseil constitutionnel sénégalais dans un contexte d'intégration régionale : passé, présent, devenir, Actes du Colloque de Dakar, 7 et 8 décembre 2020*, Dakar, L'Harmattan, 2021, pp. 81-90.

⁴⁸ M. TPOPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, pp. 95-105.

⁴⁹ Voy. Notamment J. Chevallier, « L'État de droit », *RDP*, 1988, pp. 313-380 ; du même auteur, *L'État de droit*, 6e éd., Paris, L.G.D.J., 2017.

Paris, 2017 ; M. Troper, « Le concept d'État de droit », *Droits*, 1992, n°15, pp. 51-63. Voy. Plus spécialement sur la distinction entre Rechtsstaat, Rule of Law et État de droit, L. Heuschling, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, coll. La nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 16, Paris, Dalloz, 2002.

⁵⁰ L'article 4 alinéa 1 de la Constitution Burkinabè du 11 juin 1991 dispose que « Tous les Burkinabè et toute personne vivant au Burkina Faso bénéficient d'une égale protection de la loi. Tous ont droit à ce que leur cause soit entendue par une juridiction indépendante et impartiale ».

⁵¹ La formule signifie que la justice ne doit pas seulement être rendue, elle doit donner à voir comme ayant été rendue. L'adage est repris par la Cour européenne des droits de l'homme dans différents arrêts. On peut noter à



justiciables. À cet égard, le dispositif institutionnel et normatif doit assurer l'impartialité du juge, car comme l'écrivait Simone ROZES : « *l'impartialité, c'est l'âme du juge. [...] c'est le courage du juge. [...] c'est la conscience du juge. [...] c'est le métier du juge. [...] l'impartialité, c'est la rigueur intellectuelle du juge [...] ; l'impartialité, c'est l'honneur du juge* »⁵². En droit comparé européen, par exemple, depuis l'arrêt Ruiz-Mateos, la Cour européenne des droits de l'homme soumet les juridictions constitutionnelles au respect de l'article 6 de la convention européenne de droits de l'homme⁵³. Par ailleurs, les récentes réformes apportées aux juridictions constitutionnelles dans les États étudiés traduisent l'actualité du sujet et la volonté d'adapter les juridictions constitutionnelles aux exigences du procès équitable. Ces réformes restent, cependant, contrastées. Il en est ainsi de la réforme du règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin consacrant le principe du contradictoire et celui de la publicité des audiences. Si ces réformes sont saluées par la doctrine⁵⁴, il n'en demeure pas moins que des efforts restent encore à fournir. Par exemple, pour ce qui concerne le Sénégal, Issac Yankhoba N'DIAYE rappelle qu'il serait intéressant que le procès constitutionnel exercé dans le cadre de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité « *puisse reposer au moins sur le principe du contradictoire, principe de procès équitable (...). Et pourquoi pas connaître une certaine publicité* »⁵⁵.

Analyser le procès constitutionnel sous l'angle du procès équitable, c'est entreprendre un travail de droit constitutionnel processuel. Or, la discipline est encore naissante⁵⁶. Par conséquent, elle demeure un champ faiblement exploré. Les travaux disponibles en la matière abordent rarement le procès constitutionnel sous l'angle global du procès équitable. Lorsque la problématique y est traitée, c'est souvent sous l'angle des critères du procès équitable pris de façon isolée⁵⁷. Il en résulte qu'aborder cette analyse, c'est contribuer à la mise en lumière de la formation d'une branche du droit constitutionnel.

A cet effet, et pour traiter de la problématique en profondeur, la présente recherche se focalisera sur le contrôle de constitutionnalité plutôt que de s'intéresser à l'ensemble des compétences des juridictions constitutionnelles. Il s'agira alors d'apprécier le procès constitutionnel, sous l'angle du procès équitable, dans le seul cadre du contrôle de constitutionnalité, à l'exclusion donc du contentieux électoral, entre autres. Par ailleurs, d'un point de vue spatial, l'étude sera limitée principalement au cas du Burkina Faso, du Bénin, de la Côte d'Ivoire et du Sénégal. Le choix de ces pays n'est pas fortuit. Il s'explique, d'abord, par leur appartenance à l'Union Économique et Monétaire Ouest Africaine qui est un espace d'intégration juridique, ensuite, par le dynamisme relatif de la justice constitutionnelle dans ces États. Ce qui offre une

titre illustratif : CEDH., 17 janvier 1970, n°2689/65, *Delcourt contre Belgique* ; CEDH., 30 octobre 1991, n°12005/86, *Borgers contre Belgique*.

⁵² Discours prononcé à l'occasion de l'audience solennelle de début d'année judiciaire 6 janv. 1988 de la Cour de cassation cité dans L. Belfanti, « Devoir d'impartialité », *Répertoire de procédure civile*, 2024, § 1254.

⁵³ <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kdate%20Descending%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-62395%22%7D>.

⁵⁴ I.D.SALAMI, « Réflexions sur les changements de cap procédural : vers une Cour plus performante ? », *RCC*, 2019, n°001/Semestriel, pp.131-161.

⁵⁵ I.N. YANKHOBA, « L'accès à la justice constitutionnelle au Sénégal », *op.cit.*, p. 86.

⁵⁶ J. DJOGBENOU, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in F.J. AÏVO, J.D.B.DE GAUDUSSON, Ch. DESOUCHES, J. MAÏLA (dir.), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie*, *op.cit.*, p. 531.

⁵⁷ B. TSAPI NEMKENANG, « Les droits de la défense devant le conseil constitutionnel camerounais », *Revue des Réflexions Constitutionnelles (RFC)*, N°50, 2024, pp. 139-168 ; DJOGBENOU (J.), « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in AIVO (F.J) et als. (dir.), *L'Amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie, mélanges en l'honneur du Président Robert Dossou*, Paris, L'Harmattan, 2020 ; EDZODZOMO NKOUMOU (T.L), *L'office du juge constitutionnel en Afrique subsaharienne, Étude comparative à partir des exemples béninois, gabonais et malgache*, Paris, L'Harmattan, 2024.



opportunité pour mener une étude comparative sur un thème qui pourrait présenter des perspectives intéressantes du point de vue de l'émergence des standards constitutionnels régionaux. En outre pour les besoins de l'analyse, le droit constitutionnel français sera mis à contribution.

À cet égard, les ressources normatives et jurisprudentielles seront mobilisées pour répondre à la question centrale suivante : le procès constitutionnel dans quatre Etats africains est – il équitable ?

Pour y répondre, il convient d'abord d'examiner attentivement les voies d'accès au juge constitutionnel. En effet, le procès équitable commence par l'accès au juge. Dans les quatre pays concernés, l'accès au juge constitutionnel se fait par la voie directe et par la voie indirecte. Ces deux voies ouvertes en théorie sont-elles obstruées ou restreintes par le pouvoir constituant, le législateur organique ou par le juge constitutionnel ? Lorsque le justiciable a accès au juge, peut-il raisonnablement présumer son impartialité⁵⁸ sur le fondement de solides garanties d'impartialité des juges constitutionnels ? Il convient ensuite de regarder attentivement les mécanismes qui garantissent la transparence de la procédure et le principe du contradictoire. En la matière, l'organisation progressive de ces deux mécanismes repose-t-elle sur des garanties solides ?

Comme on peut le constater, le droit à un juge impartial et la garantie d'une procédure équitable sont des composantes essentielles du procès constitutionnel équitable. Par conséquent, la réponse à la problématique commande de jauger les textes qui régissent les juridictions constitutionnelles étudiées et les pratiques qui les sous-tendent au prisme des exigences posées par les instruments internationaux de protection des droits de l'Homme que l'on trouve par ailleurs consacrés dans les constitutions des États étudiés. Dans cette optique, à l'analyse, la problématique appelle une réponse nuancée. Le procès constitutionnel est faiblement équitable, car l'accès à un juge impartial est encore mesuré (I) alors que l'équité procédurale paraît discutable (II).

I- L'accès encore mesuré à un juge impartial

Comme il a été relevé plus haut, la protection des droits garantis par la constitution fait l'objet d'un contrôle concentré. Pour bénéficier de la garantie de ces droits, il faut avoir accès à la juridiction instituée pour en connaître⁵⁹.

⁵⁸ Y. S. DUMARTIN, « La mise à l'épreuve de l'exigence d'impartialité au Conseil constitutionnel : examen des risques de partialité et des mécanismes de garanties », *Revue française de droit constitutionnel*, n°139, 2024, pp. 685-709.

⁵⁹ C'est ce que rappelle d'ailleurs la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples dans l'affaire IBRAHIM BEN MOHAMED BEN IBRAHIM BELGUITH C. République Tunisienne, lorsque pour déclarer la recevabilité du recours du requérant alors qu'il n'avait pas épuisé les voies de recours internes, elle affirme que : « au moment du dépôt de la présente Requête devant la Cour de céans, la Cour constitutionnelle n'était pas encore opérationnelle. La Cour relève qu'il n'existait pas non plus, dans l'État défendeur, d'autre juridiction ou autorité susceptible de statuer sur les litiges constitutionnels relatifs aux compétences du Président. L'absence de la Cour constitutionnelle a donc créé un vide dans le système judiciaire de l'État défendeur en ce qui concerne le règlement des différends constitutionnels, en particulier ceux mettant en cause la constitutionnalité des décrets pris par le Président. En conséquence, il est évident qu'en l'espèce le Requérant n'a pas été en mesure de contester la constitutionnalité des décrets présidentiels. Cette situation l'a en fait laissé sans voie de recours légale pour faire valoir ses griefs et l'a ainsi privé du droit à ce que sa cause soit entendue. Au vu de ce qui précède, la Cour estime



De même, le juge chargé de vider le litige constitutionnel doit être impartial. Ainsi, à l'analyse, si l'accès à la juridiction constitutionnelle est consacré, elle apparaît cependant contrastée dans sa mise en œuvre (A). Par ailleurs, l'impartialité du juge constitutionnel paraît sujette à caution (B).

A- L'ouverture contrastée du prétoire du juge constitutionnel

L'accès au juge est la première condition de l'accès au droit. À cet égard, de façon générale, dans les systèmes concentrés de justice constitutionnelle, deux voies de recours peuvent se présenter aux justiciables : le recours direct et le recours indirect. Dans l'espace étudié, l'accès au juge continue de se présenter de façon contrastée : le recours direct est parfois restreint (1) alors que le recours indirect est souvent enfermé (2).

1) Le recours direct parfois restreint

Le recours direct est celui qui permet au justiciable de saisir le juge constitutionnel par la voie d'action. Sa restriction peut emprunter deux voies. La voie du texte constitutionnel et la voie jurisprudentielle. Dans le premier cas, c'est le constituant qui refuse d'ouvrir le prétoire de la justice constitutionnelle au justiciable ordinaire, alors que dans le second cas, c'est l'interprétation du juge constitutionnel qui ferme une voie ouverte par le constituant.

Dans le cadre de ce recours, la juridiction constitutionnelle peut être saisie par deux types de justiciables. Le justiciable - autorité et le justiciable-citoyen. La notion de justiciable-autorité fait référence aux autorités politiques qui peuvent saisir le juge constitutionnel. De façon générale et selon les pays, il s'agit du chef de l'État, du Premier ministre, des parlementaires individuellement ou collectivement. Si la restriction dont on parle ici concerne essentiellement les citoyens, elle peut également être envisagée pour les justiciables-autorités, lorsque les conditions de saisine par ceux-ci sont rigides. Ainsi, cette saisine est ouverte lorsque, par exemple, les parlementaires peuvent saisir individuellement le juge constitutionnel. Par contre, elle est rigide lorsque le constituant impose un quota déterminé. Ainsi, on peut distinguer, relativement à ce point, deux catégories de pays : les pays où la saisine des justiciables-autorités est ouverte et les pays où celle-ci est relativement fermée. Le critère de distinction repose sur le nombre de catégories de personnalités qui peuvent saisir le juge et sur le quota de députés qui peuvent exercer cette saisine. Pour les besoins de l'analyse, les deux critères sont cumulés.

La saisine directe n'est pas consacrée par le constituant au Sénégal, au Togo et en Côte d'Ivoire. Par contre, elle est consacrée au Bénin et au Burkina.

Au Bénin, le juge en fait une application généreuse⁶⁰, tandis qu'au Burkina Faso, il a fermé cette voie au citoyen. En effet, nonobstant la précision et la clarté de l'énoncé de la constitution⁶¹, dans plusieurs décisions, le juge constitutionnel estime que les citoyens ne

que l'État défendeur a violé le droit du Requérant à ce que sa cause soit entendue, garanti par l'article 7(1)(a) de la Charte, lu conjointement avec l'article 26 de la Charte ». CADHP, 22 septembre 2022, n°017/2021, *IBRAHIM BEN MOHAMED BEN IBRAHIM BELGUITH C. République Tunisienne*.

⁶⁰ Th. HOLO, « Emergence de la justice constitutionnelle », *op.cit.*, p. 102-114 ; F.J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux : Retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *op.cit.*

⁶¹ Article 157 alinéa 2 « En outre, tout citoyen peut saisir le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel qui doit intervenir dans un délai maximum de trente jours à compter de sa saisine »



peuvent pas le saisir directement. Ce fut le cas, d'abord, dans sa décision de 2018 sur le recours en inconstitutionnalité de l'ordonnance n°69 précisant l'incidence financière des reconstitutions de carrière dont peuvent bénéficier les fonctionnaires et agents temporaires. Dans l'espèce, le Conseil constitutionnel affirme que : « *Considérant que le requérant n'invoque pas l'inconstitutionnalité de l'ordonnance dans le cadre d'une instance pendante devant une juridiction ; qu'en conséquence de ce qui précède, le recours doit être déclaré irrecevable en application de l'article 157 de la Constitution* »⁶². Ce fut, ensuite, le cas, dans la décision du 14 septembre 2018 à la suite du recours introduit par monsieur Harouna DICKO aux fins d'inconstitutionnalité de l'article 14 de la loi 2019 portant financement des partis et formations et des campagnes électorales au Burkina Faso. À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi, le Conseil constitutionnel déclare le recours irrecevable au motif que le citoyen ne peut valablement le saisir⁶³. Comme on peut le constater, la jurisprudence burkinabè est établie. Quoique le juge constitutionnel soit l'interprète authentique de la Constitution, il faut faire remarquer que sa solution n'est pas conforme ni à l'esprit de la constitution ni au texte de celui-ci. Relativement à l'esprit de la constitution, il est important de faire remarquer que la réforme introduite en 2015 par le Conseil national de la transition fait suite aux différentes critiques de la société civile et de la doctrine. Pendant longtemps, ceux-ci ont appelé à une réforme de la constitution en vue de l'ouverture de la saisine de la juridiction constitutionnelle aux citoyens. L'énoncé de l'article 157 alinéa 2 de la constitution est la réponse à cette demande. Il s'agissait bien d'ouvrir le prétoire du juge constitutionnel au citoyen ordinaire.

Si la distance que le juge prend avec la volonté du constituant montre l'étendue des pouvoirs d'interprétation de celui-ci, elle révèle surtout le risque de partialité inhérent à l'activité du juge constitutionnel⁶⁴. En tout état de cause, cette attitude du juge, qui affaiblit l'autorité de la constitution sur laquelle repose par ailleurs sa légitimité, est difficile à comprendre. En effet, s'il est vrai que le juge peut être partial dans son interprétation, la précision du texte, même dans une perspective réaliste⁶⁵, demeure tout de même une limite pour le juge. En vérité, l'article 157 alinéa 2 de la constitution du Burkina Faso ne laisse pas place à la subjectivité du juge : le juge n'avait pas le choix entre deux significations. Il était tenu de déclarer la recevabilité des recours directs.

Au Togo, le juge constitutionnel profite du silence du constituant et du législateur pour déclarer irrecevable le recours des citoyens. Comme il l'affirme : « *s'il est constant que la Cour constitutionnelle est compétente pour connaître des violations des droits fondamentaux, aucune disposition constitutionnelle ou législative ne reconnaît cependant qualité à un citoyen de la saisir que par le biais de la procédure d'exception d'inconstitutionnalité* »⁶⁶. La Cour constitutionnelle togolaise procède à une interprétation très restrictive du silence du constituant. Pour elle, ce silence signifie l'interdiction de la saisine directe aux citoyens. Si une telle démarche peut être comprise, le juge constitutionnel togolais aurait pu cependant s'inspirer des stipulations de la charte africaine des droits de l'homme et des peuples et de celles du pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) pour interpréter le silence du

⁶² Décision n°2018-002/CC sur le recours en inconstitutionnalité de l'ordonnance n°69 précisant l'incidence financière des reconstitutions de carrière dont peuvent bénéficier les fonctionnaires et agents temporaires.

⁶³ Décision 2018031/CC sur la requête en inconstitutionnalité de l'article 14 de la loi n°008-2009/AN du 14 Avril 2009 portant financement des partis et formations politiques et campagnes électorales.

⁶⁴ A. DAVID, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, Thèse de doctorat, Université de Caen Normandie, 2021, p. 49.

⁶⁵ Sur la théorie réaliste de l'interprétation F. HAMON, M. TROPER, *Droit constitutionnel*, 42^{éd}, Paris, LGDJ, 2021, p. 79 ; Th. ACAR, « Retracer la controverse sur la théorie réaliste de l'interprétation », *RDP*, Décembre 2024, pp. 21-30.

⁶⁶ Décision n°C-001/09 du 14 janvier 2009, Observatoire national pour l'Unité (ONUTA). Voir dans le même sens Décision n° C-002/16 du 1er juin 2018 ; Décision n° C-007/98 du 15 juillet 1998.



constituant⁶⁷ ; d'autant que ces deux instruments font partie du bloc de constitutionnalité⁶⁸. À cet égard, l'article 14 alinéa 1 du PIDCP stipule que « *Tous sont égaux devant les tribunaux et les cours de justice. Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil* ». Sur la base de cette stipulation, le juge constitutionnel aurait pu, en faisant du droit au recours une condition du procès équitable, ouvrir son prétoire aux citoyens.

Sur la base du droit comparé français, le juge constitutionnel aurait pu adopter une approche libérale dans la détermination des principes et procédures applicables. À cet égard, un auteur a pu écrire, à propos de l'interprétation du principe d'égalité par le juge constitutionnel français, qu'« *il s'agit bien de la création d'une norme, puisque, du même texte primaire de la Déclaration, le Conseil aurait pu puiser une règle secondaire différente, en énonçant, par exemple, comme le font d'autres cours à partir du même principe fondamental d'égalité, que des personnes situées dans une situation différente doivent être traitées différemment* »⁶⁹. Il s'agit, ici, de défendre l'idée que le juge constitutionnel a un pouvoir normatif dont il peut faire usage pour étendre l'ouverture de la juridiction constitutionnelle aux citoyens, car dans un système de contrôle de constitutionnalité centralisé, l'accès au juge constitutionnel est le seul moyen pour garantir les droits constitutionnels. Par exemple, si le Pacte international relatif aux droits civils et politiques a garanti l'accès à un tribunal en matière pénale et civile, on sait très bien que le procès pénal ou civil peut se poursuivre devant le juge constitutionnel. La décision de ce dernier est souvent essentielle à la survie de l'action devant les juges de droit commun. En effet, les instances civiles et constitutionnelles peuvent être souvent si imbriquées qu'il est difficile de les dissocier sans fragiliser la protection des droits des justiciables⁷⁰. Dans ce cas, l'accès au juge constitutionnel apparaît comme une condition importante du procès équitable.

Comme on peut le constater, le prétoire du juge constitutionnel reste encore fermé pour le recours direct. Le même constat peut être également fait pour ce qui concerne le recours indirect. En effet, cette voie de recours est parfois obstruée.

2) Le recours indirect parfois enfermé

Si le constituant a parfois montré une réserve à l'égard de la saisine directe, ce n'est pas le cas pour le recours indirect. Cette voie de saisine existe au Burkina Faso, au Sénégal, au Togo, au

⁶⁷ Lire dans ce sens K. HOUNAKE, « Les infortunes du recours individuel devant la Cour constitutionnelle du Togo », in *Mélanges en l'honneur du Professeur AHADZI-NONOU Koffi, L'Etat inachevé*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2021, pp. 256 et ss.

⁶⁸ Préambule de la Constitution Togolaise du 14 octobre 1992.

⁶⁹ G. CANIVET, « De l'office du juge constitutionnel. Questions sur la retenue », *Revue de droit d'Assas*, n° 13-14, février 2017, p. 56.

⁷⁰ Ainsi, dans l'affaire RUIZ-MATEOS C/Espagne, alors que l'Etat espagnol faisait valoir que l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif à l'accès à un tribunal indépendant et impartial ne s'appliquait pas aux juridictions constitutionnelles, les requérants estimaient qu'ils ne pouvaient combattre l'expropriation devant le juge civil sans l'invalidation de ladite loi dont le tribunal constitutionnel était le seul compétent. La Cour européenne des droits de l'homme va s'inscrire dans la même logique que les requérants en soulignant qu'il « existait bien un lien étroit entre les objets respectifs des deux types de procédure : l'annulation par le tribunal constitutionnel des normes controversées aurait amené les juges civils à accueillir les prétentions de la famille RUIZ-MATEOS [...]. En l'occurrence les instances civiles et constitutionnelles apparaissent tellement imbriquées qu'à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants ». Voir <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22sort%22:%5B%22kupdate%20Descending%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-62395%22%5D%7D>. Consulté mardi le 05 novembre 2024 à 10h20mn.



Bénin, au Mali et en Côte d'Ivoire. L'accès au juge par cette voie peut être libéral ou contraignant. Dans le premier cas, l'énoncé constitutionnel n'impose pas de conditions, à l'exception du fait que le recours se fait dans le cadre d'une instance en cours. C'est le cas de la constitution de la Côte d'Ivoire en son article 135⁷¹. À la lecture de cet article, il apparaît que la saisine du Conseil constitutionnel est non seulement libre de tout filtre, mais également susceptible d'être effectuée directement par le plaideur. Par ailleurs, le juge constitutionnel a une interprétation large de la notion de plaideur. Il entend celle-ci au sens de justiciable. Ce qui a permis d'ouvrir le prétoire de la juridiction constitutionnelle aussi bien aux personnes physiques⁷² qu'aux personnes morales⁷³. En outre, en Côte d'Ivoire, l'objet de la saisine est plus étendu. Celle-ci peut se faire aussi bien pour ce qui est des libertés constitutionnelles que des autres matières constitutionnelles. Comme le laisse penser l'article 135 de la constitution ivoirienne, le constituant n'a pas voulu limiter l'objet de la saisine à une matière déterminée. Une telle lecture peut être également déduite de l'article 22 de la loi organique relative au Conseil constitutionnel sénégalais⁷⁴.

Quant au caractère contraignant de la saisine du juge, il résulte aussi bien du constituant que de l'interprétation que le juge fait de la volonté du constituant. Ainsi, le constituant peut cantonner l'accès au juge constitutionnel, par cette voie, de plusieurs manières. Il peut d'abord le faire en limitant l'objet de la saisine aux droits et libertés fondamentaux. Cette option qui existe en France⁷⁵ a été introduite au Togo par la constitution du 06 mai 2024⁷⁶. Le constituant togolais procède ainsi à un relatif enfermement de la saisine indirecte. Le constituant peut également le faire en limitant le cadre dans lequel le recours peut être effectué. À cet égard, si certaines constitutions évoquent la possibilité d'un recours devant tout tribunal⁷⁷, d'autres par contre, cantonnent ledit recours à la Cour d'appel, à la Cour de cassation ou à la Cour suprême. Ainsi, au Sénégal l'exception d'inconstitutionnalité ne « *pouvait avoir lieu que devant la Cour*

⁷¹ Celui-ci dispose que « Tout plaideur peut par voie d'exception, soulever l'inconstitutionnalité d'une loi devant toute juridiction. La juridiction devant laquelle la contestation de la loi est soulevée, sursoit à statuer et impartit au plaideur un délai de quinze jours pour saisir le Conseil constitutionnel. A l'expiration de ce délai, si le requérant ne rapporte pas la preuve de la saisine, la juridiction statue ».

⁷² Décision n° CI-2023-002/DCC/11-05/CC/SG du 11 mai 2023 relative à la requête de Monsieur DOUA Jean-Luc aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 354 de l'ancien code pénal et de l'article 182 de la loi n° 2018-975 du 27 de cembre 2018 portant code de procédure pénale et Décision n° CI-2021-002/04-02/DCC/CC/SG du 04 février 2021 relative à la requête du Cabinet SCPA KANGA-OLAYE & Associés aux fins de contrôle de constitutionnalité de l'article 128 de la loi n° 2014 du 24 mars 2014 portant Code minier et de l'article 135 du décret n° 2014-397 du 25 juin 2014 déterminant les modalités d'application de la loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier. Dans les deux espèces, les requérant sont bien successivement les personnes physiques DOUA Jean-Luc et KONGOZA N'Dri et autres.

⁷³ Décision n° CI-2019-004/DCC/25-06/CC/SG du 25 juin 2019 relative au recours en exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°2012-293 du 21 mars 2012 relative aux Télécommunications et aux Technologies de l'Information et de la Communication et Décision n° CI-2021-001/DCC/12-01/CC/SG du 12 janvier 2021 relative à la requête de la société MAERSK Côte d'Ivoire aux fins de contrôle de constitutionnalité de l'article 8 de la loi n° 2018-974 du 27 décembre 2018 portant statut des Commissaires de justice, telle que modifiée par la loi n° 2020-506 du 10 juin 2020. Dans les deux décisions ci-contre, les requérants sont bien les personnes morales MTN et MAERSCK.

⁷⁴ « Lorsque la solution d'un litige porté devant la Cour d'Appel ou la Cour suprême est subordonnée à l'appréciation de la conformité des dispositions d'une loi ou des stipulations d'un accord international à la Constitution, la juridiction saisit obligatoirement le Conseil constitutionnel de l'exception d'inconstitutionnalité ainsi soulevée et sursoit à statuer jusqu'à ce que le Conseil constitutionnel se soit prononcé... ».

⁷⁵ En France Le Conseil d'Etat et la Cour de Cassation ont un pouvoir d'appréciation sérieux de la question.

⁷⁶ Article 71 alinéa 1 « Lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, cette juridiction sursoit à statuer et saisit la Cour constitutionnelle dans les cinq (05) jours (...) ».

⁷⁷ Article 132 de la Constitution Nigérienne de la 7ème République ; article 157 alinéa 2 de la constitution Burkinabè ; article 104 alinéa 8 de la constitution togolaise de 1992 et ses modificatives



suprême ; ce n'est qu'à partir de 2016 qu'elle fut également admise devant la Cour d'appel. On peut déjà considérer une nette évolution »⁷⁸. Si le Doyen Isaac Yankhoba N'DIAYE a raison d'y voir une évolution par rapport à la solution de 1992 qu'il qualifiait de « forte restriction de la voie d'accès »⁷⁹, il faut tout de même faire remarquer que la solution de 2016 n'est pas toujours idéale. Elle enferme toujours le recours d'exception qui ne peut être soulevé devant tout juge.

La restriction de la saisine du juge peut être également du fait du juge. En effet, ce dernier peut par une interprétation restrictive enfermer sa saisine. C'est le cas du juge constitutionnel burkinabè, qui a une politique de fermeté procédurale. Cette politique de fermeté prend appui sur une lecture très restrictive des notions de citoyen et de tribunal. Il faut d'abord rappeler que l'article 157 alinéa 2 de la constitution du Burkina Faso qui consacre le recours indirect dispose que « (...) tout citoyen peut saisir le Conseil constitutionnel sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel qui doit intervenir dans un délai maximum de trente jours à compter de sa saisine ». Pour le Conseil constitutionnel burkinabè, il faut entendre le concept de citoyen au sens de l'« individu jouissant sur le territoire de l'État dont il relève des droits civils et politiques »⁸⁰. Une telle interprétation du Conseil constitutionnel, fondée sur la notion de citoyenneté politique a des conséquences importantes par rapport à l'accès au juge constitutionnel. Au nombre de ces conséquences figure l'exclusion des personnes morales de droit privé comme les entreprises⁸¹ et de droit public comme l'État⁸². Sont également exclues certaines catégories de personnes physiques parmi lesquelles les autorités administratives exerçant un pouvoir public comme les ministres, les secrétaires généraux de ministères, les directeurs généraux et directeurs d'administrations centrales. En effet, dans une décision rendue en 2021, le Conseil constitutionnel a déclaré irrecevable le recours en inconstitutionnalité exercé par ces personnalités sur le fondement de l'article 157 alinéa 2 de la Constitution au motif que « (...) ces autorités administratives sont des représentants de l'État et ne peuvent être assimilés à des citoyens au sens de l'article 157, alinéa 2, de la Constitution (...) »⁸³. L'interprétation très littérale du Conseil constitutionnel est critiquable et fragilise la protection

⁷⁸ I. Y. NDIAYE, « L'accès à la justice constitutionnelle au Sénégal », in N. DIOUF (dir), *Le Conseil constitutionnel sénégalais dans un contexte d'intégration régionale : passé, présent, devenir, Actes du Colloque de Dakar, 7 et 8 décembre 2020*, Dakar, L'Harmattan, 2021, p. 85.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ CC (Burkina Faso), Décision n°2020-0330/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 53 de la loi n°010-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, organisation, attributions, fonctionnement de la Cour administrative d'appel et procédure applicable devant elle.

⁸¹ Décision n°2018-033/CC sur requête aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité des articles 39 et 40 de la loi n°028-2017/AN du 18 mai 2017 portant organisation de la commercialisation de l'or et des autres substances précieuses au Burkina Faso, introduite par le cabinet SCPA SISSILI Conseils, Société d'avocats, au nom de messieurs KINDA Adama, OUEDRAOGO Mahamadi, KINDO Hamado et de la Société Comptoir des Métaux Précieux : « Considérant que la Société Comptoir des Métaux Précieux (...) ; que même représentée par son associée KINDO Adama, elle ne rentre pas dans les titulaires du droit de saisine du Conseil constitutionnels tels que définis à l'article 157, alinéa 2, de la Constitution ; que sa requête doit être déclarée irrecevable »

⁸² Décision n°2021-006/CC sur requête de l'Etat du Burkina Faso en exception d'inconstitutionnalité de l'article 90 de la loi n°032-2018/AN du 26 juillet 2018 portant création, composition, organisation, attributions et fonctionnement du Conseil d'Etat et procédure applicable devant lui : « Considérant que le citoyen se définit comme étant un individu jouissant sur le territoire de l'Etat dont il relève des droits civils et politiques ; que l'Etat ne peut être assimilé à un citoyen au sens de l'article 157, alinéa 2, de la Constitution ; qu'en conséquence, sa requête doit être déclarée irrecevable ».

⁸³ Décision n°2021-004/CC sur les requêtes de messieurs BAGORO Bessolé René, KABORE Lassané et sept (07) autres aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 53 de la loi n°010-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, organisation, attributions, fonctionnement de la Cour administrative d'appel et procédure applicable devant elle.



des droits constitutionnels des requérants. Dans l'espèce ci-contre, les requérants agissaient pour leur propre compte. Le procès initial en cassation devant le Conseil d'État⁸⁴ était lié au fait que leur responsabilité personnelle avait été engagée par le tribunal administratif dans le cadre d'une procédure de retenue sur le salaire des magistrats pour fait de grève⁸⁵, comme le prescrit l'article 34 alinéa 2 de la loi de 2016 sur les tribunaux administratifs⁸⁶. Dans la mesure où cette disposition distingue entre la responsabilité de l'administration et la responsabilité personnelle des agents, le juge constitutionnel devait distinguer la responsabilité de l'autorité administrative de la fonction qu'elle exerce. Les requérants ont donc bien agi en leur nom et non celui de l'Etat.

Par ailleurs, en second lieu, l'interprétation que le Conseil constitutionnel donne de la notion de citoyen conduit à écarté les personnes étrangères vivant au Burkina Faso, aussi bien de la jouissance de droits constitutionnels que de ceux du pacte international relatif aux droits civils et politiques qui font partie du bloc de constitutionnalité au Burkina Faso⁸⁷. Une telle approche est juridiquement critiquable. En effet, une lecture littérale de l'article 4 de la constitution permet de conclure que le constituant burkinabè a entendu élargir le bénéfice de la protection des droits constitutionnels, notamment le droit d'accès à une juridiction impartiale et indépendante⁸⁸, y compris le Conseil constitutionnel, aux personnes étrangères vivant sur le territoire burkinabè. Si pour participer à l'adoption d'une constitution, le statut de citoyen jouissant de droits politiques est requis, pour bénéficier en revanche des droits garantis par cette

⁸⁴ Conseil d'Etat (Burkina Faso), ordonnance de référé n°003-4 du 13 février 2023, BAGORO René et cinq (05) autres, Etat Burkinabè C/Kaboré Samuel et six (06) autres.

⁸⁵ Comme il ressort de l'ordonnance susmentionnée, en 2020 certains magistrats ont vu leurs salaires subir des retenues pour faits de grève suivant le mot d'ordre lancé courant février et mars 2020 par l'intersyndical des magistrats du Burkina Faso. Le 14 avril 2020, parmi les magistrats concernés, certains officiant à Banfora vont introduire une requête aux fins de mesures utiles devant la juridiction du Président du Tribunal administratif de Banfora pour voir ordonner la cessation des coupures positionnées sur leurs salaires du mois d'avril en cours et tout autre mois à venir. Par ordonnance N°02/2020 du 23 avril, le Président du Tribunal administratif de Banfora va ordonner la cessation des retenues du mois d'avril assorti l'exécution de sa décision d'une astreinte de retard de dix-millions (10 000 000) de francs CFA personnellement et solidairement sur monsieur BAGORO Bessolé René et huit (08) autres personnes. En 2021, par ordonnance n°03/2021 du 23 septembre 2021, le Président du Tribunal administratif de Banfora va décider liquidation des astreintes à la somme de sept cent quarante millions (740 000 000), à la charge personnelle de BAGORO Bessolé René et cinq (05) autres demandeurs au pourvoi sus-indiqué.

⁸⁶ « En cas d'inexécution d'une décision devenue exécutoire, rendue par une juridiction administrative contre l'Etat ou ses démembrés, les personnes physiques en charge des diligences nécessaires pour cette exécution peuvent voir leur responsabilité personnelle engagée devant le Conseil d'État », loi n°011-2016/AN portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux.

⁸⁷ Dans sa décision n°2018-033/CC sur la requête aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité des articles 39 et 40 de la loi n°028-2017/AN du 18 mai 2017 portant organisation de la commercialisation de l'or et des autres substances précieuses au Burkina Faso, introduite par le cabinet SCPA SISSILI Conseils, Société d'avocats, au nom de messieurs KINDO Adama, OUEDRAOGO Mahamadi, KINDO Hamado et la Société Comptoir des Métaux Précieux, le Conseil constitutionnel vise le pacte international relatif aux droits civils et politiques. De même dans sa décision n°2017-017/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 25 de la loi organique n°20/95/ADP portant composition et fonction de la Haute Cour de Justice et procédure applicable devant elle, modifiée par la loi organique n°017-2015/CNT du 21 mai 2015, dans son considérant 9 le Conseil constitutionnel marque : « Considérant que l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose que (...) ». Il en est de même dans le considérant 17 de sa décision n°2017-013/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité des articles 2, 21 et 33 de la loi organique n°20/95/ADP du 16 mai 1995 portant organisation et fonctionnement de la Haute Cour de Justice et procédure applicable devant elle, modifiée par loi organique n°017-2015/CNT du 21 mai 2015.

⁸⁸ Article 4, alinéa 1, de la Constitution Burkinabè : « Tous les Burkinabè et toute personne vivant au Burkina Faso bénéficient d'une égale protection de la loi. Tous ont droit à ce que leur cause soit entendue par une juridiction indépendante et impartiale ».



constitution, l'exigence d'une telle condition peut paraître abusive. On peut également constater qu'en droit comparé français, dans le cadre de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité, les personnes étrangères qui sont sur le territoire français peuvent saisir le Conseil constitutionnel⁸⁹.

De même, il serait incongru d'imaginer que le constituant ait entendu réserver l'exception d'inconstitutionnalité aux seuls citoyens burkinabè. Dans l'examen des travaux préparatoires à réforme constitutionnelle ayant consacré cette voie de recours en 2012⁹⁰ à la suite des réformes politiques initiées dans le cadre du Conseil consultatif des réformes politiques (CCRP), il n'apparaît nulle part, ni dans le compte rendu journalier⁹¹ ni dans le rapport général de la commission des lois de l'Assemblée nationale, une quelconque volonté restrictive. La raison d'être de cette réforme était de conférer un fondement constitutionnel à l'article 25 de la loi organique de 2000 relative au Conseil constitutionnel qui disposait ainsi : « *Lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité est soulevée par un justiciable devant une juridiction, quelle qu'elle soit, celle-ci est tenue de surseoir à statuer et de saisir le Conseil constitutionnel qui doit se prononcer sur la constitutionnalité du texte en litige dans le délai d'un mois qui court à compter de sa saisine par la juridiction concernée* ». Comme on peut bien le constater, le requérant dans l'article 25 de la loi organique est bien le justiciable et non le citoyen. Le justiciable peut être une personne morale comme une personne physique qui n'a pas nécessairement la citoyenneté burkinabè. Il semble qu'en s'inscrivant dans une perspective téléologique, le Conseil aurait pu donner une définition plus étendue de la notion de citoyen, en vue d'ouvrir davantage son prétoire. La retenue du juge constitutionnel burkinabè est d'autant plus incompréhensible que dans une décision de 2017, il mobilise aussi bien l'article 157, alinéa 2 de la constitution que l'article 25 de la loi organique pour déclarer recevable le recours en inconstitutionnalité du requérant qui est une personne morale⁹². Si la lecture combinée des deux dispositions a abouti, certes, à une décision isolée, on peut espérer que ce coup d'essai pavera la voie à une jurisprudence consolidée. Après tout, comme l'indiquent Louis FAVOREU et Thierry RENOUX, le recours juridictionnel ou la garantie d'accès à un tribunal peut être défini comme « *le droit pour toute personne physique ou morale, française ou étrangère, d'accéder à la justice pour y faire valoir ses droits* »⁹³.

La notion de juridiction est, de même, essentielle, dans le cadre de la saisine indirecte du juge constitutionnel. C'est d'ailleurs une question centrale. Si le recours est reconnu aux justiciables, cela ne peut s'exercer que dans le cadre d'un procès devant une juridiction. De ce fait, l'interprétation que le juge constitutionnel peut donner à la notion de juridiction peut contribuer à l'ouverture ou à la fermeture de son prétoire.

Le problème se pose moins pour les juridictions classiques, car l'exception peut être soulevée devant le procureur⁹⁴, la chambre d'instruction⁹⁵, le tribunal militaire⁹⁶, le tribunal de grande

⁸⁹ Décision n° 2024-1091/1092/1093 QPC du 28 mai 2024.

⁹⁰ La loi constitutionnelle du 11 juin 2012.

⁹¹ Conseil consultatif sur les réformes politiques, compte rendu des travaux du 4 juillet 2011.

⁹² Décision n°2017-008/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 31 de la loi n°007-2010/AN du 29 janvier 2010 portant modification du code des investissements.

⁹³ L.FAVOREU et Th.S. RENOUX, « Le contentieux constitutionnel des actes administratifs », *Répertoire Dalloz du contentieux administratif*, Sirey, 1992, p. 90 s.

⁹⁴ Décision n°2018-004/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 9 de la loi n°017/99/AN du 29 avril 1999 portant Code des drogues.

⁹⁵ Décision n°2023-09/CC sur l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 261-133, alinéas 1 et 3, de la loi n°040-2019/AN du 29 mai 2019 portant Code de procédure pénale.

⁹⁶ Décision n°2018-006/CC sur le recours en inconstitutionnalité de l'article 14 de la loi n°24/94/ADP du 24 mai 1994 portant Code de justice militaire et 18, alinéa 3, de loi modificative n°044-2017/AN du 04 juillet 2017.



instance⁹⁷, le tribunal criminel⁹⁸, le tribunal administratif⁹⁹, le juge de commerce¹⁰⁰, la Cour d'appel, le Conseil d'État ou la Cour de cassation, la Haute Cour de Justice¹⁰¹, pour les pays qui ne limitent pas l'exception d'inconstitutionnalité aux seules Cours suprêmes ou d'appel. En revanche, la situation est plus complexe pour les juridictions administratives spécialisées. Cette catégorie est composée d'organes divers parmi lesquels les organes professionnels qui prononcent des sanctions disciplinaires et les autorités administratives indépendantes de régulation dotées de pouvoir de sanction. La multiplication de ces derniers et l'importance des sanctions qu'ils prononcent ont conduit par exemple la Cour européenne des droits de l'homme à leur reconnaître le statut de tribunal et, par ricochet, à exiger d'eux le respect des principes du procès équitable¹⁰².

La jurisprudence du Conseil constitutionnel burkinabè illustre, cependant, une conception restrictive de la notion de juridiction. Par extension, le prétoire est fermé aux justiciables des juridictions administratives spécialisées comme on peut le constater dans des exceptions soulevées devant le Conseil de discipline du Conseil supérieur de la magistrature. En effet, dans quatre décisions rendues en 2018¹⁰³, le Conseil déclare irrecevable les recours des requérants, à partir d'une interprétation restrictive de l'article 126 de la constitution du Burkina Faso relative l'énumération des juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif¹⁰⁴. Sans

⁹⁷ Décision n°2018-033/CC sur la requête aux de déclaration d'inconstitutionnalité des article 39 et 40 de la loi n)028-2017/AN du 18 mai 2017 portant organisation de la commercialisation de l'or et des autres substances précieuses au Burkina Faso, introduite par le cabinet SCPA SISSILI Conseils, Société d'avocats, au nom de messieurs KINDO Adama, OUEDRAOGO Mahamadi, KINDO Hamado et de la Société Comptoir des Métaux Précieux.

⁹⁸ Décision n° CI-2023-002/DCC/11-05/CC/SG du 11 mai 2023 relative à la requête de Monsieur DOUA Jean-Luc aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 354 de l'ancien code pénal et de l'article 182 de la loi n° 2018-975 du 27 de cembre 2018 portant code de procédure pénale : l'exception ayant conduit à cette décision avait été soulevé devant le tribunal criminel de Man en Côte d'Ivoire

⁹⁹ Décision n°2021-014/CC sur la requête de la Société Burkinabè de Promotion Hôtelière (SBPH-SA) aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 19, alinéa 3, de la loi n°011-2016/AN du 26 avril 2016 portant création, composition, attributions, fonctionnement des tribunaux administratifs et procédure applicable devant eux.

¹⁰⁰ Décision n° CI-2021-081/DCC/17-03/CC/SG du 17 mars 2021 relative à la requête du Cabinet SCPA KANGA-OLAYE & Associés aux fins de contrôle de constitutionnalité de l'article 128 de la loi n° 2014-138 du 24 mars 2014 portant Code minier : L'exception ayant conduit à cette décision avait été soulevée devant le Tribunal de comme d'Abidjan.

¹⁰¹ Décision n°2017-016/CC sur la déclaration d'inconstitutionnalité de la loi organique n°20/95/ADP du 16 mai 1995 portant composition et fonctionnement de la Haute Cour de Justice et procédure applicable devant elle, modifiée par la loi organique n°017-2015/CNT du 21 mai 2015 : l'exception ayant conduit à cette décision d'irrecevabilité pour autorité de la chose jugée avait été soulevée devant la Haute Cour de Justice.

¹⁰² CEDH, 11 juin 2009, n°5242/04, *DUBUS SA C/France* ; F. SUDRE et C. PICHERAL (dir.), La diffusion du modèle européen du procès équitable, Paris, La documentation française, 2003, pp. 197-329.

¹⁰³ Décision n°2018-005/CC sur le recours en inconstitutionnalité des articles 17 et 30 de la loi organique n°049-2015/CNT du 25 août 2015 portant organisation, composition, attributions et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature et 137 de loi organique n°050-2015/CNT du 25 août 2015 portant statut de la magistrature ; Décision n°2018-007/CC sur le recours en exception d'inconstitutionnalité des articles 17, alinéa 2, et 30 de la loi organique n°049-2015/CNT du 25 août 2015 portant organisation, composition, attributions et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature et 137, alinéa2, de la loi organique n°050-2015/CNT du 25 août 2015 portant Statut de la magistrature ; Décision n°2018-008/CC sur la requête en exception d'inconstitutionnalité des articles 17 et 30 de la loi organique n°049-2015/CNT du 25 août 2015 portant organisation, composition, attributions et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature et de l'article 137 de la loi organique n°050-2015/CNT portant Statut de la magistrature ; Décision n°2018-009/CC sur le recours en inconstitutionnalité des articles 12, 14,17 et 37 de la loi organique n°049-2015/CNT du 25 août 2015 portant organisation, composition, attributions et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature.

¹⁰⁴ Article 126 de la Constitution Burkinabè : « Les juridictions de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif au Burkina Faso sont : la Cour de cassation ; le Conseil d'Etat ; la Cour des comptes ; le Tribunal des conflits ; les Cours et les Tribunaux institués par la loi. Ces juridictions appliquent la loi en vigueur ».



avoir procédé à une définition préalable de la notion de juridiction, le juge constitutionnel prend acte de l'absence du Conseil de discipline parmi les juridictions identifiées par l'article 126 pour déduire que l'exception des requérants n'a pas été soulevée devant une juridiction¹⁰⁵. On ne peut suivre le Conseil constitutionnel dans sa démarche, car les juridictions administratives spécialisées sont bien connues en droit administratif et le Conseil de discipline du Conseil supérieur de la magistrature en est une. Il en est de même des chambres disciplinaires de l'ordre des médecins¹⁰⁶. Le recours en exception d'inconstitutionnalité devrait être admis devant les juridictions administratives spécialisées qui constituent avec les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et le Conseil d'État l'ordre administratif. À ce propos, en droit comparé français, la question prioritaire de constitutionnalité peut être soulevée devant les juridictions administratives spécialisées comme l'illustrent bien les exemples du conseil de discipline du Conseil supérieur de la magistrature¹⁰⁷, des juridictions financières administratives¹⁰⁸ et de la chambre disciplinaire de l'ordre des médecins¹⁰⁹. Il s'agit donc d'une exigence de l'unité et de la diversité de la juridiction administrative¹¹⁰.

Comme on peut le constater, si l'accès au juge constitutionnel est ouvert au justiciable aussi bien par le recours direct et indirect, des efforts restent encore à faire pour ouvrir davantage le prétoire du juge constitutionnel. Une telle perspective ne peut s'accommoder d'un juge constitutionnel dont l'impartialité est encore discutée.

B) L'impartialité discutée du juge

L'une des conditions du procès équitable c'est l'impartialité du juge. Autrement dit, le juge ne saurait avoir un parti pris¹¹¹. Si l'impartialité et l'indépendance sont souvent étroitement liées, ils peuvent cependant être dissociés. L'indépendance est relative aux rapports extérieurs de la juridiction alors que l'impartialité est relative aux rapports internes entre la juridiction et les parties¹¹². Dans ce sens, l'impartialité peut être subjective ou objective. Si la première est liée à la personne du juge, à son for intérieur, la seconde, elle, consiste à « *raisonner indépendamment de la conduite personnelle d'un juge et à se demander si certains faits vérifiables peuvent susciter chez le justiciable des doutes objectivement justifiés sur l'impartialité du juge* »¹¹³. Compte tenu de la difficulté voire de l'impossibilité d'appréhender

¹⁰⁵ « Considérant que l'exception d'inconstitutionnalité des articles (...) de la loi organique (...), n'est pas invoquée dans le cadre d'une instance pendant devant une juridiction ; qu'en conséquence, le recours doit être déclaré irrecevable en application de l'article 157 de la constitution ». Il s'agit du considérant n°5 de la Décision n°009/CC sur le recours en inconstitutionnalité des articles 12, 14, 17 et 37 de la loi organique n°049-2015/CNT du 25 août 2015 portant organisation, composition, attributions et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature. On retrouve le contenu de ce considérant dans les trois autres décisions.

¹⁰⁶ Comme le dispose respectivement les articles 25 et 28 de la loi n° 028-2012/AN portant création, attributions, organisation et fonctionnement de l'ordre national des médecins du Burkina Faso pour ce qui de la chambre disciplinaire du Conseil régional et de la chambre nationale disciplinaire pour ce qui du Conseil national.

¹⁰⁷ Décision n° 2024-1097 QPC du 26 juin 2024. Disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2024/20241097QPC.htm>. Lire également la décision de renvoi du Conseil d'Etat : [Décision n° 2024-1097 QPC du 26 juin 2024 - Décision de renvoi CE | Conseil constitutionnel](#).

¹⁰⁸ Décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014. Disponible sur <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/2014-10-24/decision-2014-423-qpc-24-octobre-2014>.

¹⁰⁹ Décision du 23 février 2023 N° 15715 /QPC. Il s'agit de décision de non renvoi au conseil d'Etat. Disponible <https://qpc360.conseil-constitutionnel.fr/2023-02-23/arnaud-decision-23-fevrier-2023-15715-qpc>.

¹¹⁰ Sur l'Unité et la diversité de la juridiction administrative lire : CE sect., 27 février 2004, *Popin*, in J.-C. BONICHOT (also), *Les grands arrêts du Contentieux administratif*, 6éd, Paris, Dalloz, 2018, pp.3-35.

¹¹¹ L. CADDIET, J. NORMAND, S.A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, 3éd, Paris, PUF, 2020, p. 540.

¹¹² Y. S. DUMARTIN, « La mise à l'épreuve de l'exigence d'impartialité au Conseil constitutionnel : examen des risques de partialité et des mécanismes de garanties », *op.cit.*, p. 685.

¹¹³ B. PLESSIX, *Droit administratif général*, 4éd, Paris, LexisNexis, 2022, p. 479.



l'impartialité subjective, il convient de se focaliser sur l'impartialité objective. Dans cette perspective, il sera démontré d'une part que l'impartialité du juge est incertaine en raison de l'existence de sources de partialité (1), et d'autre part que la garantie de l'impartialité du juge est malaisée (2).

1) L'existence de sources de partialité avérée

Les sources de partialité envisagées ici résultent des insuffisances du statut du juge constitutionnel. Ces insuffisances sont relatives notamment à la possibilité offerte ou déniée au juge de mener une double vie¹¹⁴. Par la double vie, il faut entendre la situation de certains juges qui ont deux vies professionnelles concomitantes ou successives. À cet égard, ils sont juges, mais également avocats, commerçants, industriels, salariés ou même militaires¹¹⁵. Cette double vie concerne également les juges constitutionnels de l'espace étudié, car n'étant pas juges constitutionnels de carrière, ils ont tous une « première vie »¹¹⁶ dans le monde politique, administratif, universitaire ou judiciaire.

On distinguera, pour les besoins de l'analyse, à la suite de Alexia DAVID, la double vie actuelle et la double vie passée¹¹⁷. La double vie actuelle ou présente fait référence à situation du juge constitutionnel qui exerce une autre activité simultanément avec son mandat de juge constitutionnel. Quant à la double vie passée, elle est relative à la vie passée du juge et vise à appréhender dans quelle mesure les activités exercées précédemment, par le juge, peuvent avoir un impact significatif sur l'impartialité attendue de ce dernier.

Si de façon générale, à l'exception du cas des enseignants-chercheurs dont l'indépendance a été consacrée par la jurisprudence française¹¹⁸, le statut du juge constitutionnel est aménagé de sorte à empêcher celui-ci de mener une double vie présente, sans pouvoir l'empêcher. La situation est beaucoup plus complexe pour la vie passée du juge. Pour ce qui concerne les enseignants-chercheurs, elle ne vaut réellement que pour le Burkina Faso. Nous y reviendrons dans le point suivant.

La vie passée du juge constitutionnel est une source de partialité parce qu'elle est jalonnée de partis pris et préjugés¹¹⁹. Ces partis pris, liés aux fonctions exercées avant la nomination du juge interrogent sur sa capacité à rester impartial dans ses nouvelles fonctions de juge constitutionnel. Au regard de ces partis pris, le juge ne bénéficierait plus d'une présomption réfragable d'impartialité, mais plutôt d'une présomption irréfragable de partialité. C'est toute la problématique de la composition des juridictions constitutionnelles qui est en jeu ici.

Cette partialité résulte essentiellement des fonctions politiques que le juge aurait exercées dans une vie antérieure. À cet égard, plusieurs juges constitutionnels ont été ministres ou parlementaires. Parmi ceux-ci, certains sont même passés directement du gouvernement au Conseil ou à la Cour constitutionnelle. Or, si la fonction de ministre est accessoirement administrative, elle est fondamentalement politique. Le ministre exerce une fonction politique

¹¹⁴ F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité ? », in *Liber amicorum Paul Martens, L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?* Bruxelles, Larcier, 2007, p. 485-509.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 496.

¹¹⁶ P. DEUMIER, « Le Conseil constitutionnel, juridiction impartiale et indépendante ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2012, p. 481.

¹¹⁷ A. DAVID, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, *op.cit.*, p.137-138.

¹¹⁸ Cons. const., déc. n° 83-165 DC du 20 janv. 1984; Cons. const., déc. n° 93-322 DC du 28 juill. 1993, Loi relative aux établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 138.



parce qu'il participe à la fonction législative de l'État, fonction politique par excellence. Ainsi, pendant l'exercice de sa mission ministérielle, il conduit la politique législative de son département ou est solidaire de la politique législative du gouvernement au regard de la solidarité qui découle du principe de la collégialité de l'action gouvernementale¹²⁰.

Chargé de faire adopter une loi, le ministre conduit le processus d'adoption des projets de loi au niveau du gouvernement. Dans ce cadre, il est amené à prendre des positions, soit pour convaincre l'opinion de la pertinence de ses projets, soit devant le parlement, pour affaiblir les résistances des parlementaires en vue de l'adoption de ses projets. Ce fut le cas, au Burkina Faso, d'un magistrat qui a conduit pendant plus de cinq ans les réformes du secteur de la justice en qualité de ministre, avant d'être nommé Conseiller spécial du chef de l'État, chargé des affaires juridiques. Au moment de sa nomination, il était chargé de mission du ministre de la Justice. Un tel juge constitutionnel peut-il prendre le recul nécessaire pour apprécier, avec la distance et la neutralité¹²¹ souhaitées, un texte dont il avait conduit l'adoption, qui est soumis au contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'un recours indirect ou direct¹²² ? La même remarque vaut pour un avocat qui a été nommé président du Conseil constitutionnel, après avoir été quelques mois plus tôt ministre de la Justice. Quand on connaît l'importance stratégique des juridictions constitutionnelles dans le processus législatif et la réalisation des réformes, on peut estimer que de tels choix ne sont pas neutres. On est d'autant plus conforté dans cette analyse que depuis sa nomination à la tête du Conseil constitutionnel, il a donné l'image d'une institution de légitimation de réformes constitutionnelles controversées et parfois « illibérales », dé-consolidantes du constitutionnalisme et de l'État de droit au Burkina Faso¹²³. Si le Conseil constitutionnel décide de façon collégiale, son président dispose d'énormes pouvoirs, dont celui de désignation du juge rapporteur. Aussi, en cas de partage égal de voix, la sienne est prépondérante¹²⁴. Il est d'ailleurs le vrai maître de la politique jurisprudentielle de l'institution.

Au Bénin également, la problématique de la double vie a jeté une ombre sur la solide réputation d'impartialité de la Cour constitutionnelle. Celle-ci a en effet été dirigée par un grand juriste qui, avant sa nomination comme membre et son élection comme président de l'institution a été successivement avocat d'un futur chef d'État qui, une fois élu en 2016, l'a nommé la même année comme ministre de la justice ; maroquin qu'il abandonne le 05 mai 2018 pour se faire élire président de la Cour constitutionnelle le 07 juin 2018. Après avoir sans doute achevé sa mission, il démissionne de son poste quatre ans plus tard pour prendre la direction du plus grand parti de la majorité présidentielle. Cette carrière fulgurante n'a pu s'effectuer sans l'onction du Président Patrice TALON. Celui-ci avait en effet besoin de « l'accompagnement » de la juridiction constitutionnelle, laquelle constitue un rouage essentiel pour l'adoption de certaines réformes¹²⁵. Parmi ces réformes initiées figure celle du droit de grève, laquelle avait été déclarée

¹²⁰ Article 68 de la Constitution burkinabè du 11 juin 1991 : « Les membres du Gouvernement sont responsables de la direction de leurs départements respectifs devant le Premier ministre. Ils sont solidairement responsables des décisions du Conseil des ministres ».

¹²¹ Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 21 décembre 2018, consulté le 10 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5618> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5618>, pp. 1-26.

¹²² Une telle hypothèse suppose que le texte soumis fait l'objet de modification par le parlement.

¹²³ Cf décisions relatives à la réforme du secteur de la justice : Décision 2024-10/CC sur la conformité à la Constitution de la loi organique n°007-2024/ALT du 26 avril 2024 portant attributions, composition, organisation et fonctionnement du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) ; Décision 2024-11/CC sur la conformité à la Constitution de la loi organique n°006-2024/ALT du 26 avril 2024 portant modification de la loi organique n°050-2015/CNT du 25 août 2015 portant statut de la magistrature.

¹²⁴ Article 18 Loi organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement constitutionnel et procédure applicable devant lui.

¹²⁵ Au regard de cette évolution, les gouvernants, au regard des pouvoirs de nominations qu'ils tiennent des constitutions envisagent influencer leur composition. Voy. Dans ce sens : M.F.-WATOR, « Déconstruction et



inconstitutionnelle par la précédente Cour constitutionnelle. En effet, le 28 décembre 2017, l'Assemblée nationale du Bénin a adopté une loi portant statut général de la fonction publique dont une disposition interdisait le droit de grève aux fonctionnaires des secteurs de la justice et de la santé. C'est à l'occasion du contrôle de constitutionnalité de cette loi que la Cour constitutionnelle avait rendu une décision d'inconstitutionnalité, sous la présidence du Pr. Théodore HOLO¹²⁶. La solution de la Cour a été identique en ce qui concerne la suppression du droit de grève des magistrats¹²⁷ et du personnel de la Police nationale¹²⁸. Il est remarquable de noter que ces différentes décisions d'inconstitutionnalité ont fait l'objet d'un recours en interprétation à l'occasion duquel la nouvelle Cour constitutionnelle a rendu ses premières décisions. Ce fut l'occasion pour l'ancien ministre de la Justice devenu président de la Cour constitutionnelle d'apprécier la constitutionnalité de lois qu'il avait défendues directement ou indirectement en tant que membre d'un gouvernement. Dans ces conditions, peut-on dire que son impartialité n'était pas sujette à contestation ? Qui plus est, au nom de l'impératif constitutionnel de continuité de l'État, les nouveaux sages n'ont pas craint, comme le souhaitait l'exécutif, de décider d'un revirement jurisprudentiel en déclarant conforme à la Constitution les dispositions qui avaient été déclarées inconstitutionnelles par la précédente Cour.

Il faut apprécier le risque de partialité en ayant à l'esprit qu'au Bénin plus qu'ailleurs en Afrique, la Cour constitutionnelle joue un rôle éminemment stratégique dans le processus législatif. Elle est parvenue à la suite d'une politique jurisprudentielle très audacieuse et protectrice du constitutionnalisme¹²⁹ à se tailler une stature proche de la Cour suprême aux États-Unis¹³⁰. Sans exagérer, on peut dire qu'au Bénin, pour paraphraser Anne DEYSINE, l'avenir des réformes et peut-être celui de la société et du système politique, comme devant la Cour suprême américaine, se jouaient en partie devant la Cour constitutionnelle¹³¹. Ce temps semble bien révolu.

Le risque de partialité n'est pas également à minimiser pour les professeurs d'université qui, dans leur vie antérieure ont pu animer des conférences publiques, faire des consultations

reconstruction du Tribunal constitutionnel polonais. Du déclin aux perspectives de refondation de l'institution », *RDP*, Juin 2024, pp. 37-43 ; El H. LOUISE AIT, « Politisation de la justice constitutionnelle en Espagne : éléments de réflexion sur les blocages institutionnels lors du renouvellement des membres du tribunal constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, n°137, 2024, pp. 141-156.

¹²⁶ Dans la décision DCC 18-001 du 18 janvier 2018, Considérant 16, il « échet pour la Cour de dire et juger que l'alinéa 5 de l'article 50 nouveau prévu par l'article 1er de la loi sous examen excluant de la jouissance du droit de grève les militaires, les agents des forces de sécurité publique et assimilés (gendarmes, policiers, douaniers, agents des Eaux-Forêts et Chasses, sapeurs-pompiers), le personnel de la santé, le personnel de la justice, les personnels de l'administration pénitentiaire, les personnels de transmission opérant en matière de sûreté et de sécurité de l'État est également contraire à l'article 31 précité de la Constitution ».

¹²⁷ Décision DCC 18-003 du 22 janvier 2018.

¹²⁸ Décision DCC 18 – 004 du 23 janvier 2018.

¹²⁹ J.AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue française de droit constitutionnelle*, n°99, 2014, p. 716. Voir également A. B. FALL, « Le juge constitutionnel béninois, avant-garde du constitutionnalisme africain ? », in *La constitution béninoise du 11 décembre 1990. Un modèle pour l'Afrique ? Mélanges en honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 717-728 ; J.-L. ATANGANA-AMOUGOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin comme modèle de justice constitutionnelle en Afrique ? », *Mélanges en honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE, op. cit.*, pp. 647-660 ; TH. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle au Bénin », *Pouvoirs*, n° 129, 2009, pp. 101-113.

¹³⁰ E. ZOLLER, « Considération sur les causes de la puissance de la Cour suprême des États-Unis et de sa retenue », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°33, 2011, pp. 232-251. Voir également La Cour suprême des États-Unis, *Revue Pouvoirs*, n°59, 1991, 232p. ; S.BREYER, La Cour suprême des États-Unis : Pouvoir et Contre-Pouvoir, *La Revue Européenne du Droit*, n°2, mars 2021, pp. 82-89.

¹³¹ A. DEYSINE, « Les pouvoirs de la Cour suprême », *Revue Esprit*, 2020, <https://esprit.presse.fr/article/anne-deysine/les-pouvoirs-de-la-cour-supreme-43019>. Consulté le 13 novembre 2024 à 14h49mn.



juridiques ou prendre des positions publiques. Ces partis pris peuvent d'une façon ou d'une autre altérer l'impartialité du juge, du moins la perception de son impartialité

Si des mécanismes de garanties juridiques ont été consacrés pour réduire le risque de partialité du juge, on note qu'ils sont encore insuffisants à produire les effets attendus. Il apparaît donc que la garantie de l'impartialité du juge constitutionnel est malaisée.

2) La garantie malaisée de l'impartialité

Pour garantir l'impartialité du juge constitutionnel et conforter la légitimité des décisions de celui-ci, un régime d'incompatibilité auquel s'ajoute une stricte obligation de réserve ont été adoptés. Si ces deux mécanismes sont adaptés à la double vie présente du juge constitutionnel, ils ne permettent pas de saisir sa double vie passée. Par ailleurs, on peut noter que, si en principe le régime d'incompatibilité devrait s'appliquer également aux professeurs d'université, dans la pratique, dans certains pays, ceux-ci continuent d'exercer simultanément leur fonction avec celui de juge constitutionnel. Cela signifie que dans ces pays la double vie du professeur de droit, membre d'une juridiction constitutionnelle est cantonnée.

Le régime d'incompatibilité qui vise à éviter les conflits d'intérêts tient compte de l'évolution des juridictions constitutionnelles. Ces dernières ne sont plus appréhendées comme des organes politiques, mais plutôt comme des juridictions dont les décisions irriguent l'ordre juridique en touchant aussi bien les acteurs publics, les individus et le secteur privé. Dans ce sens, le régime d'incompatibilité est relativement complet dans les pays sous étude, et souvent sévère. Il est relativement complet parce qu'il couvre un large éventail de fonctions. Ainsi sont interdits le cumul avec l'exercice de toute fonction politique, de tout emploi public et de toute activité privée¹³². Lorsque les fonctions politiques ne sont pas énumérées, de façon exhaustive, par le texte constitutionnel ou les textes infraconstitutionnels, on peut faire remarquer qu'elles couvrent aussi bien les fonctions de membre de gouvernement que de celles pour lesquelles un mandat électif est exigé¹³³. Dans ce cas, il peut s'agir de fonction de parlementaire que d'élus locaux¹³⁴. Quant à l'interdiction du cumul avec tout emploi public, on peut penser qu'il s'agit des emplois et fonctions de l'administration publique et les emplois occupés dans les démembrements de l'État. Alors que l'interdiction avec les activités professionnelles ferait référence à la profession d'avocat, d'officier ministériel, d'auxiliaire de justice et des activités dans les entreprises privées comme les fonctions d'administrateurs de sociétés¹³⁵. Il est attendu du juge constitutionnel qu'il consacre l'intégralité de son temps à sa fonction de juge. Qu'il n'exerce que celle-ci et rien que celle-ci. S'il lui arrivait d'y contrevenir, il pourrait être passible de sanction. D'où la sévérité du régime en certains endroits. En Côte d'Ivoire, le régime de sanction a connu une évolution. Si sous le régime de la loi organique de 2001, le juge constitutionnel qui enfreignait l'interdiction de cumul faisait d'abord l'objet d'une audition par le Conseil constitutionnel avant que sa démission ne soit prononcée, le cas échéant, par le

¹³² Article 92 de la constitution Ivoirienne reprise par article 7 de la loi organique Ivoirienne n°2022-222 du 25 mars 2022 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

¹³³ Au Sénégal l'article 6 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel dispose que : « Les fonctions de membre du Conseil constitutionnel sont incompatibles avec la qualité de membre du Gouvernement ou d'un cabinet ministériel, avec l'exercice d'un mandat électif, avec l'exercice des professions d'avocat, d'officier ministériel, d'auxiliaire de justice et toute activité professionnelle privée. L'exercice de toute autre activité publique doit être autorisé par le Conseil ».

¹³⁴ Article 9 alinéa 4 de la loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle.

¹³⁵ Article 6 de la loi l'organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du constitutionnel et procédure applicable devant lui (Burkina Faso).



Conseil constitutionnel¹³⁶ ; sous le régime de la loi organique de 2022, cette démission est d'office¹³⁷. On retrouve au Bénin, également, le régime de la démission d'office¹³⁸. Au Sénégal et au Burkina Faso, le législateur organique n'a pas jugé bon de préciser si le cumul d'activités incompatibles pendant l'exercice du mandat d'un juge donne lieu à démission.

Le régime d'incompatibilité reste cantonné cependant à l'égard des professeurs d'université, notamment au Burkina Faso. Nonobstant l'interdiction ferme d'exercer toute autre activité, ceux-ci continuent d'exercer leur activité professionnelle. Cette pratique *contra legem* semble s'inspirer du modèle français où, avant la réforme de 2013¹³⁹, les incompatibilités professionnelles des membres du Conseil constitutionnel étaient alignées sur celles des parlementaires¹⁴⁰. Ainsi, les professeurs de droit, membres du Conseil constitutionnel français, pouvaient continuer d'exercer leurs chaires à l'université¹⁴¹. Une telle perspective n'existe plus depuis la réforme de 2013 qui consacre que désormais « *l'exercice des fonctions de membre du Conseil constitutionnel est incompatible avec l'exercice de toute fonction publique et de toute autre activité professionnelle ou salariée* »¹⁴². Toutefois, « *les membres du Conseil constitutionnel peuvent [...] se livrer à des travaux scientifiques, littéraires ou artistiques* »¹⁴³. Si on ne retrouve pas cette dérogation dans les pays sous étude, l'article 6 de la loi organique du Sénégal laisse ouverte, cependant, une porte sous l'encadrement du Conseil constitutionnel. En tout cas, c'est l'interprétation qu'on peut faire de la phrase « (...) *L'exercice de toute autre activité publique doit être autorisé par le Conseil* »¹⁴⁴.

La majesté de la fonction a conduit à adjoindre au régime d'incompatibilité l'obligation d'observer une réserve. Celle-ci est concrétisée par plusieurs devoirs tantôt énumérés dans le serment du juge constitutionnel, tantôt consacrés indépendamment du serment sans être différents du point de vue du contenu.

S'agissant du devoir de réserve, il peut être absolu ou relatif. Il est absolu lorsqu'il est attendu du juge qu'il ne prenne aucune position publique dans les domaines juridique, politique, économique ou social¹⁴⁵. Il est, par contre, relatif lorsqu'il n'a trait qu'aux questions pour lesquelles le juge constitutionnel peut rendre une décision ou a rendu une décision¹⁴⁶. Cette obligation d'observer une réserve se décline également en interdiction de dévoiler le secret des délibérations et des votes, en interdiction de donner des consultations privées sur les questions

¹³⁶ Article 6 alinéa 2 de loi organique n°2001-303 du 15 juin 2001 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

¹³⁷ Article 7 alinéa 2 de la loi organique Ivoirienne n°2022-222 du 25 mars 2022 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

¹³⁸ Article 10 loi organique n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique de la Cour constitutionnelle.

¹³⁹ Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique, J.O.R.F. du 12 Octobre 2013.

¹⁴⁰ Loi organique n° 95-63 du 19 janvier 1995 relative à la déclaration de patrimoine des membres du Parlement et aux incompatibilités applicables aux membres du Parlement et à ceux du Conseil constitutionnel.

¹⁴¹ Sur les professeurs de droit membre du Conseil constitutionnel français lire P. CASTERA, Les professeurs de droit membres du Conseil Constitutionnel, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, 640 p.

¹⁴² Article 3 de la loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ Article 6 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel.

¹⁴⁵ Article 53 de la loi organique Ivoirienne n°2022-222 du 25 mars 2022 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel ; article 7 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel.

¹⁴⁶ Article 14 de la loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle ; article 8 de la loi l'organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du constitutionnel et procédure applicable devant lui (Burkina Faso).



qui relèvent de la compétence du juge constitutionnel¹⁴⁷. Au Bénin, cette interdiction n'est pas exclusive des communications à caractère scientifique pour autant que de telles publications soient dans le sens et dans l'esprit des décisions rendues par la Cour constitutionnelle¹⁴⁸. On comprend qu'une telle exigence soit incompatible avec l'indépendance et l'esprit critique attendus d'un professeur de droit. Par conséquent, au Bénin les professeurs de droit membre de la Cour constitutionnelle devraient exercer leur fonction de juge constitutionnel de façon exclusive.

Si le régime d'incompatibilité et l'obligation de réserve tels qu'organisés garantissent l'impartialité du juge en évitant la concomitance des vies¹⁴⁹, ils sont insuffisants à contenir le risque de partialité lié à la double vie passé du juge. C'est la raison pour laquelle la garantie de l'impartialité du juge est encore malaisée. Elle demande à être améliorée pour prendre suffisamment en compte les sources de partialité liées à la vie antérieure du juge. Cette amélioration peut se faire aussi bien par la consécration du mécanisme de déport que la récusation. Ces deux mécanismes n'existent pas dans les juridictions constitutionnelles sous étude, ni de façon informelle, ni de façon formelle. Si de telles insuffisances pouvaient s'expliquer par la perception des juridictions constitutionnelles comme organes politiques, elles ne se justifient plus dans un environnement où l'action du juge constitutionnel est appréhendée sous l'angle d'un procès. L'absence de ces mécanismes conduit les auteurs de lois à participer au délibéré des juridictions constitutionnelles.

Le déport est un acte volontaire. Il suggère qu'un juge constitutionnel soucieux de garantir l'impartialité de la juridiction constitutionnelle, dans une affaire où sa partialité est supposée ou réelle, décide de s'abstenir de siéger. Comme l'indique le vocabulaire juridique, le déport consiste pour le juge de s'abstenir de siéger « *pour motif de conscience ou parce qu'il suppose en sa personne une cause de récusation* »¹⁵⁰. En France, le mécanisme du déport s'est développé de façon informelle¹⁵¹ avant d'être consacré par le règlement du Conseil constitutionnel¹⁵². C'est un mécanisme qui est bien accueilli par la Cour européenne des droits de l'homme qui y voit un moyen de renforcement du procès équitable, lorsqu'elle affirme que : « *L'existence de procédures nationales destinées à garantir l'impartialité, à savoir des règles en matière de déport des juges, est un facteur pertinent. De telles règles expriment le souci du législateur national de supprimer tout doute raisonnable quant à l'impartialité du juge ou de la juridiction concernée et constituent une tentative d'assurer l'impartialité en éliminant la cause de préoccupations en la matière* »¹⁵³.

Quant à la récusation, il s'agit d'un mécanisme dont le déclenchement est laissé à l'initiative des parties. C'est, en effet, un mécanisme à la disposition des parties, qui permet à celles-ci de

¹⁴⁷ Article 7 de la loi organique n°2016-23 du 14 juillet 2016 relative au Conseil constitutionnel ; article 14 de la loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle ; article 8 de la loi l'organique n°011-2000/AN du 27 avril 2000 portant composition, organisation, attributions et fonctionnement du constitutionnel et procédure applicable devant lui (Burkina Faso) ; Article 53 de la loi organique Ivoirienne n°2022-222 du 25 mars 2022 déterminant l'organisation et le fonctionnement du Conseil constitutionnel.

¹⁴⁸ Article 14 alinéa 2 de la loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle.

¹⁴⁹ A. DAVID, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, op.cit., p. 161.

¹⁵⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 295.

¹⁵¹ Sur des exemples de déport en France, Voy. A. DAVID, *L'impartialité du Conseil constitutionnel*, op.cit., pp. 185.190.

¹⁵² L'article 4 alinéa 1 du règlement intérieur du 4 février 2010 dispose que « Tout membre du Conseil constitutionnel qui estime devoir s'abstenir de siéger en informe le président ».

¹⁵³ CEDH, Gr. Ch., 15 octobre 2009, n°17056/06, *Micallef c. Malte*, §99.



contester l'impartialité d'un juge¹⁵⁴. La récusation produit cependant des effets contrastés. Si elle permet, d'une part de « réalise[r] l'impartialité attendue d'un juge »¹⁵⁵, lorsqu'elle n'est pas réalisée ; d'autre part, lorsqu'elle est réalisée, elle peut contribuer à l'effritement de la légitimité de la juridiction constitutionnelle en jetant « une ombre sur le juge qui en fait l'objet, mettant en doute sa capacité d'adopter une décision équitable »¹⁵⁶. Mais le second risque est moins important que la finalité de la garantie d'une décision impartiale. Il se pose alors la question des causes de récusation. À cet effet, si en droit français, le règlement du Conseil constitutionnel retient que le simple fait de participer à l'élaboration d'une loi ne peut être considéré comme une cause de récusation, il faut voir dans une telle approche, une volonté de réduire substantiellement les risques de dysfonctionnement d'une juridiction dont la double vie passée des membres, invoquée comme cause de récusation conduirait à l'inertie d'une institution¹⁵⁷ en partie politisée. On comprend que certains soutiennent qu'une telle approche tend à « vider de sa substance l'hypothèse de récuser un juge constitutionnel »¹⁵⁸. La participation à l'élaboration d'un texte devrait être considérée comme une cause de récusation, car comme l'indique la Cour européenne des droits de l'homme « Toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question »¹⁵⁹. S'il est difficile, ici, d'énumérer de façon exhaustive les causes de récusation, celles-ci devraient, en revanche, saisir la double vie passée des juges constitutionnels qui font planer sur les décisions des juridictions constitutionnelles un doute constant d'impartialité. À cet égard, les innovations souhaitées devraient tenir compte des limites de l'institutionnalisation des mécanismes de déport et de récusation en France¹⁶⁰, pour penser un système véritablement protecteur de l'impartialité du juge. Comme l'indiquent plusieurs auteurs, dans le cadre d'un *amicus curiae* produit dans une procédure devant le Comité d'examen du respect de la Convention d'Aarhus : « Aujourd'hui, l'atteinte systémique au principe d'impartialité de la juridiction provoquée par la composition du Conseil est [...] renforcée par ses règles de procédure qui le conduisent soit à dévoyer le principe de la force majeure soit à se maintenir dans une situation objective et/ou subjective de partialité pour juger une affaire »¹⁶¹.

Si l'accès à un juge impartial est encore mesuré, l'équité de la procédure est discutée.

¹⁵⁴ A. DAVID, « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux a priori à la QPC », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 12 | 2014, p. 124. Mis en ligne le 01 octobre 2015. Consulté le 29 novembre 2024 à 23h09mn.

¹⁵⁵ B. BERNABE, *La récusation des juges*, Paris, LGDJ, 2009, p. 13.

¹⁵⁶ N. PERLO, « Les premières récusations au Conseil constitutionnel : réponses et nouveaux questionnements sur un instrument à double tranchant », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXVII, 2011, p. 62.

¹⁵⁷ Les délibérations du Conseil constitutionnel français de même que celles des juridictions constitutionnelles étudiées nécessitent un quorum. Or, au regard de la composition des juridictions constitutionnelles, plusieurs membres peuvent faire l'objet de récusation fondée. Ce qui conduirait une inertie de l'institution.

¹⁵⁸ F. JACQUELOT, « Regards comparés sur l'abstention et les récusations au sein du Conseil Constitutionnel et de la Cour constitutionnelle italienne : histoire d'une impartialité reprogrammée », *Constitutions*, 2011, p. 350.

¹⁵⁹ CEDH, 8 février 2000, n° 28488/95, *McGonnell c/Royaume-Uni*, §55.

¹⁶⁰ A. DAVID, « Les variations dans la protection de l'impartialité du juge constitutionnel français : du contentieux a priori à la QPC », *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux* [En ligne], 12 | 2014, mis en ligne le 01 octobre 2015, consulté le 1er décembre 2024. URL: <http://journals.openedition.org/crdf/1976>; DOI : 10.4000/crdf.1976.

¹⁶¹ L.FONTAINE, Th.PERROUD, D. ROUSSEAU, « l'impartialité des membres du Conseil constitutionnel en question », 5 janvier 2024, <https://questions-constitutionnelles.fr/l'impartialite-des-membres-du-conseil-constitutionnel-en-question/>. Consulté le 30 novembre 2024.



II) L'équité procédurale discutée

Au nombre des exigences fondamentales du procès équitable figure l'équité de la procédure. Celle-ci est assurée aussi bien par la garantie de la transparence que par l'organisation efficiente du contradictoire¹⁶². Cependant, dans les pays sous étude, la garantie de la transparence est approximative (A) alors que l'organisation du contradictoire est encore défectueuse (B).

A- La garantie approximative de la transparence

La transparence s'impose à la justice constitutionnelle, car le juge constitutionnel est également « débiteur du droit fondamental à un procès équitable »¹⁶³. La transparence de la procédure juridictionnelle constitutionnelle est assurée par la publicité de la procédure de même que par la motivation des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles. Si de façon générale, le juge fait un effort pour motiver ses décisions, l'intelligibilité de celles-ci est parfois contestée (1) alors que la procédure de la publicité est largement perfectible (2).

1) L'intelligibilité parfois contestée de la motivation des décisions

L'intelligibilité n'est pas un concept nouveau en droit constitutionnel¹⁶⁴. Ce concept est utilisé en procédure législative pour exiger du législateur l'adoption de lois garantissant la sécurité juridique des citoyens à travers leur clarté et leur accessibilité¹⁶⁵. Par analogie donc avec la rédaction d'une loi, la qualité formelle de la rédaction des décisions des juridictions constitutionnelles est un critère de son intelligibilité¹⁶⁶ et, par suite, de son accessibilité, son efficacité et son effectivité¹⁶⁷.

L'intelligibilité des motivations des juridictions constitutionnelles est à la fois une exigence de garantie de l'ordre constitutionnel, de la démocratie¹⁶⁸ et du procès équitable. C'est une exigence de garantie de l'intégrité l'ordre constitutionnel, voire de l'ordre juridique, car les décisions des juridictions constitutionnelles irriguent l'ensemble du droit. A cet égard, le droit constitutionnel étant devenu la matrice des autres branches du droit¹⁶⁹, les décisions du juge constitutionnel ne doivent pas être accessibles qu'aux seules parties ; elles doivent l'être aussi

¹⁶² Th. PERROUD, « La neutralité procédurale du Conseil constitutionnel », *op.cit.*, pp. 1-26.

¹⁶³ J. DJOGBENOU, « L'accès à la justice constitutionnelle au Bénin », in F.J.AÍVO, J.D.B.DE GAUDUSSON, Ch. DESOUCHES, J.MAÏLA(dir), *L'amphithéâtre et le prétoire. Au service des droits de l'homme et de la démocratie. Mélanges en l'honneur du Président Robert DOSSOU*, *op.cit.*, p. 514.

¹⁶⁴ L.BENEZECH, « L'exigence d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi : retour sur vingt ans d'existence », *Revue française de Droit constitutionnel*, n°123, 2020, pp. 541-563.

¹⁶⁵ G. BERGOUGNOU, « La prise en compte de l'exigence de sécurité juridique par le Parlement au service de la qualité de la loi », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* (Dossier sécurité juridique), n°5, Octobre 2020, pp. 61-69.

¹⁶⁶ S. AMRANI-MEKKI, « La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires : enjeu fondamental, entre traditions juridiques et exigences contemporaines », in AHJUCAF, *La motivation des décisions des Cours suprêmes judiciaires - Dire le droit et être compris, Actes du Congrès de Cotonou des 30 juin et 1er juillet 2022*, Lexbase, Paris, 2022, p. 28.

¹⁶⁷ J.-M SAUVE, *Les critères de la qualité de la justice*, Discours prononcé à l'occasion des 20 ans des TPI des communautés européennes, Luxembourg, 25 septembre 2009.

¹⁶⁸ A. M. ADANDEDJAN, « Réflexion sur la motivation des juridictions constitutionnelles en Afrique noire Francophone », *Afrilex*, 2019, p. 7. Disponible sur <https://afrilex.u-bordeaux.fr/2019/12/07/reflexion-sur-la-motivation-des-decisions-des-juridictions-constitutionnelles-en-afrique-noire-francophone/>.

¹⁶⁹ D. de BECHILLON, « Sur les rapports entre le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n°16, (Dossier le Conseil constitutionnel et les diverses branches du droit), disponible sur <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/sur-les-rapports-entre-le-conseil-constitutionnel-et-les-diverses-branches-du-droit>.



aux autres juridictions, aux pouvoirs publics et à la doctrine¹⁷⁰. Ensuite, c'est une exigence démocratique¹⁷¹. En effet, dans la mesure où le juge constitutionnel n'est plus seulement un simple aiguilleur, au regard de la théorie réaliste de l'interprétation, mais participe également à la coproduction de la loi, la motivation produit à l'égard de son dispositif, ce que l'exposé des motifs produit à l'égard de la loi. Si les gouvernants cherchent à convaincre le peuple incarné dans le législateur de la pertinence de ces choix, la motivation offre une occasion aux citoyens d'exercer un contrôle sur l'action du juge¹⁷². C'est enfin une exigence de garantie du procès équitable parce que, comme l'indique la Cour européenne des droits de l'homme, « *les juges sont impartiaux s'ils font une application de la loi sans aucune apparence et rendent une décision qui comprend des motivations détaillées* ». En effet, l'obligation de motivation « *contribue aux garanties contre l'arbitraire et permet de souligner la compétence et l'impartialité du juge* »¹⁷³.

Le procès équitable suppose « *le droit d'obtenir une décision motivée, tranchant définitivement le litige* »¹⁷⁴. À cet égard, la motivation des décisions participe du droit à un juge indépendant et impartial. On comprend alors qu'en France¹⁷⁵ comme en Afrique¹⁷⁶, les juridictions suprêmes s'interrogent sur la problématique¹⁷⁷. Cet intérêt pour la problématique s'inscrit dans le mouvement global de consolidation de l'État de droit.

Cependant, les motivations des juridictions constitutionnelles étudiées ne sont pas toujours intelligibles. L'inintelligibilité d'une motivation peut résulter d'une absence de motivation¹⁷⁸

¹⁷⁰ Comme le décrit Pierre NIHOUIL pour ce qui est de la Cour constitutionnelle belge : « L'arrêt de la Cour a quatre destinataires : le justiciable ; le législateur ; le juge judiciaire ou administratif ; les administrations. La motivation des arrêts s'en ressent nécessairement. Si elle fait apparaître les étapes du raisonnement suivi par la Cour et justifie l'analyse opérée par la Cour lors de ces différentes étapes - en cela, elle a nécessairement un caractère justificatif —, elle doit aussi éclairer les destinataires de l'arrêt - en cela, elle devrait avoir un caractère pédagogique. En raison de l'objet du contentieux constitutionnel, à savoir le contrôle de constitutionnalité d'une norme législative, il ressort des arrêts de la Cour que le premier destinataire est le législateur. Soit que celui-ci doive « réparer » la législation inconstitutionnelle, soit qu'il doive combler une lacune inconstitutionnelle, soit qu'il doive étendre la législation constitutionnalisée à d'autres domaines qui ne le sont pas. Le deuxième destinataire est le juge ou l'administration, selon que la législation en cause est appliquée dans le cadre d'un litige judiciaire ou dans le cadre d'un processus administratif. Le troisième destinataire de l'arrêt est le justiciable. Une telle place peut paraître étonnante surtout au contentieux des libertés et des droits fondamentaux. Elle n'est en rien révélatrice de la place centrale qu'occupe le citoyen au sein du procès constitutionnel. Mais celui-ci revêt avant tout un caractère objectif (le procès est fait à un acte législatif). Et la mesure réparatrice ne peut venir que des acteurs institutionnels que sont le parlement, les juges et les administrations. Il s'agit donc avant tout d'expliquer à ces acteurs quel est le chemin suivi par le juge constitutionnel pour constater ou non une inconstitutionnalité », P. NIHOUIL, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle belge ». *In Annuaire international de justice constitutionnelle* XXVIII, 2012, p. 32.

¹⁷¹S. AMRANI-MEKKI, « La motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires : enjeu fondamental, entre traditions juridiques et exigences contemporaines », *op.cit.*, p. 27.

¹⁷² A.LE QUINIO, « La motivation des décisions du Conseil constitutionnel au prisme du modèle ibéro-américain », *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* N°55-56 (Dossier ; réforme et motivation des décisions), Juin 2017.

¹⁷³ J. FRINCHABOY, « La motivation des décisions des Cours suprêmes judiciaires : dire le droit et être compris », AHJUCAF, Actes du congrès de Cotonou des 30 juin et 1er juillet 2022, *les Cahiers de la justice*, 2023/2, p. 379.

¹⁷⁴ CEDH, 10 novembre 2004 (définitif 30/03/2005), n° 46117/99, *Taşkin et autres c/ Turquie*.

¹⁷⁵ En France, en 2016, le Président du Conseil constitutionnel a appelé à une réforme de la motivation.

¹⁷⁶ En 2022, les hautes juridictions de cassation ayant en partage le français ont organisé un colloque sur la problématique de la motivation.

¹⁷⁷ En 2019, c'est l'Association des Cours constitutionnelles francophones qui se penchait sur l'écriture des décisions.

¹⁷⁸ Décision n°2019-012/CC d'autosaisine pour le contrôle de constitutionnalité de la loi n°044-2019/AN du 21 juin 2019 portant modification de la loi n°044-2019/A du 21 juin 2019 portant modification de la loi n°025-2018/AN du 31 mai 2018 portant code électoral.



ou d'une motivation indigente¹⁷⁹. L'indigence de la motivation peut provenir de la faiblesse du raisonnement et de l'argumentation du juge¹⁸⁰. Du reste, le constat est partagé par une partie de la doctrine. C'est le cas de MELEDJE Djedjro qui révélait à propos du Conseil constitutionnel ivoirien que : « *les décisions sont insuffisamment motivées et il est difficile de percevoir les lignes d'une politique jurisprudentielle* »¹⁸¹. À sa suite, Thomas YONLI note également que « *d'un point de vue spécifique et précisément sur la qualité de la motivation, l'opinion majoritaire reste largement pessimiste. Il est reproché au juge constitutionnel des décisions peu expressives et le mutisme de principe dont il fait montre dans sa motivation* »¹⁸².

De façon générale, les écueils de la motivation résultent du style rédactionnel de la décision qui a tendance à privilégier le syllogisme juridique¹⁸³. Certains auteurs ont parlé de style jupitérien¹⁸⁴ et soutiennent qu'au regard du contexte africain, il convient de s'en tenir à ce style afin de ne pas affaiblir l'État¹⁸⁵. Si la motivation reste malgré tout une question de traditions juridiques¹⁸⁶, celles-ci n'en demeurent pas moins réformables de l'intérieur. Par conséquent, même si le style jupitérien conserve sa pertinence, il faut néanmoins l'améliorer substantiellement. C'est également un moyen d'affirmer davantage l'autorité de l'État. Une décision accessible par son raisonnement renforce l'autorité de l'État ; car, la motivation a également une fonction de communication¹⁸⁷.

¹⁷⁹ Décision n°CI-2019-004/DCC/25-06/CC/SG du 25 juin 2019 relative au recours en exception d'inconstitutionnalité de l'ordonnance n°2012-293 du 21 mars 2012 relative aux Télécommunications et aux Technologies de l'Information et de la Communication.

¹⁸⁰ Au Burkina Faso, les décisions n°2018-007/CC, 2018-008/CC, 2018-009/cc illustrent bien le propos. Le juge se contente de dire que l'organe de discipline du Conseil supérieur de la magistrature n'est pas une juridiction sans définir préalablement ce qu'est une juridiction. En procédant ainsi, le juge a privé les requérants du droit d'accès au juge constitutionnel.

¹⁸¹ D.MELEDJE, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel Ivoirien*, Abidjan, Centre national de documentation juridique (CNDJ), 2012, p. 22.

¹⁸² Th.D. YONLI, « « La motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique de l'ouest francophone », *Revue Béninoise de Science Politique*, Vol 2, numéro 1, janvier 2018, p. 161.

¹⁸³ R. WEBER, Le style, c'est la Cour même ! Une analyse comparative du style de motivation du Conseil constitutionnel et du Bundesverfassungsgericht, *Revue française de Droit constitutionnel*, 126, 2021, p. 194 ; Th.D. YONLI, « « La motivation des décisions du juge constitutionnel en Afrique de l'ouest francophone », *op.cit.*, pp. 166-172.

¹⁸⁴ J. DJOGBENOU, « Critiques apodictiques de la thèse de la simplification des motivations des juridictions suprêmes. Étude en contexte africain francophone », *la motivation des décisions des cours suprêmes judiciaires dire le droit et être compris*, Cotonou (Bénin) - VIIème Congrès de l'AHJUCAF30 juin & 1er juillet 2022 - Palais des Congrès de Cotonou, Lextabase, p. 34.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 39-41.

¹⁸⁶ « La motivation des décisions de justice est le reflet d'une tradition juridique, d'une façon de penser le droit. Dans un système de common law tel que le Royaume-Uni, la motivation des décisions revêt une importance particulière dans la mesure où le droit dit par le juge est considéré, malgré l'importance croissante du droit écrit, comme la première source du droit. Les juges, « oracles » du droit, sont tenus de motiver leurs décisions dans ce système coutumier non parce que des textes l'y obligent, mais en raison de la règle du précédent qui procède à la création de ce judge made law. Les propos du juge Coke dans l'affaire des Prohibitions de 1607 éclairent la conception de la motivation en common law. Il affirme que les affaires ne « doivent pas être décidées par la raison naturelle, mais par la connaissance argumentée et raisonnée du droit », pour conclure que le Roi est en dessous de Dieu et du droit. La conception du juge Coke renvoie à l'idée selon laquelle le droit et, notamment, le droit jurisprudentiel est, comme le dit également Blackstone, « l'expression de la raison parfaite » à laquelle les justiciables, quels que soient leurs rangs, doivent se soumettre, sauf si le Parlement souverain en décide autrement ». A. DUFFY-MEUNIER, "La réforme de la motivation des décisions du Conseil constitutionnel à l'épreuve des modèles étrangers : l'exemple du Royaume Uni", *Nouveaux cahiers du conseil constitutionnel* n° 55-56 (dossier : réforme et motivation des décisions) - juin 2017.

¹⁸⁷ M.COHEN, « Les cours souveraines et leur nouveau public », *les Cahiers de la Justice*, 2014/2, pp. 187-197.



En rapport avec les exigences du procès équitable, il est attendu du juge qu'il motive ses décisions¹⁸⁸ et adopte une démarche plus argumentative¹⁸⁹. Il faut sortir de la logique de motivation du juge « *bouche de la constitution* »¹⁹⁰. Dans ce sens, des emprunts pourraient être faits au juge constitutionnel allemand¹⁹¹ ou aux juridictions anglo-saxonnes¹⁹². S'il ne s'agit pas d'écrire des décisions sous la forme d'articles de doctrine, il faut veiller à enrichir leur argumentation comme l'illustrent certaines décisions du juge constitutionnel béninois¹⁹³. Il s'agit de trouver le style rédactionnel qui intègre l'évolution des juridictions constitutionnelles comme de véritables juridictions¹⁹⁴ assujetties aux exigences du procès équitable.

De façon générale, le style direct de la Cour européenne des droits de l'homme fait des émules. Il est à la fois emprunté et suggéré, comme le rapporte Pierre NIHOUIL pour ce qui est de la Cour constitutionnelle belge : « *Le point de départ de la réflexion, pour les premiers juges, était de rendre les arrêts de la Cour les plus compréhensibles pour les citoyens. Après avoir envisagé plusieurs modèles, les premiers juges se sont inspirés de la manière d'écrire de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir le style direct ; ils n'ont pas voulu retenir la technique de cassation, estimant que celle-ci était trop illisible* »¹⁹⁵. On note également que c'est le style que suggère l'Association des Hautes Juridictions de Cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF)¹⁹⁶. À cet égard, le rapport final du colloque de Cotonou sur la motivation des décisions des hautes juridictions souligne que « *les décisions pourraient comporter une motivation enrichie, notamment lorsqu'elles portent sur des questions de principe, sur l'application de normes internationales ou constitutionnelles et la mise en œuvre de droits fondamentaux, ou lorsqu'elles présentent un intérêt particulier pour l'unification de la jurisprudence et le développement du droit* »¹⁹⁷.

Dans les pays sous étude, les décisions du juge constitutionnel ne se caractérisent pas seulement par une motivation insuffisante, insusceptible d'assurer substantiellement l'obligation de transparence ; elles se caractérisent également par une insuffisante publicité.

¹⁸⁸ Ce qui est une obligation constitutionnelle dans plusieurs pays sous étude. Voir l'article 22 de la loi organique n°011-2000 du 27 avril 2000 relative au Conseil constitutionnel du Burkina Faso, article 19 de la loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle, l'article 19 de la loi n°2022-222 du 25 mars 2022 déterminant l'organisation et le fonctionnement du 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. Lire également S. Fr. SOBZE, « L'obligation de motivation des décisions des juridictions constitutionnelles en Afrique noire », *Revue Constitution et Consolidation*, 2020/4, Semestriel, pp. 63-112.

¹⁸⁹ C.KOUADIO, « Les critères d'une bonne motivation de décision de justice. Etude à partir de la jurisprudence des Cours de cassation de l'espace francophone », in actes du colloque sur la motivation des décisions de justice-dire le droit et être compris », Cotonou, 1er juillet 2022, Lextabase, pp. 128-135. Disponible sur https://www.ahjucaf.org/sites/default/files/inlinefiles/Congr%C3%A8s%20de%20Cotonou_AHJUCAF2022_web.pdf.

¹⁹⁰R. WEBER, « Le style, c'est la Cour même ! Une analyse comparative du style de motivation du Conseil constitutionnel et du Bundesverfassungsgericht », *op.cit.*, p. 194.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 190-205.

¹⁹² F. HOURQUEBIE, « L'argument conséquentialiste dans les décisions de justice », *Les cahiers de la justice*, 2014/2, pp. 199-217.

¹⁹³ Décision DCC 06 - 074 du 08 juillet 2006 ; Décision DCC 18-001 du 18 Janvier 2018 ; Décision DCC 18-003 du 22 Janvier 2018.

¹⁹⁴ G. DRAGO, « *La qualité de l'argumentation constitutionnelle* », *Revue française de droit constitutionnel*, n°102, 2015, p. 336-351.

¹⁹⁵ P. NIHOUIL, « La motivation des décisions de la Cour constitutionnelle belge », *op.cit.*, p. 27.

¹⁹⁶ J.-P. JEAN, « Recommandations de l'AHJUCAF sur la motivation des décisions de justice-dire le droit et être compris », Cotonou, 1^{er} juillet 2022, Lextabase, p. 142. Disponible sur https://www.ahjucaf.org/sites/default/files/inlinefiles/Congr%C3%A8s%20de%20Cotonou_AHJUCAF2022_web.pdf.

¹⁹⁷ *Ibidem*.



2) La publicité perfectible

« L'unique garantie des citoyens contre l'arbitraire est la publicité »¹⁹⁸. Dans ce sens, la publicité est envisagée comme une garantie des droits du justiciable. Ressort essentiel de la célèbre formule anglaise « *[it] is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done* »¹⁹⁹, la publicité est une garantie qui devrait être aménagée dans le cadre du procès constitutionnel. Ainsi que le rappelle la Cour européenne des droits de l'homme, la « *publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; [...]. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6 §1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la convention* »²⁰⁰. La publicité peut alors être envisagée comme un droit de la défense²⁰¹. La publicité peut - être entendue comme « *l'ensemble des moyens destinés à permettre d'informer le public de l'existence, du déroulement, de l'issue d'une instance juridictionnelle* »²⁰². De ce fait, elle recouvre aussi bien la publicité de la procédure que celle de la décision juridictionnelle.

La publicité de la procédure recouvre les phases de l'instruction et du délibéré. Elle demeure très fortement restreinte dans l'ensemble des pays étudiés, l'instruction et le délibéré étant soumis au secret. Il en est ainsi au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire. Dans le premier pays, la procédure est essentiellement écrite²⁰³ ; ce qui constitue un obstacle à sa publicité. Dans le second pays, l'article 43 du règlement du Conseil constitutionnel²⁰⁴ indique qu'en toute matière le Conseil constitutionnel siège à huis clos. En outre, les audiences ordinaires, qui sont des « *séances juridictionnelles* », se tiennent à huis clos, quand bien même les parties, leurs représentants, les experts et les avocats participent aux débats²⁰⁵. Au Bénin, pendant longtemps les débats n'étaient pas publics et les audiences étaient faites en l'absence des parties. Cependant, en 2018, le règlement intérieur de la Cour constitutionnelle a été modifié pour consacrer à l'article 28 la publicité de la procédure²⁰⁶. Celle-ci est considérée par une partie de la doctrine comme l'innovation majeure de la réforme de 2018²⁰⁷. La mise en œuvre du principe de publicité entraîna la création de deux chambres de mise en état²⁰⁸, siégeant en formation collégiale de trois juges, et présidées chacune par un conseiller. Ces chambres, qui tiennent des audiences publiques par quinzaine, ont essentiellement pour rôle d'instruire publiquement les affaires dont la Cour est saisie, de sorte à les mettre en état de recevoir un jugement. La dernière innovation est relative à la création d'une chambre des audiences plénières présidée par le président de la Cour.

¹⁹⁸ B. CONSTANT, *Observations sur le discours prononcé par S.E. le ministre de l'intérieur*, 20 août 1814.

¹⁹⁹ On rencontre cette formule dans différents arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dont CEDH., 17 janvier 1970, n°2689/65, *Delcourt contre Belgique*.

²⁰⁰ Cour EDH, 24 novembre 1997, 20602/92, *Szűcs c./ Autriche*.

²⁰¹ I.D. SALAMI, « Réflexions sur les changements de cap procédural : vers une Cour plus performante ? », *RCC*, 019 N° 001 / Semestriel, p. 147.

²⁰² D. D'AMBRA, « Publicité », in L. CADIET (dir), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

²⁰³ Article 45 du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel.

²⁰⁴ Règlement intérieur N°001/2023/CC/SG du 17 janvier 2023 du Conseil constitutionnel.

²⁰⁵ Article 36 Règlement intérieur N°001/2023/CC/SG du 17 janvier 2023 du Conseil constitutionnel

²⁰⁶ Article 28 ancien : « Article 28 : La procédure devant la Cour constitutionnelle est écrite, gratuite et secrète. Elle est contradictoire selon la nature de la requête. » ; article 28 nouveau « La procédure devant la Cour constitutionnelle est écrite, gratuite et contradictoire.

Elle est publique, sauf décision contraire de la Cour ».

²⁰⁷ I.D. SALAMI, « Réflexions sur les changements de cap procédural : vers une Cour plus performante ? », *op.cit.*, p. 145.

²⁰⁸ Ordonnance n°2018-042/CC/SG portant création, attribution et composition des chambres de mise en état aux fins de rapport.



La forte restriction de la publicité constatée dans les pays sous étude peut s'expliquer par deux raisons. La première est liée à la conception classique du contrôle de constitutionnalité comme un contrôle objectif. Ainsi, ce contrôle n'aurait pas pour finalité ultime la protection des droits des parties, mais l'intégrité de l'ordre constitutionnel²⁰⁹. La seconde explication liée nécessairement à la première résulterait du caractère inquisitorial de la procédure qui conférerait un pouvoir et un rôle important au juge instructeur. Dans ce sens, celui-ci se complairait davantage dans une procédure éloignée du regard critique du public en vue de jouir de toute la liberté de réflexion nécessaire pour conduire, à son terme, la procédure du contentieux fait à une norme²¹⁰. Mais dès lors que l'activité du juge constitutionnel est perçue comme une activité juridictionnelle assimilable à celle des juridictions de droit commun, la publicité devient un mécanisme de renforcement de ce caractère juridictionnel et de garantie des droits des parties présentes au procès constitutionnel²¹¹. Malgré la spécificité du procès constitutionnel, celui-ci est de plus en plus considéré comme un procès avec des parties²¹².

La publicité implique également que le sort de l'instance soit connu par le public. En d'autres termes, que des dispositions soient prises pour faire connaître la décision du juge. Une telle publicité participe à l'impartialité du juge. En effet, conscient que le public exercera un contrôle sur sa décision finale, le juge peut être incité à échapper à la critique de partialité. Ainsi, en amont, il prendra les dispositions nécessaires pour assumer son office de façon impartiale et compétente.

On peut également noter que la diffusion des décisions issues du procès constitutionnel contribue au rayonnement des droits et libertés constitutionnels, mais de façon générale au rayonnement de la constitution en tant qu'outil de limitation du pouvoir politique. De la sorte, les citoyens pourraient mieux conduire leurs actions dans l'État à la lumière de la jurisprudence constitutionnelle. Ils s'en inspireront pour revendiquer des droits alors que les institutions étatiques s'en inspireront pour modeler l'ordre juridique. Ce qui participe à la diffusion d'une culture legaliste et démocratique. À cet égard, si de façon générale un effort est fait pour rendre disponibles les décisions des juridictions constitutionnelles, dans les pays sous étude, cet effort est encore modeste et disparate. Si toutes les juridictions disposent de site internet, pour diffuser les décisions, ces sites ne sont pas toujours mis à jour et des efforts restent encore à faire pour faciliter l'accessibilité des décisions. On peut penser par exemple, à l'image de la France, à l'absence de commentaires qui accompagnent la diffusion des arrêts.

La publicité n'épuise pas la problématique des garanties procédurales, dans le cadre du procès constitutionnel ; le principe du contradictoire en constitue également une exigence. Toutefois, l'organisation de ce principe demeure défectueuse.

B) L'organisation défectueuse du principe du contradictoire

Le principe du contradictoire est un élément essentiel du procès, une composante du principe de l'égalité des armes et du procès équitable²¹³. Il suggère de donner l'occasion aux parties de pouvoir discuter réciproquement et alternativement ce que l'une et l'autre avancent. Ainsi, par

²⁰⁹ Th.SANTOLINI, « La question prioritaire de constitutionnalité au regard du droit comparé », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 93, 2013, p. 99 et suiv.

²¹⁰ S. SCHMITT, « La nature objective du contentieux constitutionnel des normes : les exemples français et italien », *Revue française de Droit constitutionnel*, 72, 2007, pp. 720-747.

²¹¹ D. ROUSSEAU, « le procès constitutionnel », *Pouvoirs*, n°137, 2011, p. 52.

²¹² Th.SANTOLINI, « Les parties dans le procès constitutionnel en droit comparé », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, N°24, juillet 2008.

²¹³ S. GUINCHARD, « Le principe du contradictoire », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUENAUD, S. RIALS, F.SUDRE (dir), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 195.



l'organisation du contradictoire éclatera la vérité constitutionnelle²¹⁴, entendue ici comme la révélation de la conformité ou non de la norme à la constitution. Une telle révélation n'est possible qu'à travers l'écoute des parties²¹⁵. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre Olivier GOHIN, lorsqu'il écrit que la finalité du procès est « *la découverte de la vérité et dont le moyen est précisément la contradiction, reposant sur un échange d'arguments libres* »²¹⁶.

Âme du procès²¹⁷, le contradictoire a donc deux dimensions. Une dimension objective et une dimension subjective. Dans sa dimension objective, le contradictoire contribue fortement à l'amélioration de la qualité du travail du juge constitutionnel en permettant « *une meilleure formation de la décision au nom de l'intérêt général* »²¹⁸. Il en résulte que la qualité de l'organisation du contradictoire peut déterminer l'impartialité d'un procès.

Dans sa dimension subjective, le contradictoire est appréhendé comme une composante des droits de la défense²¹⁹. Dans ce sens, il s'agit du droit « *de savoir et discuter* »²²⁰.

Les modalités d'aménagement du principe du contradictoire sont donc essentielles pour que celui-ci produise pleinement les finalités qui en sont attendues. Or, dans les pays étudiés, l'organisation du principe présente une défektivité qui résulte à la fois d'un aménagement critiquable (1) et de l'absence d'intervention des tiers dans le procès constitutionnel (2).

1) Un aménagement variable parfois obsolète

Le principe du contradictoire est consacré par les textes qui encadrent les juridictions constitutionnelles (loi organique ou règlement intérieur). Cependant, l'énonciation de ce principe est variable selon les différents pays ; d'où une application diversifiée. Au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, le principe est énoncé de façon similaire avec la locution adverbiale le cas échéant. Il en résulte que ce n'est pas dans toutes les hypothèses qu'il est organisé, ainsi que l'illustrent respectivement les articles 45 et 38 du règlement intérieur du Conseil constitutionnel du Burkina Faso et de la Côte d'Ivoire : « *La procédure devant le Conseil constitutionnel est gratuite, écrite et, le cas échéant, contradictoire* ». Au Bénin, en revanche, le principe est énoncé de façon plus directive et annonce une application systématique : « *la procédure est écrite, gratuite et contradictoire* »²²¹.

Au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire, le caractère contradictoire consiste en l'échange des écritures et des pièces entre les parties²²². Le texte ivoirien précise cependant que le contradictoire peut être organisé éventuellement lors des débats²²³. Toutefois, dans ces deux

²¹⁴ G. FARE, *La contradiction dans le contrôle de constitutionnalité des lois*, Thèse de doctorat, Université de Poitiers, 2020, pp. 71-77.

²¹⁵ Comme l'indique Gbati FARE, « La contradiction apparaît comme une garantie de discussion dans le procès constitutionnel. Elle permet d'abord aux différentes parties identifiées du procès de produire librement des observations écrites dans le cadre de la procédure. Le principe permet d'entretenir le débat par l'échange des arguments, par la confrontation des différentes thèses développées, par la confrontation des différentes pièces et des différents documents produits dans le procès constitutionnel », *ibidem*, p. 76.

²¹⁶ O. GOHIN, *La contradiction dans la procédure administrative contentieuse*, Paris, LGDJ, 1998, p. 61.

²¹⁷ L.CADIET, J. NORMAND, S.A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op.cit.*, p. 578.

²¹⁸ A.-M. LECIS COCCU-ORTU, « QPC et intervention des tiers : le débat contradictoire entre garantie des droits de la défense et utilité des *amici curiae* », *RFDC*, 2015, n°4, p. 866.

²¹⁹ Lire L. CADIET, J. NORMAND, S.A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op.cit.*, p. 580.

²²⁰ *Ibidem*, p. 594.

²²¹ Article 27 loi n°2022-09 du 27 juin 2022 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle.

²²² Alinéa 2 article 45 du Règlement intérieur du Conseil constitutionnel du Burkina et alinéa 2 article 38 du Règlement intérieur N°001/2023/CC/SG du 17 janvier 2023 du Conseil constitutionnel.

²²³ *Ibidem*.



pays, le contradictoire n'est pas organisé dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. S'il est proclamé solennellement, en l'absence de possibilité offerte aux parties de se contredire effectivement à travers la communication des éléments, il se réduit à une règle de procédure purement formelle²²⁴. Une telle défaillance trouve son explication dans une perception classique du procès constitutionnel. En effet, pendant longtemps, le contrôle de constitutionnalité a été perçu essentiellement sous l'angle objectif. Ainsi, il serait un procès fait à une norme, un procès dans lequel des intérêts subjectifs ne seraient pas en jeu. Une telle perception est, aujourd'hui, anachronique parce que des travaux sérieux attestent de la présence de parties dans le cadre du contrôle de constitutionnalité. Du reste, on assiste, dans les juridictions constitutionnelles étudiées à une lente évolution de la question. Cette évolution trouve ses fondements soit dans la pratique des juridictions, soit dans des réformes initiées pour accroître leurs performances. Ainsi, au Burkina Faso, une forme de contradictoire est organisée à travers la participation de l'Agent judiciaire de l'État au procès constitutionnel et les autres parties. Par exemple, dans le cadre de la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité, l'Agent judiciaire de l'État jouerait le rôle de défendeur et le requérant jouerait le rôle de demandeur. Lorsque des échanges d'écriture et de pièces sont organisés, le rapporteur invite les différentes parties à faire des observations sur les mémoires produits par l'une et l'autre partie²²⁵, dans un délai qu'il fixe²²⁶. De même, dans le cadre du contrôle *a priori*, il arrive que des notifications soient adressées à l'Assemblée nationale²²⁷ ou au gouvernement²²⁸. Il ne s'agit pas, cependant, d'une procédure obligatoire. Du reste, elle est laissée à l'appréciation du Conseil constitutionnel qui n'est pas tenu d'en faire un usage régulier. Comme l'illustre une note du secrétaire général du Conseil constitutionnel, « *en matière de recours en inconstitutionnalité ou de contrôle de constitutionnalité, le contrôle exercé par le Conseil constitutionnel est abstrait. Il n'y a pas de défendeur dans la procédure et le respect du principe du contradictoire n'a pas de sens. Les notifications ne constituent pas une obligation dans la procédure* »²²⁹. On peut, toutefois, saluer cette pratique qui pourrait entraîner des réformes tant du règlement du Conseil constitutionnel que de la loi organique relative au Conseil constitutionnel.

Au Bénin, jusqu'en 2018, l'organisation du contradictoire était parcellaire et défectueuse. La réforme du règlement en 2018 va pallier les faiblesses qui étaient reprochées au système du contradictoire en place pour instituer et aménager un autre plus proche de celui des juridictions ordinaires et en phase avec les exigences du procès équitable. Le contradictoire s'est ainsi généralisé et est devenu la règle de procédure suivie devant la Cour. Ainsi, l'office du juge constitutionnel béninois va connaître, par ricochet, une mutation. Comme le souligne Ibrahim SALAMI, « *le rôle du juge est diminué et il devient un arbitre entre les parties dont l'une accuse l'autre qui se défend, chacune devant produire des preuves pour soutenir ses prétentions. L'arbitre qu'est devenu le juge se contentera d'encadrer les débats, mais, cela n'empêche qu'il prenne des initiatives et fasse injonction aux parties de produire des preuves*

²²⁴ L.CADIET, J. NORMAND, S.A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, op.cit., p 600.

²²⁵ Entretien avec le secrétaire général du Conseil constitutionnel, le 31 décembre 2024 à 11h.

²²⁶ Article 48 alinéa 2 du Règlement du Conseil constitutionnel.

²²⁷ Décision n°2018-028/CC sur le recours aux fins de déclaration d'inconstitutionnalité des articles 52 et 72 de la loi n°014-2001/AN du 03 juillet 2001 portant code électoral du Burkina Faso modifiés par l'article 1er de la loi n°035-2018/AN du 30 juillet 2018 introduit le 02 août 2018 par BONKOUNGOU/YAMEOGO Juliette et trente-six (36) autres, tous députés à l'Assemblée nationale.

²²⁸ En droit comparé français, l'organisation de la défense de la loi par le gouvernement trouve son origine dans la pratique. Lire dans ce sens M. HERONDRAT, « Le gouvernement dans la procédure de contrôle de constitutionnalité *a priori* », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2016/1, n°50, pp. 5-16.

²²⁹ Note produite par le Secrétaire général du Conseil constitutionnel burkinabè à l'attention du Président du Conseil constitutionnel et relative à la demande d'éclaircissement sur les parties aux recours en inconstitutionnalité.



ou documents qu'il fera discuter contradictoirement »²³⁰. Pour s'aventurer sur le terrain conceptuel de la distinction entre contradictoire et contradiction, on pourrait dire qu'au Bénin le contradictoire annonce une contradiction effective, alors qu'en Côte d'Ivoire et au Burkina le contradictoire est annoncé sans la contradiction²³¹.

Le temps reste un allié important du contradictoire, car, pour se contredire utilement, les parties doivent disposer de temps nécessaires pour l'étude des dossiers et mémoires mis à leur disposition²³². Or, de façon générale, dans les pays étudiés le temps du juge constitutionnel, en matière de contrôle de constitutionnalité, est bref. À titre comparatif, alors que le juge constitutionnel belge dispose de six (6) mois qui peuvent être prorogés de nouveau pour rendre un arrêt²³³, au Burkina Faso et en Côte d'Ivoire le délai dont dispose la juridiction constitutionnelle pour statuer oscille entre quinze jours et trente jours selon qu'il s'agit d'un recours par voie d'action ou par voie d'exception²³⁴. Au regard, du délai très court dont dispose le juge constitutionnel, dans l'espace étudié, on peut se demander, si ce délai ne constitue pas une limite à l'organisation du contradictoire. Il est évident que si le principe du contradictoire devrait être organisé selon les modalités nécessaires à assurer effectivement une contradiction de qualité, ce délai constituerait un obstacle. En Belgique, le juge peut aménager le délai de six mois dont il dispose pour tenir compte du principe du contradictoire²³⁵. L'organisation du contradictoire ne doit pas être factice ; elle doit être aménagée pour assurer une justice constitutionnelle de qualité. C'est pourquoi il faut trouver un équilibre entre l'objectif du contradictoire et celui de rendre les décisions du juge dans un délai raisonnable. Les deux objectifs ne sont pas incompatibles ; ils concourent tous à la réalisation du procès équitable.

Il résulte de ce qui précède que le principe du contradictoire n'est encore organisé que de manière timide. Outre son organisation défectueuse, l'ignorance des interventions des tiers dans le procès constitutionnel achève de convaincre de l'incomplétude de sa consécration.

2) Une consécration inachevée du principe du contradictoire : les interventions des tiers ignorées

Si les interventions des tiers sont admises dans le procès administratif et civil, elles sont en revanche absentes du procès constitutionnel. En procédure civile comme en contentieux

²³⁰ I. D. SALAMI, « Réflexions sur les changements de cap procédural : vers une Cour plus performante ? », *op.cit.*, p. 145.

²³¹ Sur la distinction contradictoire et contradiction, lire L. CADIET, J. NORMAND, S.A. MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op.cit.*, pp. 588-590.

²³² *Ibidem*, p. 600.

²³³ Article 109 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la cour constitutionnelle : « Sans préjudice de l'article 25, de l'article 25quater, alinéa 3, et de l'article 6, § 1er, VIII, 5°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les arrêts sont rendus dans les six mois du dépôt du recours en annulation ou de la réception de la décision de renvoi.

Néanmoins, dans le cas où une affaire n'est pas en état d'être jugée à l'expiration de ce délai, la Cour peut, par une décision motivée, le proroger dans la mesure qui s'impose. La prorogation peut, en cas de nécessité, être renouvelée sans que la durée totale des prorogations puisse excéder six mois ».

²³⁴ Article 26 de la loi organique « Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'un recours en inconstitutionnalité par voie d'exception, il se prononce sur la conformité des textes à la constitution dans un délai de quinze (15) jours, à compter de sa saisine.

En cas d'urgence, le délai est ramené à huit (8) jours.

Lorsque le Conseil constitutionnel est saisi d'un recours en inconstitutionnalité par voie d'exception, il se prononce sur la conformité des textes à la constitution dans un délai de trente (30) jours, à partir de sa saisine » ; au Burkina Faso l'article 52 du règlement intérieur dispose « (...) Le Conseil constitutionnel statue dans un délai d'un (1) mois mais en cas d'urgence déclarée par le saisissant, ce délai est ramené à huit (08) jours ».

²³⁵ B. RENAUD, « Réponses au questionnaire sur l'organisation du contradictoire », ACCPUF, *Bulletin* n°12, 2018, pp. 144-145.



administratif, l'intervention s'entend de « *la demande incidente par laquelle on entre dans un procès déjà engagé de son propre mouvement (intervention volontaire) ou à l'initiative de l'une des parties mises en cause* »²³⁶. Elle peut également être appréhendée comme une « *introduction volontaire ou forcée d'un tiers dans un procès déjà ouvert. L'intervention n'est recevable que si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant* »²³⁷.

Si les auteurs de dictionnaires juridiques tout comme René CHAPUS²³⁸ ont une conception extensive de la notion d'intervention, Camille BROUELLE en a une approche restrictive, consistant à limiter l'intervention aux interventions volontaires²³⁹. En contentieux constitutionnel, on peut définir l'intervention comme « *le moyen procédural par lequel un tiers produit dans un mémoire, des observations dans le contrôle de constitutionnalité des lois, que ce tiers y soit normativement habilité, ou qu'il soit empiriquement admis par le juge constitutionnel* »²⁴⁰. L'intervention des tiers devant le juge constitutionnel peut prendre plusieurs formes. Ainsi, on peut distinguer les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs des interventions de tiers fondées sur un intérêt subjectif. Dans le premier cas, il s'agit de « *toutes les formations sociales, qu'elles soient dotées ou pas de personnalité morale, qui poursuivent par leur statut la protection d'un intérêt supra-individuel* »²⁴¹. Dans le second cas, il s'agit d'une personne susceptible de subir de façon immédiate les effets de la décision du juge constitutionnel²⁴². Il résulte de ce qui précède que les interventions des tiers ont deux vocations : une vocation objective et une vocation subjective.

Dans sa vocation objective, l'intervenant est perçu comme un collaborateur de la justice constitutionnelle. Il aide à la révélation de la vérité constitutionnelle par l'amélioration de la qualité de la décision. Ici, c'est la conception objective du contradictoire qui est dominante. Dans sa vocation subjective, l'intervenant est assimilé à une personne qui défend ses droits subjectifs. Là, c'est la conception subjective du contradictoire qui est dominante.

C'est au regard de la contribution du tiers à ces deux conceptions du contradictoire qu'il est soutenu que les interventions des tiers participent à l'approfondissement du contradictoire. En effet, l'intervention permet de développer une meilleure argumentation sur les moyens des parties et aux tiers de développer de nouveaux moyens. Ainsi, ce que les parties n'ont pas vu, les tiers peuvent le voir. Ce que les parties ont moins argumenté, les tiers peuvent mieux l'argumenter. Ces échanges dynamiques et fortement documentés contribuent in fine à la bonne information du juge ; une information capitale à la prise d'une décision impartiale et mieux motivée.

En France l'intervention des tiers s'est développée dans la pratique à travers les « *portes étroites* »²⁴³ avant d'être institutionnalisée à travers le règlement du Conseil constitutionnel. Le statut

²³⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2017, p. 571.

²³⁷ S. GUINCHARD (als.), *Lexique de termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2022-2023, p. 600.

²³⁸ Pour cet auteur l'intervention doit être comprise comme toute participation au procès d'un tiers – c'est-à-dire d'une personne qui n'est ni l'auteur de la requête introductive d'instance ni le défendeur visé directement ou indirectement par cette requête –, lequel tiers développe une argumentation en demande ou en défense. R. CHAPUS, *Contentieux administratif*, 12^{éd}, Paris, Montchrestien, 2006, p. 757.

²³⁹ C. BROUELLE, *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2022, p. 197.

²⁴⁰ A. MBENGUE, *L'intervention devant le Conseil constitutionnel français et la Cour suprême des Etats-Unis*, Thèse de doctorat, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2020, p. 17.

²⁴¹ A.-M. LECIS COCCU-ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents Français et Italien*, Paris, LGDJ, 2018, p. 23.

²⁴² *Ibidem*, p. 22.

²⁴³ D. BECHILLON, « Réflexions sur le statut des "portes étroites" devant le Conseil constitutionnel », Les notes du club des juristes, janvier 2017, disponible sur : <<https://hal-univ-pau.archives-ouvertes.fr/hal-02161541/document>> ; A.-M. LECIS COCCU-ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents Français et Italie*, op.cit., pp. 124-125.



des tiers a évolué et est valorisé dans le cadre de la question prioritaire de constitutionnalité, car « non seulement les tiers peuvent produire des observations tant écrites qu'orales, mais ils ont accès à l'ensemble des pièces de la procédure, ont la possibilité de répondre aux questions des juges lors de l'audience et peuvent produire une note délibérée ».

Dans les Etats étudiés, une institutionnalisation des interventions des tiers peut contribuer, au regard des faiblesses organiques des juridictions constitutionnelles liées à leur composition, à une amélioration du procès constitutionnel aussi bien à travers la fonction objective que la fonction subjective du contradictoire. Ce n'est pas faire une critique désobligeante aux juridictions constitutionnelles de souligner que leur composition ne permet pas toujours de traiter les questions constitutionnelles de plus en plus complexes, avec toute l'efficacité attendue d'une juridiction constitutionnelle moderne²⁴⁴. De façon générale, les juridictions constitutionnelles étudiées ne disposent pas de bibliothèques bien équipées et actualisées. De même, les juges qui y officient ne sont pas souvent assistés par des référendaires ou des assistants. On peut certes, rétorquer que les pouvoirs étendus du juge rapporteur permettent de solliciter des experts et d'associer toutes les personnes dont les compétences sont nécessaires à l'instruction d'un dossier. Mais comme l'indique Anna-Maria Lecis Cocco ORTU, une telle objection « *ne tient pas compte des différences existant, surtout en termes de légitimation, entre, d'une part, la participation formelle et informelle et, d'autre part, entre la participation spontanée et volontaire et la participation demandée par l'organe juridictionnel* »²⁴⁵. La participation des tiers institutionnalisée est spontanée et volontaire alors que celle des experts est demandée. En tout état de cause, la participation institutionnalisée des tiers serait plus transparente que la participation suscitée par le juge.

Conclusion

La marche de la justice constitutionnelle africaine vers un procès véritablement équitable est irréversible. La demande de procès équitable est une exigence de l'État de droit et de la place que les juridictions constitutionnelles occupent dans l'accès aux droits constitutionnels. Les défis sont nombreux, mais surmontables. Si l'accès à un juge impartial n'est pas acquis et si l'équité de la procédure reste encore à parfaire, les évolutions récentes en matière de réformes indiquent que la dynamique amorcée annonce des lendemains meilleurs en ce qui concerne les progrès du procès constitutionnel. Si le constituant et le législateur organique sont des acteurs essentiels de renouveau de la justice constitutionnelle en Afrique, le juge constitutionnel dispose d'un pouvoir normatif qu'il peut exercer à la fois dans son office et à travers des actes non juridictionnels²⁴⁶. Babacar KANTE rappelle, à cet égard, qu'« *aucune des grandes Cours constitutionnelles citées aujourd'hui en exemple n'a attendu une réforme lui conférant un plus large domaine de compétence pour s'ériger en protecteur des droits des citoyens. Il suffit de penser à la Cour suprême des États-Unis, qui a « inventé » le contrôle de constitutionnalité qui n'était pas prévu par la Constitution. De même, le Conseil français n'a subi aucune réforme*

²⁴⁴ Au Burkina Faso, dans un entretien avec le secrétaire général du Conseil constitutionnel, le 31 décembre 2024, celui-ci a révélé qu'une réflexion est en cours au sein de la juridiction, pour établir une liste d'expert auquel celle-ci pourrait demander de produire un rapport dans une affaire, dans l'anonymat.

²⁴⁵ A.-M. LECIS COCCU-ORTU, Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels incidents Français et Italie, *op.cit.*, p.123.

²⁴⁶ C. MONEMBOU, « Les actes non juridictionnels des juridictions constitutionnelles des états d'Afrique noire francophone : Les cas du Gabon, du Bénin, du Sénégal et du Niger », *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 69, n°1, 2017. pp. 177-209.



spécifique avant de rendre sa fameuse décision du 16 juillet 1971 sur la liberté d'association, qui lui a permis d'accéder au même rang que les Cours européennes, avant même l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité »²⁴⁷. Il s'agit donc pour le juge de s'assumer comme le principal acteur de modernisation de la justice constitutionnelle. En tout état de cause, le procès constitutionnel africain sera équitable ou ne le sera pas ! Mieux vaut qu'il le soit, pour le bonheur des citoyens, la confiance dans les institutions et pour la vitalité de la démocratie !

²⁴⁷B. KANTE, « Propos introductifs », in N. DIOUF (dir), *Le Conseil constitutionnel sénégalais dans un contexte d'intégration régionale : passé, présent, devenir, Actes du Colloque de Dakar, 7 et 8 décembre 2020, op.cit.*, p. 37.