

LE CONTROLE DE CONSTITUTIONALITE DES DECISIONS DE JUSTICE : UNE FANTAISIE DE PLUS ?

Joseph DJOGBENOU
Maître de conférences agrégé
Université d'Abomey-Calavi

RÉSUMÉ

Dans une décision rendue le 13 août 2009, la Cour constitutionnelle du Bénin a procédé au contrôle de constitutionnalité d'un arrêt de la Cour suprême de cet Etat, statuant en cassation. Un nouveau champ du contrôle de constitutionnalité venait d'être ouvert. Pour quels résultats et à quel prix ?

Saisissant les intérêts particuliers, le débat déborde le droit constitutionnel pour se placer sur le terrain des rapports de droit privé où il éclot. Il ne semble pas que la portée de cette « audace » soit parfaitement perçue et que, la sécurité juridique et judiciaire et la garantie des droits individuels idéalement recherchés puissent être trouvées. Une chose semble néanmoins perceptible : un remodelage de la pensée, de la structure et de l'architecture juridictionnelles avec l'avènement d'une juridiction des juridictions. Pour le meilleur ou pour le pire ?

Résumé	1
Introduction	3
I – Un forçage inattendu	10
A – L’alibi des droits de l’homme	10
1 – Une compétence limitée	10
2 – Une hiérarchie discutée	13
B – L’alibi de la chose jugée	16
1 – Une qualification inappropriée	16
2 – Un rapport processuel diffus	19
II – Des effets incertains	20
A – Les incertitudes de nature procédurale	20
1 – La création implicite d’un nouveau degré de juridiction	20
2 – La désintégration de la structure judiciaire	21
B – Les incertitudes de nature substantielle	23
1 - L’incertitude économique	23
2 - L’incertitude sociale	25
CONCLUSION	27

INTRODUCTION

1. Surprenante, est bien le qualificatif auquel renvoie l'une des décisions les plus retentissantes par laquelle les vingt deux (22) printemps de la Cour constitutionnelle du Bénin furent annoncées quelque peu agités¹. Le 13 août 2009, cette haute juridiction proclama, en effet, que « *L'arrêt n°13/CT-CJ-CT du 24 novembre 2006 de la chambre judiciaire de la Cour suprême... est contraire à la constitution* ». ² C'est en des termes aussi lapidaires que la juridiction constitutionnelle s'offrit le trophée du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice. Une couche venait d'être mise sur ce que certains appellent une « audace »³ mais qui ne paraît pas moins une « fantaisie »⁴ caractéristique de toute jeunesse, peu encline à la stabilité.⁵
2. Les faits de l'espèce qui révolta la Cour constitutionnelle sont pourtant simples, quoique, dans la perspective motulskyenne, la « réalisation » du droit ne fût guère méthodique⁶. Appelés à trancher un conflit de droit de propriété, les juges du fond (tribunal de première instance et Cour d'appel) déboutèrent l'une des parties au motif que, esclaves, leurs auteurs ne pouvaient acquérir le droit de propriété, sur le fondement de ce qui fut le coutumier⁷ du Dahomey⁸. L'arrêt de la Cour d'appel fut

¹ Troisième institution politique de la République du Bénin, la Cour constitutionnelle procède du titre V (art. 114-124) de la loi 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin. Composée de sept (7) membres, elle est « la plus haute juridiction de l'Etat en matière constitutionnelle. Elle est juge de la constitutionnalité de la loi et elle garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques. Elle est l'organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics » (art.114).

² Décision DCC 09-087 du 13 août 2009, non publié.

³ *LOADA (A.)*, « L'audace du juge constitutionnel en question », contribution au colloque de Cotonou des 8, 9 et 10 août 2012 sur « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : Un modèle pour l'Afrique ? », en hommage au Professeur Maurice AHANHANZO GLELE.

⁴ Cf. not. Le Petit ROBERT, le LAROUSSE et le LITRE. Le mot désigne, tantôt, un attrait passager pour quelque chose et en ce sens, est synonyme de caprice, c'est-à-dire d'une folle envie à satisfaire au sens physiologique du terme. Tantôt, il désigne une capacité créatrice, caractérisée autant par son originalité que par son imprévisibilité. C'est sous ce double aspect qu'il caractérise la jeunesse, qu'il caractérise toute jeunesse, y compris celle de la Cour constitutionnelle du Bénin.

⁵ Or, il est acquis, à la suite de CARBONNIER, que « la continuité est un des postulats du droit dogmatique : permanente autant que générale, la règle juridique est un soleil qui ne se couche jamais ». CARBONNIER (J.), *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^{ème} éd., 2007, p. 61.

⁶ MOTULSKY (H.), *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, réimpression, Paris, Dalloz, 2002.

⁷ En 1931, sur le fondement de la circulaire 128 A. P. relative à la codification des coutumes indigènes, une commission anonyme réunit et fit publier un ensemble de coutumes censées s'appliquer juridiquement aux natifs de la colonie du Dahomey. C'est ce que l'on appela le « coutumier du Dahomey ». Son destin fut prodigieux et sa longévité certaine. Il fut en effet appliqué à tous les dahoméens devenus béninois, par toutes les juridictions jusqu'à ce que, dans une décision rendue le 26 septembre 1996 (DCC n°96-063), la Cour constitutionnelle du Bénin ait déclaré notamment que : « La circulaire AP 128 du 19 mars 1931 n'a pas force exécutoire ; qu'elle ne relève pas, en conséquence, de la catégorie des actes du pouvoir exécutif et susceptibles d'être soumis au contrôle de constitutionnalité ; qu'en conséquence, le coutumier du Dahomey ne peut servir de base légale à une décision de justice... ».

⁸ La République du DAHOMEY est devenue République du Bénin le 30 novembre 1975, sous la Présidence de M. Mathieu KERÉKOU qui fit emprunter à cette ancienne colonie française devenu

alors déferé en cassation, à la Cour suprême du Bénin alors que, concurremment, fut saisie la Cour constitutionnelle par voie d'action directe. Celle-ci rendit sa décision avant l'arrêt de la Cour suprême en déclarant contraire à la Constitution aussi bien le jugement que l'arrêt de la Cour d'appel.⁹ Cette décision fut transmise par une lettre à la Cour suprême dont la chambre judiciaire a néanmoins rejeté le pourvoi par arrêt en date du 24 novembre 2006. C'est alors que la Cour constitutionnelle fut à nouveau saisie pour également déclarer l'arrêt de la Cour suprême contraire à la Constitution dans la décision datée du 13 août 2009. Ainsi, par deux fois, dans cette saga judiciaire, la Cour a procédé au contrôle de constitutionnalité de trois décisions de justice : un jugement, un arrêt de la Cour d'appel et un arrêt de la Cour suprême¹⁰.

3. Perçu comme la vérification de conformité à la Constitution d'un phénomène juridique intégrant la hiérarchie des normes, le contrôle de constitutionnalité n'a pas fini de mettre à l'épreuve la structure, la technique et la pensée judiciaires. Procès des normes, il se désigne tantôt comme contrôle *a priori*, abstrait, tantôt comme contrôle *a posteriori*, concret.¹¹ Les hypothèses classiques d'un tel contrôle sont désormais assez connues et suffisamment discutées.
4. Il y a d'abord, et à l'évidence, le contrôle de constitutionnalité des lois. Il s'agit, en particulier, d'un contrôle direct de constitutionnalité des lois par les juridictions constitutionnelles. Même si, pendant longtemps, on s'est interrogé sur la légitimité de contrôler la constitutionnalité des lois¹², un tel contrôle est considéré comme le mécanisme de protection de la Constitution à l'égard, plus généralement, des organes politiques et, en particulier, du législateur. Contrôle *a priori*, d'une part obligatoire en ce qui concerne les lois organiques et les règlements intérieurs des institutions constitutionnelles¹³, d'autre part, et en principe facultatif, en ce qui concerne les lois

indépendante le 1^{er} Août 1960 une orientation politique et idéologique militaro-marxiste-léniniste. Il fut mis fin à ce système par la Conférence des forces vives tenue du 19 au 28 février 1990. Une nouvelle Constitution fut alors adoptée le 11 décembre 1991.

⁹ CC, République de Bénin, DCC 06-76 du 27 juillet 2006.

¹⁰ En dehors des empoignades et défiances entre la Cour constitutionnelle et la Cour suprême, l'affaire fut écartelée entre juridictions civiles et pénales, il convient de rappeler que cette affaire a commencé depuis la fin des années 90, le tribunal de Ouidah (30 Km à l'Est de Cotonou) ayant rendu son jugement le 10 avril 2000. Elle porte sur la revendication du droit de propriété dont l'origine remonte aux années 60, un protocole d'accord daté du 10 août 1961 laissant supposer une tentative de règlement entre les parties à cette époque. C'est l'un des feuilletons de la contestation immobilière en Afrique noire francophone et, en particulier, en République du Bénin.

¹¹ DRAGO (G.), « Quels principes directeurs pour le procès constitutionnel ? », in Mél. GUINCHARD, Paris, Dalloz, 2010 p. 440.

¹² FERRERES COMELA (V.), « Est-il légitime de contrôler la constitutionnalité des lois ? », in TROPER (M.), CHAGNILLAUD (D.) (Dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution, Traités*, Paris, Dalloz, T.3, pp. 69-105. Selon cet auteur, « quel que soit le système mis en place, la question de sa justification se pose invariablement : le contrôle de constitutionnalité est-il acceptable ? Est-il légitime de soumettre les lois à un contrôle juridictionnel ? Les lois votées par le parlement ne devraient-elles pas bénéficier d'une immunité juridictionnelle ? » (p. 70). Mais comme il le souligne, « cette question classique a donné lieu à des débats passionnés. Depuis quelques décennies, le contrôle de constitutionnalité, jugé illégitime, a été rejeté dans plusieurs pays européens. Même lorsqu'il est accepté, sa justification fait sans cesse l'objet d'un débat qui n'est pas sans influencer sur les limites que les juridictions doivent respecter pour que leur contrôle soit considéré comme acceptable » (p. 70).

¹³ Constitution du Bénin, art. 117, al.1^{er}. C'est, à l'évidence, une « exception » mal nommée. Dans le régime procédural, ce n'est pas le juge saisi de l'incident qui l'examine. La Constitution lui fait obligation de transmettre les conclusions à la Cour constitutionnelle. L'article 122, in fine de la Constitution béninoise est très explicite à cet égard : « celle-ci (une juridiction) doit surseoir jusqu'à la

ordinaires¹⁴. Mais contrôle également *a posteriori*, par la voie d'exception, notamment de l'exception d'inconstitutionnalité¹⁵ dont les termes sont transposés dans le nouveau Code béninois de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes¹⁶ ainsi que dans le nouveau Code de procédure pénale¹⁷. A l'instar du droit français¹⁸, l'avènement du contrôle de constitutionnalité des lois en Afrique n'a pas procédé d'un volontarisme politique particulièrement enthousiaste¹⁹. Au demeurant, les expériences en cours sur ce continent renvoient tantôt au modèle américain du *judicial review*, comme c'est le cas au Kenya, en Ouganda ou au Nigéria, tantôt au modèle « *austro-kelsenien* », comme c'est le cas dans les États francophones et, en particulier, au Bénin.²⁰

5. Il y a, ensuite, le contrôle judiciaire de constitutionnalité, qui est un contrôle indirect de constitutionnalité des lois par les juridictions judiciaires. Les prérogatives du pouvoir ou de l'autorité judiciaire en matière de contrôle de constitutionnalité n'est, certes, pas une question nouvelle,²¹ même si l'attraction en faveur du contrôle auquel procède les cours ou conseils constitutionnels les relègue au rang de silhouette. Ce contrôle prend même un caractère préventif dans les États de tradition et d'inspiration juridiques françaises lorsqu'il est exercé par les conseils d'Etat et les cours suprêmes, dans le

décision de la Cour constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de trente jours ». Il s'agit, en réalité, d'une question préjudicielle au jugement.

¹⁴ Constitution du Bénin, art. 117 al. 1^{er}.

¹⁵ Constitution du Bénin, art. 122.

¹⁶ Loi n°2008-07 du 28 février 2011 portant Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, art. 164 et s.

¹⁷ Loi n°2012-15 du 18 mars 2013 portant code de procédure pénale, art. 577-579

¹⁸ MAUS (D.) « Nouveaux regards sur le contrôle de constitutionnalité par voie d'exception », in Mél. TROPPEL (M.), *L'architecture du droit*, Paris, Economica, 2006, pp. 665-678. Cet auteur observe, non sans raison, que : « Le contrôle de constitutionnalité des lois n'a jamais fait partie des valeurs fondatrices de l'histoire constitutionnelle française. Au nom de la souveraineté parlementaire, de son corollaire à propos du domaine illimité de la loi et de l'ancestrale crainte révolutionnaire d'un contrôle des tribunaux sur l'activité politique, tant la Cour de cassation que le conseil d'Etat ont toujours refusé d'entrer dans une quelconque logique d'un contrôle de légalité constitutionnelle ». Un tel contrôle est désormais rendu possible par l'article 61-1 de la Constitution française. Le mécanisme y est introduit, en effet, par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008. Certains, avec raison, ont vu dans cette évolution, « une avancée certaine pour le procès constitutionnel ». JAN (P.), *Le procès constitutionnel*, Système Droit, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., Paris, 2010, p. 11.

¹⁹ Même si, dans certains Etats, le contrôle de constitutionnalité a été envisagé dès leur accession à la souveraineté internationale, au travers des premières lois fondamentales, l'effectivité d'un tel contrôle fut retardée. Il a fallu le printemps démocratique des années 1990 pour voir la nouvelle génération de Constitution introduire un mécanisme formel et effectif de contrôle de constitutionnalité. Certains Etats ont envisagé le contrôle *a priori*, notamment le contrôle obligatoire des lois organiques et des règlements intérieurs des assemblées. Il en est ainsi : du Mali (Constitution du 25 février 1992, art. 86) ; du Royaume du Maroc (Constitution du 13 septembre 1996, art. 81) ; de la Mauritanie (Constitution du 12 juillet 1991, art. 86) ; du Tchad (Constitution du 14 avril 1996, art. 166). Le Sénégal a préféré un régime unifié de contrôle, la distinction entre lois organiques et lois ordinaires n'ayant pas été faite (Constitution du 7 mars 1963, révisée le 2 mars 1998, art. 82). Peu d'Etats ont prévu le contrôle *a posteriori*. On retrouve un tel contrôle, de manière restreinte au Sénégal, (L'article 82 limite l'exception d'inconstitutionnalité aux instances pendantes devant le Conseil d'Etat et la Cour de cassation), de manière large au TCHAD (art. 171 de la Constitution).

²⁰ ROUX (A.), « Contrôle de constitutionnalité. Organisations juridictionnelles », in TROPPEL (M.) et CHAGNILLAUD (D.) (Dir.), *Traité international de droit constitutionnel. Suprématie de la Constitution, Traités*, Paris, Dalloz, T.3, pp. 107-146.

²¹ BRAIBANT, G., « Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'Etat », in Mél. CONAC (G.), *Le nouveau constitutionnalisme*, Paris, Economica, 2001, pp. 185-192.

cadre de leurs prérogatives consultatives²². Le Conseil d'Etat français a progressivement investi, de manière positive, le champ du contrôle de constitutionnalité au travers de la fenêtre de celui de la conventionalité.²³ Or, traditionnellement, la juridiction judiciaire, dont la protection des droits humains constitue une activité quotidienne, est l'habitable du contrôle de constitutionnalité. Édouard LAMBERT en avait déjà fixé les termes, dans une perspective qui n'est point encore privé d'intérêt historique²⁴. De son côté, le droit pénal fournit au juge judiciaire une ressource particulière d'assurer la protection de la Constitution au moyen de l'incrimination, en France, des atteintes à la liberté individuelle²⁵ et, au Bénin, de l'attentat à la Constitution²⁶

6. Or, voici que la Cour constitutionnelle du Bénin identifie une nouvelle hypothèse de contrôle, celui tendu vers la vérification de la constitutionnalité des décisions de justice. Cette hypothèse met en lumière « les décisions de justice », c'est-à-dire celles rendues, à titre définitif et, pour certaines, irrévocables, dans tous les cas passés en force de chose jugée, par les cours et tribunaux, soumis au pouvoir judiciaire, à l'exclusion des décisions rendues par les juridictions constitutionnelles. Il s'agit des décisions relatives à la gouvernance de l'instance (décisions avant dire droit) ou sanctionnant la fin de l'instance. Il s'agit également de celles qui émanent des juges du fond ou de la cour de cassation ou encore des sections ou chambres judiciaires des cours suprêmes. A cette aune, la décision de justice constitue la proclamation collective de l'expiation d'une faute, d'un trouble social ou d'un mal quelconque, au moyen du rituel du sacramentum procédural. Comment alors, dans cette Afrique des cultes, remettre en cause le sacré ainsi proclamé par *Dikè* ? Ce n'est pourtant pas que les espaces de « rencontres » soient impossibles entre ce qui est *jugé* par les juridictions judiciaires et ce qui est à *juger* par les cours ou conseils constitutionnels. Certes, les situations ou hypothèses qui mettent en présence les « juges judiciaires » et les juridictions constitutionnelles ne sont pas identiques à celles qui mettent en présence les « décisions de justice » et les mêmes juridictions constitutionnelles.

²² Constitution béninoise, art. 132.

²³ BRAIBANT, G., op. cit, pp. 185-192.

²⁴ LAMBERT (E.), *Le gouvernement des juges, réimpression, Préface MODERNE* (F.), Paris, Dalloz, 2005. Empruntant la lucarne du droit américain, l'auteur a d'abord identifié « une forme primitive » du contrôle de constitutionnalité des lois, notamment avant 1803, année de l'arrêt par le *chief-justice* MARSHALL dans l'affaire Marbury v. Madison. Il a justifié cette prégnance constitutionnelle du pouvoir judiciaire classique par l'importance qu'accorde la Constitution américaine à la protection des droits fondamentaux : « Sans doute, des germes propices à cette évolution se trouvaient déjà déposés dans l'article 1^{er}, section 10, § 1^{er} de la Constitution fédérale qui interdit aux États d'édicter des lois « affaiblissant l'obligation des contrats » et surtout dans son annexe le *Bill of rights* qui, dans la fin de son article 5, dispose que personne ne pourra être privé de sa vie, liberté ou propriété sans procédure régulière de droit » (p. 38). On souligne encore, que le Juge John MARSHALL avait procédé au contrôle de constitutionnalité en sa qualité de « Chief », c'est-à-dire de « président » de la Cour suprême, juridiction éminemment judiciaire. C'est que, comme le souligne encore André ROUX, « le modèle américain se caractérise par un contrôle de type « diffus », en ce sens que tous les tribunaux peuvent, à l'occasion de n'importe quel procès, apprécier la constitutionnalité des lois. Ce sont donc normalement les individus (les justiciables) qui sont à l'origine du contrôle de constitutionnalité. Au cours d'un procès, tout justiciable peut, en effet, soulever une exception d'inconstitutionnalité qui, si elle est acceptée, conduira le tribunal à écarter l'application de la norme inconstitutionnelle du procès en cours ». ROUX (A.), op. cit., p. 115.

²⁵ Art. 432-4 Code pénal français tel que modifié par l'ordonnance n°2000-916 du 19 septembre 2000, JORF 22 septembre 2000 en vigueur le 1^{er} janvier 2002.

²⁶ Art. 114 et s. du Code pénal en vigueur au Bénin.

7. Dans la première catégorie, l'on pense à l'exception d'inconstitutionnalité²⁷ qui, au fond, constitue une question préalable de constitutionnalité²⁸, ou une question prioritaire de constitutionnalité.²⁹ C'est encore le contrôle de constitutionnalité de la loi qui est provoquée puisque la question posée à la cour ou au conseil constitutionnel et transmise par la juridiction saisie³⁰ porte nécessairement sur la constitutionnalité d'une loi.³¹ L'on peut également, dans cette même catégorie, penser au recours par voie d'action directe dont les effets (collatéraux ?) sur le sort d'une instance ne sont pas négligeables.
8. Que l'on se place de ce côté du sahel, ou de celui du Potomac³², voire de celui du Rhin, l'on ne voit la juridiction constitutionnelle que dans la prévention des dérives du législateur à l'égard de la loi ou dans la régulation de ce que, avec d'autres, Jacky HUMMEL, dans une approche sociologique, qualifie bien de « conflits constitutionnels »³³.
9. Mais la justice constitutionnelle est tout autant créative que dynamique. Elle devient de plus en plus prétorienne, c'est-à-dire fondamentalement jurisprudentielle, dans un sens inspiré de GENY. Elle passe toujours une couche, énonce de nouveaux horizons, donne à découvrir, comme au XIX siècle, des vertus cachées de dispositions apparemment simples.³⁴ Mais il arrive que ce génie jurisprudentiel se traduise par la création d'un objet ou la provocation d'un phénomène juridique difficilement identifiable et, à tous le moins aux implications imprévisibles. Tel semble être le cas du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice.

Ce type de contrôle ne paraît, en effet, pas recevoir les suffrages de la recherche scientifique ni l'intérêt des échanges de différents cénacles de constitutionnalistes. Il est vrai que cela n'est point évident, lorsque l'on considère que la célébration de la justice

²⁷ L'exception d'inconstitutionnalité est, à l'évidence, un moyen au régime dualiste. En ce qu'elle vise à « suspendre le cours » d'une procédure selon la définition de l'article 164 du Code de procédure civile commerciale, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC) du Bénin et art. 577 et s. du CPC français. Il s'agit bien d'une exception de procédure. De ce point de vue, on ne peut contester sa place à l'intérieur de l'énumération des exceptions de procédure proposée par l'art. 164 du CPCCSAC. Mais, en ce qu'elle rompt le principe « le juge de l'action est celui de l'exception ou de l'incident », en provoquant la suspension de l'instance afin que la Cour constitutionnelle statue sur le moyen, il s'agit d'une question préjudicielle au jugement.

²⁸ Qu'elle soit exceptionnelle, préjudicielle ou prioritaire, la question de constitutionnalité est en effet préalable à tout examen au fond dans un contexte de légalité et de légitimité normative. C'est la norme supérieure qui fournit à la règle de droit la substance de sa positivité.

²⁹ Le glissement de sens en droit français n'a d'autre vertu que la recherche de l'originalité conceptuelle.

³⁰ Lorsque l'exception est invoquée dans une affaire pendante devant une juridiction, celle-ci a l'obligation de surseoir à statuer jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle rende sa décision. Cette décision intervient, en principe, dans un délai de trente jours (Art. 122 de la Constitution béninoise).

³¹ Jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin sur le sujet.

³² L'expression est empruntée à M. Théodore HOLO. *HOLO (Th.)*, « La présidence impériale : du Potomac au Sahel », *R.B.S.J.A.*, n°9, déc. 1987, pp 1-9

³³ HUMMEL (J.) (Dir.), *Les conflits constitutionnels. Le droit constitutionnel à l'épreuve de l'histoire et du politique*, coll. L'Univers des normes, P.U.R, Rennes, 2010, p. 10. Selon ces auteurs, le « conflit constitutionnel » se définirait par « le fait d'être un conflit politique dans lequel les acteurs s'efforcent d'étayer leur raisonnement par des arguments juridiques tirés d'une lecture de la lettre constitutionnelle, chaque camp accusant la partie adverse d'une mésinterprétation ou d'une violation de ses dispositions ».

³⁴ Le destin jurisprudentiel fabuleux de l'art. 1384 du Code civil en constitue la plus éloquente illustration.

constitutionnelle n'a connu son apogée en Europe continentale qu'à partir des années 1920 par l'émergence d'un contrôle de constitutionnalité des lois qui s'est progressivement répandue.³⁵ Mais la Cour constitutionnelle béninoise semble apprécier les sauts, même ceux qui paraissent conduire dans l'incertain, et, dans un esprit de constitutionnalisation de tous les phénomènes du droit, elle ne s'est point épargnée de s'intéresser à la conformité des décisions de justice à la Constitution. Or, la question reste posée : peut-on, à la vérité, soumettre au contrôle de constitutionnalité, les décisions de justice au sens de chose décidée, à titre définitif, par les organes du pouvoir judiciaire ?

10. La question n'est pas aussi nouvelle qu'elle paraît à première vue. Elle fut quelques fois posée en droit français, notamment sous le prisme des rapports entre le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. On s'est même, à ce propos, très clairement interrogé³⁶, même si les réponses restent ambiguës. Elle fut également posée en droit béninois, notamment à la Cour constitutionnelle avec une acuité progressive. Celle-ci, sans surprise, a d'abord répondu par la négative. Ce refus fut affirmé avec une constance qui n'annonça guère le revirement jurisprudentiel intervenu.

11. Saisie le 6 novembre 1996 d'une requête par laquelle un avocat défère devant elle un arrêt de la Cour d'appel de Cotonou pour violation d'une disposition de la Constitution, la cour constitutionnelle affirma le principe que « le contrôle de régularité des décisions de justice relève de la compétence, en dernier ressort de la Cour suprême ; que l'arrêt déféré est une décision juridictionnelle de la Cour d'appel ; que dans le cas d'espèce, la Cour constitutionnelle ne saurait en connaître ». ³⁷ Ce principe a été affirmé plus d'une dizaine de fois, de 1997 à 2005. Ainsi, le recours tendant à voir la Haute juridiction « constater la violation manifeste de la constitution par l'arrêt de la chambre judiciaire de la cour suprême... » doit être déclaré irrecevable ; ³⁸ et, *a fortiori*, quand il s'agit d'un arrêt de l'assemblée plénière de la cour suprême³⁹. Même un jugement ne saurait faire l'objet de contrôle de constitutionnalité,⁴⁰ ni une ordonnance rendue à pied de requête par le président d'un tribunal de première instance.⁴¹ Elle est tout autant incompétente pour en contrôler la constitutionnalité que pour en assurer l'exécution.⁴²

12. Cette constance jurisprudentielle semble mettre l'accent sur ce que la Cour n'affirmait point : le refus d'instauration de toute hiérarchie en sa faveur, entre les hautes juridictions, qu'elles soient constitutionnelle ou judiciaire. Rappelé avec force et

³⁵ ARDANT (Ph.), *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris, LGDJ, 16^{ème} éd., p. 98.

³⁶ TAVERNIER (P.), « Le Conseil constitutionnel français peut-il échapper au contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme ? », in, Mél. CONAC (G.), op. cit., pp. 255-273.

³⁷ Décision DCC 97-025 du 14 mai 1997, Recueil des décisions et avis de la cour constitutionnelle du Bénin, ci-après « Recueil », 1997, pp. 107-109 ; Décision DCC 05-018 du 03 mars 2005, Recueil, 2005, pp. 91-92.

³⁸ Décision DCC 98-021 du 11 mars 1998, Recueil, 1998, pp. 101-104 ; Décision DCC 98-044 du 14 mai 1998, Recueil, 1998, pp. 223-226.

³⁹ Décision DCC 98-022 du 11 mars 1998, Recueil, 1998, pp. 105-107 ; DCC 03-023 du 27 février 2003, Recueil, 2003, pp. 105-107.

⁴⁰ Décision DCC 00-031 du 5 avril 2000, Recueil, 2000, pp. 117-118 ; Décision DCC 05-116 du 20 septembre 2005, Recueil, 2005, pp. 557-558.

⁴¹ Décision DCC 03-055 du 18 mars 2003, Recueil, 2003, pp.221-223 ; Décision DCC 03-123 du 20 août 2003, Recueil, 2003, pp.499-501.

⁴² Décision DCC 01-067 du 26 juillet 2001, Recueil, 2001, pp. 271-273.

fréquence, ce refus est sanctionné, tantôt par l'incompétence, tantôt par l'irrecevabilité sans qu'elle attachât à ces formulations, une distinction importante.

13. Le sujet prend un relief nouveau lorsqu'on déplace le curseur sur le terrain des rapports de droit privé, et, en particulier, du droit processuel. Au cœur du débat, la garantie de la stabilité de la chose jugée et, par suite, de la sécurisation transparente des intérêts privés. L'enjeu est d'importance car, de la pertinence de la réponse, dépendra le respect, par l'Etat, de ses engagements en faveur de la garantie d'un procès dans l'équité et dans la légalité qui suppose la prévisibilité et un renforcement de ce qu'un auteur appela la « démocratie procédurale ».⁴³ Cette migration du regard n'est donc pas sans lien avec le droit d'accès à la justice, mais encore, le droit de savoir quand le procès prend fin, ou, celui de savoir à quelles conditions il peut être prolongé. Or, ces droits sont tout aussi fondamentaux.

14. Au fond, par son revirement du 13 août 2009, le juge constitutionnel s'autorise l'examen de la vérité proclamée par le juge judiciaire. Dans le débat sur la légitimation de la rationalité de la justice et, en substance, sur la place des valeurs suprapositives dans l'interprétation du droit par le juge, la juridiction constitutionnelle semble prendre le parti, contre WEBER, de HABERMAS⁴⁴ en donnant à penser que toute rationalité attachée au droit et à la justice doit puiser d'abord dans les valeurs avec lesquelles l'individu est entré en société⁴⁵. Mais à quel prix la fontaine du droit naturel conduira l'œuvre de justice aux valeurs morales attendues ? Serait-ce au prix du sacrifice de la raison juridique, avec, sans doute, l'onction avenante de HUME, pour qui le jugement n'est pas affaire de raison, mais de sentiment ?⁴⁶

⁴³ GUINCHARD (S.), « Vers une démocratie procédurale », *Justices 1999, n°1, nouvelle série* ; « Les métamorphoses à l'aube du III^e millénaire », in *Clefs pour le siècle, Paris II, Dalloz, mai 2000*. Même si, pour ce qui concerne la procédure civile et à la suite de CADIET, on ne peut perdre de vue que « La question de la démocratisation de la procédure civile renvoie d'abord au développement des systèmes d'aide juridique » en vue d'ouvrir le droit et le procès à tous, on ne peut méconnaître non plus cette donnée sous-jacente qu'est la prévisibilité aussi bien des règles que de l'interprétation. Cf. CADIET (L.), « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in Mél. WIEDERKERH (G.), p. 85.

⁴⁴ HABERMAS (J.), *Droit et démocratie*, trad. Fr., NRF, 1996 ; aussi, *Droit et morale*, trad. fr., Seuil, 1997. Dans ce dernier ouvrage, le philosophe du droit observe notamment : « ...il y a bien désormais une moralisation saillante du droit, elle est indéniable et irréversible ; elle est intimement liée à la poussée de juridicisation qui a accompagné l'Etat-providence. Si le droit naturel rénové sous les auspices du christianisme, ou de l'éthique des valeurs est, tout comme le néo-aristotélisme, impuissant face à cela, c'est que ce sont des interprétations qui n'ont pas les propriétés nécessaires pour dégager le noyau rationnel de la pratique de procédure judiciaire. ». Ibid, p. 133. Plus loin, il souligne : « L'hypothèse de Max WEBER selon laquelle il y aurait une rationalité inhérente au droit en tant que tel, qui, indépendante et étrangère à la morale, serait le fondement de la force de légitimation de la légalité, ne s'est pas confirmée ».

⁴⁵ « La domination exercée sous les formes d'un droit positif en quête de justification doit constamment sa légitimité à un contenu moral implicite présent dans les qualités formelles du droit », HABERMAS (J.), *Droit et morale*, Seuil, 1997, p. 133.

⁴⁶ Au sujet du jugement, David HUME affirme, en effet, que : « C'est [...] en ces sentiments et non dans la découverte de relations quelles qu'elles soient que consistent toutes déterminations morales. Avant même que nous puissions former une décision de ce genre, tout doit nous être connu et assuré quant à l'objet ou à l'action concernée. Il ne nous reste qu'à éprouver, pour notre part, un sentiment de blâme ou d'approbation, en vertu duquel nous déclarons l'action criminelle ou vertueuse ». HUME (D.), *Enquête sur les principes de la morale*, trad. BARANGER (Ph.) et SAHEL (Ph.), Flammarion, 1991, pp. 210-211-212.

15. En affirmant qu'un arrêt de la Cour suprême est contraire à la Constitution, la Cour constitutionnelle admet, sans détour, le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice au moyen d'un forçage inattendu. Or, il n'est pas certain que les effets que semble instiller ce revirement opéré soit exempts de critiques. Aussi, convient-il, dès l'abord, de s'interroger sur le forçage opéré par la Haute juridiction (**I**) avant, ensuite, d'en discuter des effets possibles (**II**).

I – UN FORÇAGE INATTENDU

16. L'admission du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice par la juridiction constitutionnelle apparaît, aussi bien dans la méthode que dans la finalité, comme un passage forcé. Pour y procéder, le juge constitutionnel béninois a recouru à deux principaux alibis : il s'agit de l'alibi des droits humains et de celui de la chose constitutionnellement jugée.

A – L'ALIBI DES DROITS DE L'HOMME

17. On ne peut nier les prérogatives certaines de la Cour constitutionnelle béninoise en matière des droits de l'homme. Ainsi que le rappelle chaque fois la Cour constitutionnelle, selon l'article 3 al. 3 de la Constitution, « toute loi, tout texte réglementaire et tout acte administratif contraires à ces dispositions sont non avenus. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la cour constitutionnelle contre les lois, textes et actes présumés inconstitutionnels ». C'est à la suite de ce texte que l'art. 117 al. 1^{er} tiret 1.3 dispose qu'elle « statue obligatoirement sur la constitutionnalité des lois et des actes réglementaires censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine et aux libertés publiques et, en général, sur la violation des droits de la personne humaine »⁴⁷. Mais peut-on considérer que cette disposition confère des prérogatives sans limite en faveur de la juridiction constitutionnelle ? C'est pourtant ce qu'elle semble affirmer, à cet égard, dans son considérant principal, à titre de *ratio decidendi*, en posant que, « en matière des droits de l'homme, les décisions de la Cour constitutionnelle priment sur toutes celles des autres juridictions ». Il y a là, à l'évidence, un double malentendu : les prérogatives de la Cour constitutionnelle ne sont pas illimitées en matière des droits de l'homme ; la Cour n'est pas la juridiction des juridictions en matière des droits de l'homme. La compétence visée paraît bien limitée et la hiérarchie envisagée est tout aussi discutabile.

1 – UNE COMPÉTENCE LIMITÉE

⁴⁷ La Constitution béninoise fut adoptée, le 11 décembre 1990 à une époque où il n'existait pas, en Afrique, une juridiction ayant des compétences avérées en matière des droits de la personne, à l'image de la Cour européenne. La Commission africaine des droits de l'homme, à vocation plutôt consultative et de promotion des droits humains, ne pouvait combler les attentes accentuées par plus de décennie de dictature et de négation de l'être humain dans ces droits. La méfiance à l'égard des institutions judiciaires, diminuées par les systèmes monopartisans ont conduit les rédacteurs de la Constitution à cette dignité de juridiction des droits de l'homme.

18. C'est BACON qui enseigne que le juge doit rester dans les limites imposées par la loi : « Déplacer la pierre indicative des limites d'un héritage est certainement une action très coupable ». ⁴⁸ Les limites relatives à la compétence de la Cour constitutionnelle en matière des droits de l'homme apparaissent à deux points de vue : d'abord du point de vue formel, puis du point de vue matériel.
19. Au sens formel, les droits de l'homme sont portés (on peut dire transportés) devant la cour par les lois et les actes réglementaires. C'est donc sans surprise qu'à plusieurs reprises, la même cour énonça qu'il s'agit d'une énumération dont ne font pas parties les décisions de justice : « Il résulte de cette disposition que la Cour constitutionnelle est juge de la constitutionnalité des lois, textes réglementaires et actes administratifs ; que les décisions de justice ne figurent pas dans cette énumération ; [...] en conséquence, la Cour est incompétente ». ⁴⁹ Cette position paraît proche de la réalité si l'on considère, que, historiquement et fondamentalement, les juridictions constitutionnelles assurent une fonction de protection de la Constitution contre les pouvoirs politiques, en particulier le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif. La Cour constitutionnelle n'est pas, en soi, un produit de l'héritage de la méfiance caractérielle et atavique des révolutionnaires contre les parlements, et, au sens contemporain du terme, des politiques contre les juges. Or, par un détour, autant de l'interprétation que de l'histoire, la Cour constitutionnelle béninoise se fait plus héritière de cette méfiance et entreprend de soumettre au stage de la régularité constitutionnelle les décisions de justice.
20. Dans le fond, la Cour s'est érigée en juridiction ayant compétence formelle d'apprécier les actes de juridiction relevant du pouvoir judiciaire, c'est-à-dire en organe de réformation des décisions de justice, au sens du droit judiciaire privé. Surgit en réalité un malentendu théorique sur la nature de la Cour constitutionnelle, sous le prisme des rapports de droit privé. Serait-elle, une « juridiction », sous ce prisme, et, par suite, ayant pouvoir de réformation et de régulation de l'appréciation du droit par les juges ? Certes, on a déjà vu, avec CARRE DE MALBERG que ce n'est ni l'objet, ni le but, ni la nature des actes qui caractérisent la fonction juridictionnelle, mais plutôt, les formes ⁵⁰, c'est-à-dire, des actes accomplis par une autorité instituée comme telle et suivant une procédure indiquée. Pour JEZE ⁵¹ et DUGUIT ⁵², la juridiction est caractérisée du point de vue matériel, par la nature des actes prononcés par l'organe. Selon ces auteurs, une juridiction serait un organe qui, soit, procède à une constatation de situation factuelle ou juridique avec force de vérité légale (JEZE), ou un acte complexe, comprenant une constatation et une décision formant un tout logique et indivisible (DUGUIT). Le rapport de constatation unit ces deux auteurs mais, pour le

⁴⁸ BACON (F.), *De la justice universelle*, trad. VAUZELLZS (J-B.), L'Harmattan, 2006. Selon ce philosophe : « Les juges ne doivent pas oublier que leur mission est de juger, et non de faire les lois ; qu'ils sont, que dis-je, les interprètes de la loi et non des législateurs ». Montesquieu n'a pas dit mieux : « Les juges de la nation ne sont (...) que la bouche qui prononce les paroles de la loi ». MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, T. I, Livre XI, chap. VI, GALLIMARD, 1995, Paris, pp. 337-338.

⁴⁹ Décision DCC 00-031 du 05 avril 2000 déjà citée.

⁵⁰ CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, réimpression, Paris, Dalloz, 2007, n° 229 et s., pp. 691 et s.

⁵¹ JEZE (G.), *Les principes généraux du droit administratif*, 3^{ème} éd., 1925, cité par, VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, réimpression, préface de GUINCHARD (S), Paris, Dalloz, 2011, p. 73.

⁵² DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd. T. 1, ch. 3, cité par VIZIOZ (H.), *Etudes de procédure*, réimpression, préface de GUINCHARD (S), Paris, Dalloz, 2011, p. 73.

Doyen DUGUIT, une juridiction a pour fonction de prolonger la constatation par la décision. A se contenter des définitions suggérées par ces auteurs, on considèrerait bien la Cour constitutionnelle comme une juridiction, c'est-à-dire, à tout le moins, comme un organe dont l'activité consiste à effectuer une constatation et, sur le fondement d'une norme (la loi fondamentale), à rendre une décision.

21. Seulement, sous le rapport de droit privé, cette approche, quoique pertinente, n'est guère suffisante. Sous ce rapport, l'élément « constatation » doit nécessairement être éprouvé par l'élément « contestation » laquelle est portée par les acteurs saisis par le droit privé et soumis à l'organe visé. Comme le souligne VIZIOZ « il y a juridiction, toutes les fois que l'agent public intervient pour trancher une question de droit, c'est-à-dire toutes les fois qu'il est appelé à se prononcer sur une prétention d'ordre juridique ». ⁵³ L'élément contestation qui est aussi la pierre angulaire du critérium proposé par HAURIOU ⁵⁴ détermine la caractérisation de la juridiction sous le rapport du droit privé. La juridiction apporte en effet une solution aux différends existentiels des particuliers sur le fondement de la règle de droit. Cette contestation née est portée devant la juridiction par l'acceptation des parties, à la fois de l'instance que du juge. Si l'on admet que les juridictions sont « les organes chargés de trancher les litiges, au moyen d'une décision à laquelle, dans un sens très large, on donne le nom de jugement » ⁵⁵, c'est en raison de ce que, pour celles relevant de l'ordre judiciaire, la contestation préexiste à la saisine de la juridiction et détermine sa mise en marche. Or, la Cour constitutionnelle ne semble pas être saisie de différends ou de litiges constitutifs de contestation entre particulier et sous le rapport du droit privé. Il semble plutôt que la Cour constitutionnelle ne fût point saisie du règlement du litige entre les parties en vue de la proclamation de la vérité partisane. Elle n'en a point reçu la compétence. Autrement, elle eût pu accueillir directement, et parties et litiges. En ce sens, elle n'est point alors une juridiction. La preuve en est que, d'une part, elle n'a pas cru devoir réformer par elle-même la décision anéantie et, d'autre part, elle n'a point les ressources de faire structurellement réformer ladite décision : L'impossibilité par elle de procéder à un renvoi est l'illustration de sa caractérisation insuffisante de juridiction au sens du droit privé.

22. Le Doyen VEDEL avait bien raison : bien des singularités marquent la procédure constitutionnelle et « la litanie des dispositions juridiques ayant produit des résultats inattendus et souvent contraires aux objectifs qu'elles semblaient devoir servir est bien connue ». ⁵⁶ L'un de ces « effets pervers » (l'expression est de VEDEL), c'est d'éloigner la science du droit de son objet. Or, le droit ne doit ni dissoudre son objet, ni le modifier : « La science du droit, enseigne TROPER, en tant que science, doit se borner à connaître son objet, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas chercher à le modifier et qu'elle ne doit tenter de connaître que ce qui est connaissable. Son objet est en effet le droit tel qu'il est et non tel qu'il devait être... ». ⁵⁷ L'interprétation proposée par la Cour constitutionnelle béninoise semble s'être dispensée de toute approche

⁵³ VIZIOZ (H.), op. cit., p. 93.

⁵⁴ HAURIOU (M.), « Les éléments du contentieux », *Recueil de législation de Toulouse, 1905, pp. 1-98*

⁵⁵ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Domat, droit privé, Paris, Montchrestien, 15^{ème} éd. 2012, p. 97, n° 96.

⁵⁶ VEDEL, (G.), « Réflexions sur les singularités de la procédure devant le conseil constitutionnel », in Mél. PERROT, R., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Paris, Dalloz, 1995, pp. 538.

⁵⁷ TROPER, (M.), « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, p. 35.

cognitiviste et, à tout le moins, réaliste. Elle a traduit ce qui, selon elle, *devrait être* plutôt que *ce qui est*. Au fond, acquise au jusnaturalisme, la Cour constitutionnelle béninoise étend ses tentacules prétoriennes au-delà de tout ce qui intéresse les droits de l'homme, tout ce qui intéresse l'être humain.

Car, au plan matériel, il n'y a plus d'espace de la vie juridique (et, peut-on dire, de la vie tout court) qui ne soit saisi par les droits de l'homme. Les droits économiques et sociaux et les droits de solidarité ont fini d'étendre les droits de l'homme à *tout ce qui fait l'homme, tout ce qui arrive à l'homme et tout ce que vit l'homme*. Ils se manifestent en particulier dans les rapports de droit qu'entretiennent les particuliers. Qu'il s'agisse de la famille, des personnes, des affaires ; du droit du fond ou celui de la procédure, le droit lui-même est de l'homme. Pourtant, il faut se garder de considérer que la Cour constitutionnelle est la chute vers laquelle charrierait le long cours des droits de l'homme. Ces droits ne saisissent la Cour que lorsqu'ils sont portés par des actes faisant l'objet de l'énumération de l'article 3 de la Constitution.

Autrement, la Cour constitutionnelle échapperait à cette nature de juridiction constitutionnelle qui déteint nécessairement et inéluctablement sur sa compétence en matière de droits de l'homme. Elle deviendrait, au mieux, une juridiction de droit commun et, au pire, une juridiction de degré quelconque. Intégrer la Cour constitutionnelle dans une hiérarchie judiciaire institutionnelle est, à cet égard, fort discuté.

2 – UNE HIÉRARCHIE DISCUTÉE

23. Patiemment, la Cour constitutionnelle instaure une hiérarchie à l'intérieur de l'organisation juridictionnelle, à la tête de laquelle, sur le terrain des droits de l'homme, elle se place. Le phénomène ne s'observe pas seulement dans le système béninois. En France, on a observé, à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 et, en particulier, avec l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité, l'émergence d'un « pouvoir juridictionnel implicite ».⁵⁸ Si, dans ce pays, « le pouvoir juridictionnel s'affirme, sans pour autant que celui-ci ne triomphe sur le plan de son existence constitutionnelle »⁵⁹, c'est sans doute que « Les constituants ont certainement ici voulu empêcher l'activisme du juge »⁶⁰ et s'abstenir de bouleverser la cartographie juridictionnelle.

24. Or, le revirement opéré enseigne, en premier lieu, que les droits de l'homme sont une matière attributive de compétence : « ... en matière de droits de l'homme... » et, d'autre part, en cette matière, la Cour constitutionnelle serait la juridiction suprême :

⁵⁸ HOURQUEBIE (F.), « Quelques observations sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel en France », in *Cadernos de Pos-Graduações em direito, Faculdade de direito Universidade de Sao Paulo, Manole, n°15, 2012*. Selon cet auteur, en dépit de la résistance à la mutation formelle du Conseil constitutionnel français en Cour constitutionnelle comme c'est le cas dans les États européens, « c'est l'instauration d'une forme de question préjudicielle de constitutionnalité nommée question prioritaire de constitutionnalité par la loi organique du 10 décembre 2009 qui a été la véritable innovation et qui [...] esquisse le périmètre de ce qui pourrait être le pouvoir juridictionnel français ».

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid.

« ... les décisions de la Cour constitutionnelle priment celles de toutes les autres juridictions... ». On ne saurait contester que « les droits de l'homme » constituent bien une matière au sens de l'ensemble des « éléments soumis au juge pour qu'il y applique sa juridiction contentieuse ou gracieuse »⁶¹. A ce titre, ils font partie des « éléments » attributifs de compétence de la Cour constitutionnelle. En revanche, admettre que la juridiction constitutionnelle serait au sommet d'une hiérarchie institutionnelle en cette matière paraît excessif. A tout le moins, cette admission méconnaît que les âges et les lois ont confié au juge judiciaire le siège de la protection des droits et libertés. Le Conseil constitutionnel français l'a même rappelé, en ce qui concerne la liberté individuelle : « Considérant que l'article 66 de la Constitution, en réaffirmant ce principe, en confie la garde à l'autorité judiciaire ».⁶² Cette dévolution historique explique également la réticence initiale de la Cour constitutionnelle béninoise à censurer ce qui est décidé par le pouvoir judiciaire à cet égard. Au demeurant, cette réécriture jurisprudentielle de la hiérarchie juridictionnelle n'intègre ni la mécanique judiciaire, ni son esprit. Au mieux, soumettre les décisions du pouvoir judiciaire au contrôle de la Cour constitutionnelle soulève une double objection : l'insuffisance de la légitimité professionnelle et la perte de la légitimité démocratique.

La légitimité professionnelle résulte de la mécanique judiciaire, fondée essentiellement sur la professionnalisation de la justice. Les magistrats sont, en principe, recrutés, formés et affectés dans les juridictions où ils exercent suivant les règles relevant de leur statut et de leur déontologie.⁶³ Il est vrai, tout magistrat n'est pas juge. Tout juge n'est pas non plus magistrat. Mais toute juridiction judiciaire est essentiellement constituée de magistrats. Recrutés sur la base, entre autres, de critères d'aptitude technique et de moralité.⁶⁴ L'intégration formelle, par le mécanisme d'un rituel quasi - initiatique, avec une soumission disciplinaire à la juridiction des pairs que constitue le Conseil supérieur de la magistrature transforme l'espace judiciaire en forteresse corporatiste. Or, les « membres »⁶⁵ procèdent, en ce qui concerne leur recrutement et leur fonctionnement, de tout autre mécanique. Ils sont recrutés, par des organes politiques⁶⁶ suivant des critères mixtes⁶⁷ et peu professionnels.

⁶¹ CORNU, (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, Paris, PUF, 2009, p. 581.

⁶² CC., n°76-75 DC, 12 janvier 1977, Loi autorisant la visite des véhicules en vue de la recherche et de la prévention des infractions pénales (Fouille des véhicules »), Rec. Const., p. 33, in, VERPEAUX (M. et Alii), *Droit constitutionnel : Les grandes décisions de la jurisprudence*, Thémis droit, Paris, PUF, 2011, pp. 460 et s.

⁶³ Le statut des magistrats est réglé, en République du Bénin, par la loi n°2001-35 du 21 février 2003. L'article 1^{er} al. 2 de ce texte constitue les magistrats en corps : « Le corps de la magistrature comprend tous les magistrats intégré dans le corps de la magistrature conformément au présent statut en service dans les juridictions, dans l'administration centrale dans l'administration centrale de la justice et en détachement dans d'autres organismes ».

⁶⁴ Les magistrats sont recrutés, soit parmi les auditeurs de justice, soit sur titre dans les conditions définies par la loi portant statut de la magistrature. Avant leur admission dans le corps de la magistrature, les auditeurs de justice et les personnes recrutées sur titre sont soumis à une enquête de moralité effectuée par un magistrat d'une cour d'appel qui en dresse le rapport au garde des sceaux, ministre en charge de la justice (article 26).

⁶⁵ Comme l'a remarqué M. HOURQUEBIE, la justice constitutionnelle est composée de « membres » et non pas de « juges ». HOURQUEBIE, op. cit., p. 11.

⁶⁶ Les sept (7) membres de la Cour constitutionnelle du Bénin sont recrutés, à raison de trois (3) par le président de la République et de quatre (4) par le bureau de l'Assemblée nationale. (Art. 115 al. 3 de la loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin.

⁶⁷ Parmi les sept membres, on compte deux (2) « personnalités de grande réputation professionnelle » ; deux (2) « juristes de haut niveau, professeurs ou praticiens du droit » et, il est vrai,

La légitimité démocratique est fondée dans la superficialité du lien entre le pouvoir judiciaire et les pouvoirs politiques. L'absence de subordination scientifique en constitue le trait de caractère et se traduit par l'indépendance⁶⁸. Cette indépendance se traduit aussi bien par le contenu que le dépositaire du serment prononcé par les magistrats. En effet, tandis que les juges composant le pouvoir judiciaire promettent, dans le serment préalable à leur envoi en juridiction, de se conduire « en digne et loyal magistrat »⁶⁹, tel n'est pas le cas des membres de la Cour constitutionnelle⁷⁰ encore que les premiers prêtent leur serment devant leurs pairs⁷¹ tandis que les seconds s'engagent devant les pouvoirs politiques⁷². A l'arrivée, la Cour constitutionnelle tient son recrutement et son fonctionnement dans une affiliation politique alors que le pouvoir judiciaire tient son existence dans une filiation professionnelle, technique et corporatiste.

25. Mais la position nouvelle de la Cour constitutionnelle du Bénin n'est pas sans rapport avec le glissement de sens auquel conduit le plus souvent la notion de « juridiction suprême ». En effet, une juridiction n'est suprême qu'autant qu'elle est placée, suivant un ordre établi, à la tête de la hiérarchie institué par le législateur. Aussi, hors d'un ordre qui institue une hiérarchie, serait-il hâtif de qualifier une juridiction de suprême. A moins de considérer, dans une approche transcendante, qu'il y a des juridictions sans ordre, comme des généraux sans troupes, et qui exerceraient une suprématie de fiction. Quel que soit le prestige d'une institution, il faut se garder de lui faire perdre sa nature ou, par atouchements et contournement, d'opérer une confusion de genre qui nuise à la démocratie. La Cour constitutionnelle n'est pas une juridiction au sens classique du terme et, dans tous les cas, sous les rapports de droit privé même si, en

trois (3) magistrats ayant une expérience de quinze années au moins. Mais en dépit des qualités supposées que suggère la Constitution, le rapport professionnel initial et continu fait bien défaut.

⁶⁸ L'indépendance serait, pour un juge, de « savoir résister à ses inclinations politiques (au sens de la vie de la cité), personnelles dans les affaires qu'il doit juger ». GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, Précis, 11^{ème} éd., 2011, p. 255, n°187. A la vérité, c'est la maîtrise, par le juge, de la formulation et de l'expression de son opinion. L'indépendance est l'absence d'atteinte extérieure sur la sincérité de la décision rendue par le juge. L'atteinte visée, en particulier, est celle des pouvoirs politiques, dont la tendance naturelle est de s'éclorre en absorbant les autres pouvoirs.

⁶⁹ Suivant les termes de la loi béninoise portant statut de la magistrature, tout magistrat, avant son intégration, prête le serment suivant : « Je jure de bien et fidèlement remplir mes fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et des lois, de garder le secret des délibérations et des votes, de ne donner aucune consultation à titre privé, de ne prendre aucune position publique sur les questions relevant de la compétence de la Cour ou du tribunal, et de me conduire en tout en digne et loyal magistrat ».

⁷⁰ L'article 7 al. 2 de la loi n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique de la Cour constitutionnelle dispose, en ce qui concerne le serment des membres de ladite cour : « Ils jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution, de garder le secret des délibérations et des votes, de ne prendre aucune position publique, de ne donner aucune consultation sur les questions relevant de la compétence de la cour ».

⁷¹ Les magistrats du siège et du parquet sont installés dans leurs fonctions en audience solennelle à laquelle ils sont nommés. Au demeurant, en cas de nécessité, l'audience solennelle peut être présidée par un magistrat d'une autre juridiction désignée par le président de la cour d'appel du ressort. Quant au président de la cour d'appel c'est le président de la cour suprême qui procède à son installation sur réquisition du procureur général près ladite cour. Cf. art. 10 de la loi portant statut de la magistrature.

⁷² La loi organique dispose, en son art. 7 al. 1^{er} que les membres de la Cour constitutionnelle prêtent leur serment devant le Président de la République et les membres du bureau de l'Assemblée nationale.

soutien, elle appelle la chose par elle jugée pour anéantir celle par le pouvoir judiciaire décidée.

B – L'ALIBI DE LA CHOSE JUGÉE

26. Le revirement du 13 août 2009 s'est opérée, pour la raison qui paraissait, aux yeux de la Cour constitutionnelle évidente selon laquelle « la chambre judiciaire a (...) méconnu l'autorité de la chose jugée attachée à la décision (...) de la Cour constitutionnelle »⁷³. A l'aptitude fonctionnelle de la Cour constitutionnelle de connaître des décisions relevant du pouvoir judiciaire, apparaît une autre question, qui, quoique subsidiaire n'en est pas moins importante : la chose jugée au constitutionnel et son rapport avec le pouvoir judiciaire. Or, deux interrogations surgissent. La première est relative à la qualification retenue : s'agirait-il d'une « chose jugée » au sens du droit judiciaire ? La seconde est relative aux rapports de cette « chose jugée » avec la Cour suprême qui incarne le pouvoir judiciaire : quels peuvent être les linéaments de sa prise en compte par les juridictions judiciaires ? La qualification paraît en réalité inappropriée tandis que le rapport processuel demeure bien diffus.

1 – UNE QUALIFICATION INAPPROPRIÉE

27. A la chose jugée, qui n'est point toute chose décidée, s'attache une autorité qui vise, en dehors de l'exercice des voies de recours, à revenir ou à faire revenir sur ce qui est jugé. C'est, disent certains, « ce qui, en dehors des voies de recours prévues par la loi, interdit à un juge de revenir sur ce qui a été constaté dans une précédente décision de justice ».⁷⁴ Pour d'autres, « l'autorité de la chose jugée est l'autorité particulière, attachée aux seuls jugements, différents en cela de tout autre acte juridique »⁷⁵, ou encore « l'ensemble des effets attachés à la décision juridictionnelle, telle que la force de vérité légale... ».⁷⁶ L'autorité de la chose jugée peut être définie comme une présomption d'intangibilité attachée aux jugements dès lors que ceux-ci ne font pas l'objet de l'exercice des voies ordinaires ou extraordinaires de recours : *res judicata pro veritate habetur*.⁷⁷ On voit bien que cette autorité⁷⁸ porte sur ce qui est tranché

⁷³ CC du Bénin, Décision DCC 09-087 du 13 août 2009

⁷⁴ HERON (J.) et LE BARS (Th.), *Droit judiciaire privé*, Domat droit privé, Paris, Montchrestien, 5^{ème} éd., 2012, p. 281.

⁷⁵ WIEDERKEHR (G.), « Autorité de chose jugée », in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 85. GARSONNET et CEZAR-BRU avaient aussi considéré que « L'autorité de la chose jugée ne s'attache ... qu'aux jugements, qui résolvent définitivement un point litigieux », in, « Traité », n°710, pp. 428-429, cité par VIZIOZ (H.), op. cit., p. 43, note 3.

⁷⁶ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, dernière édition mise à jour, Paris, PUF, 2012, p. 108.

⁷⁷ La chose jugée est considérée comme étant la vérité. L'autorité de chose jugée est, en quelque sorte, une présomption de vérité à l'égard de ce qui est jugé et, en particulier, contenu dans le dispositif du jugement. Sur ce fondement, voir les critiques formulées par MM. HERON et LE BARS ; HERON (J.), LEBARS (Th.), op. cit., p. 286, n°349.

⁷⁸ Au sens de « *auctoritas* » qui procède de *augere*, : augmenter, pouvoir. C'est la force morale, sociale et politique qu'inspire une institution. C'est, selon CORNU, le « pouvoir donné pour l'exercice d'une fonction ». CORNU (G.), op. cit. p. 108. Aussi, KERNEIS (S.), « Autorité », in ALLAND (D.), RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy PUF, 2010, p. 112.

entre les particuliers et s'adresse aux parties contre lesquelles elle élève une interdiction.

28. L'interdiction porte sur ce qui est tranché entre les particuliers en raison de son fondement juridique. Celui-ci réside, en effet, à l'article 1351 du Code civil,⁷⁹ transposé au Code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (CPCCSAC) aux articles 549 et 551 dudit Code⁸⁰ dont le contenu se retrouve, par ailleurs, à l'article 480 du CPC français.⁸¹ Or, ce qui est tranché, ce sont des demandes concrètes exposées par les parties dans le cadre d'une instance et sur le fondement du droit d'agir en justice. Au sens substantiel ou matériel, ce qui est tranché est cristallisé dans un jugement qui statue sur une demande concrète par application de la règle de droit. On vise, à cet égard, les décisions du pouvoir judiciaire, de nature administrative ou judiciaire ou des comptes, qui statuent sur les litiges opposant les parties : ce qui est jugé, est l'objet du litige dont l'article 5 al. 1 et 2 du CPCCSAC dit qu'« *il est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les observations ou conclusions en défense* ». Or, ce qui est portée à la connaissance de la Cour constitutionnelle n'est point de ce registre. C'est plutôt la conformité à la Constitution qui y est débattue. Ce n'est point la propriété, comme dans l'espèce connue des tribunaux qui y est discutée. Certes, au sein même des juridictions relevant du pouvoir judiciaire, on s'interrogera pareillement sur la régularité de la qualification de l'autorité de chose jugée à l'égard des arrêts des Cours suprêmes, se prononçant en cassation, sur les décisions des juridictions de fond. La même réponse pourra être faite : ce qui est jugée en cassation, ce ne sont pas les demandes concrètes, ce sont les jugements des tribunaux et les arrêts des cours d'appel, sur le fondement de leur respect de la loi. La chose jugée a une autorité, en raison de ce qu'il s'agit d'« une chose », c'est-à-dire, au sens de l'article 1351, « une cause », c'est-à-dire « une affaire »⁸², et non à raison de ce qu'elle est relative à la règle de droit, c'est à dire de la Constitution ou de la loi, d'une coutume ou d'un principe. Elle s'adresse surtout aux parties auxquelles elle interdit de saisir le juge des mêmes faits, de la même affaire, de la même cause.

⁷⁹ L'article 1351 du Code civil n'a pas été réformé après 1804. Du coup, c'est le texte napoléonien qui est toujours en vigueur, tel, par ailleurs qu'il fut introduit dans les anciens territoires devenus indépendants : « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». MOTULSKY a, opportunément, rappelé que ce texte, inspiré de POTHIER, « ne se rattache que d'une manière fort approximative au droit romain ». MOTULSKY (H.), *Ecrits, études et notes de procédure civile*, réimpression, Paris, Dalloz, préface de Georges BOLARD, 2009, p. 201. Aussi, FOYER (J.), *L'autorité de la chose jugée, thèse, Paris, 1954, pp. 29, 66.*

⁸⁰ L'article 549 du Code béninois dispose : « Le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche. Le principal s'entend de l'objet du litige tel qu'il est déterminé par l'article 5 du présent Code ». L'article 551 complète l'édifice : « Le jugement qui se borne, dans son dispositif, à ordonner une mesure d'instruction ou une mesure provisoire n'a pas, au principal... ». A l'instar du CPC français, le Code béninois fait ainsi la distinction entre « jugements » sur le fond et les « autres jugements ». Sur les difficultés émanées de cette distinction, Cf. CADIET (L.) et JEULAND (E.), *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 7^{ème} éd., 2011, p.539, n°733 et s.

⁸¹ Cf. CADIET (L.) et JEULAND (E.), op. cit., n°732 et s.

⁸² La cause est également synonyme de « procès, d'affaire, dans de nombreuses expressions : appel des causes, mise en cause ou hors de cause, mise en état des causes... ». CORNU (G.), op. cit., p. 153.

29. Elle s'adresse en effet aux parties et, non au juge. L'autorité de la chose jugée a en effet un caractère partisan prononcé et se présente sous deux aspects. Le premier, (et, de loin, le plus important), c'est « l'autorité négative » ou encore « l'effet négatif de l'autorité » qui « s'oppose à ce qu'un juge statue, en dehors d'une voie de recours, sur une demande qui a déjà fait l'objet d'une décision de justice ». ⁸³ L'autorité de la chose jugée s'analyse alors, négativement, comme une prohibition générale, faite aux parties de soumettre à nouveau à un juge le litige ayant fait l'objet, entre elles, d'un précédent jugement. Le second aspect met l'accent, positivement, sur le rayonnement des effets des constatations effectuées par une juridiction précédente ayant statué sur les demandes entre les mêmes parties, sur une nouvelle demande, formulée devant une autre juridiction : il y aurait alors une « autorité positive » ou un « un effet positif de l'autorité ». ⁸⁴ Dans tous les cas, l'autorité de la chose jugée met en exergue l'effet des jugements à l'égard des parties. Or, dans l'espèce connue de la Cour constitutionnelle, c'est la Cour elle-même qui rappelle à son avantage une décision qu'elle avait rendue et qu'il n'était point possible de revêtir de la chose jugée. Elle n'avait en effet tranché aucun litige de fait entre les parties dont il eût, contre celles-ci, assuré la protection. Au fond, le rapport de droit entre la chose décidée par la Cour constitutionnelle est les juridictions relevant du pouvoir judiciaire n'est pas évident.

30. Ce n'est pourtant pas considérer que la décision de la Cour constitutionnelle soit sans efficacité. Bien au contraire. Il n'est, en effet, pas contesté que la chose décidée par la Cour constitutionnel ait un effet certain à l'égard des autres organes au sein de l'Etat et, au-delà, à l'égard des citoyens. La Constitution béninoise le suggère même avec force : « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles ». ⁸⁵

31. Il y a, sans doute, une efficacité substantielle attachée par la Constitution aux décisions de ce que le langage contemporain désigne comme les « hautes juridictions ». On y inclura, en particulier, la Cour constitutionnelle et la Cour suprême. L'efficacité substantielle est définie comme « les effets qui constituent la substance même de la décision ». ⁸⁶ Par conséquent, de l'efficacité substantielle relève « l'affirmation du droit de l'auteur de la prétention à l'effet juridique de la règle ». ⁸⁷ On peut considérer l'efficacité substantielle comme la puissance ou la force particulière attachée à une décision de justice lorsque, dans certaines matières, à l'égard de certaines juridictions et suivant certaines conditions, son prononcé ne peut être remis en cause. Elle n'est liée, ni à l'existence, ni à l'exercice des voies de recours. Elle s'adresse indifféremment et abstraitement aux parties et aux tiers, aux juridictions et aux pouvoirs publics. En ce qui concerne la Cour constitutionnelle, l'efficacité substantielle s'analyse en une sorte d'irrévocabilité consubstantielle à la nature et aux fonctions de cette cour et attachée à la chose qu'elle a décidée.

⁸³ HERON (J.), LE BARS (Th.), op. cit., p. 286, n°350.

⁸⁴ Selon certains, « Dans ce second cas de figure, la raison d'être de l'autorité de la chose jugée est double : accélérer le cours de la justice, en dispensant le second juge de se pencher sur des faits déjà reconnus judiciairement et, en même temps, éviter que soient rendues des décisions contradictoires ». HERON (J.), LE BARS (Th.), op. cit., p. 287, n°350.

⁸⁵ Loi n°90-32 du 11 décembre 1990 portant constitution de la République du Bénin, art. 124.

⁸⁶ WIEDERKHER (G.), op. cit., p. 86.

⁸⁷ HERON (J.), LE BARS (Th.), op. cit., p. 282.

32. Un voile processuel empêche de cerner avec netteté les relations qui induisent la prise en compte de la chose décidée par la Cour constitutionnelle par les autres juridictions. La mise en œuvre processuelle du rapport d'efficacité des décisions de la Cour constitutionnelle à l'égard des autres juridictions ne semble, en effet, pas devoir emprunter les voies procédurales ordinaires, comme les exceptions et les fins de non recevoir. Encore que, à l'admettre, faudrait-il procéder comme ces règles l'imposent. Lorsque, le 27 juillet 2006, la Cour constitutionnelle déclara contraire à la Constitution l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Cotonou, et alors même que cet arrêt était en cours d'examen à la Chambre judiciaire de la Cour suprême, à la suite de l'exercice d'un pourvoi, il faut encore s'interroger sur la voie procédurale appropriée qui fasse « part » de cette réalité juridique à la Cour suprême. A cet égard, celle-ci pouvait-elle efficacement être saisie par une lettre comme le rapporte la décision du 13 août 2009 ou par un mémoire présentant de la partie qui invoque le bénéfice de la décision de la Cour constitutionnelle ?⁸⁸ En toute hypothèse, le forçage eut pu être évité au moyen de la procédure du recours en révision⁸⁹ qui eût permis à la Cour suprême de procéder à la rétractation de son arrêt.
33. En réalité, la connaissance de la chose décidée par la Cour constitutionnelle a lieu à partir de la publication au journal officiel de la décision, conformément à la loi organique sur la Cour constitutionnelle.⁹⁰ C'est l'un des points de distinction des jugements ordinaires de ceux qui émanent de ces hautes juridictions. En effet, le législateur impose, en ce qui concerne les décisions de la Cour constitutionnelle une obligation de publication au journal officiel. Ces décisions ne s'adressent donc pas seulement aux personnes en cause, mais à tous les sujets de droit. Il a institué, en quelque sorte, sur le modèle de la loi, institué un principe suivant lequel « nul n'est censé ignorer les décisions des hautes juridictions ».
34. Le revirement de 2009 n'a fait qu'annoncer les perspectives réductrices du pouvoir judiciaire consacrées par le projet de révision de la Constitution béninoise du 11 décembre 1991.⁹¹ Ce pouvoir, attaqué, critiqué, ne semble pas pouvoir sortir indemne d'une confrontation qui promet de réduire à la fois son espace et ses prérogatives. Le projet de révision de la Constitution béninoise suggère déjà, au titre de son espace, d'en extraire la Cour des comptes. Dans la réforme pressentie, la Cour constitutionnelle « s'offre » la connaissance des « actes et décisions de justice présumés inconstitutionnels ». Elle devient juge, non plus seulement constitutionnel, mais judiciaire. Elle voit élever devant elle de nouveaux contentieux, et, en particulier,

⁸⁸ Devant la Cour suprême, les parties produisent un mémoire répondant à un formalisme à la hauteur de la mission de régulation de l'interprétation de la loi confiée par la Constitution à cette institution : loi n° 2004-20 du 17 août 2007, art. 12 et s.

⁸⁹ Article 668 et s. CPCCSAC.

⁹⁰ Loi n°91-009 du 4 mars 1991 portant loi organique sur la Cour constitutionnelle du Bénin, modifiée par la loi du 31 mars 2011.

⁹¹ DJOGBENOU (J.), « L'idée de réforme de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : entre progrès et regrets. Une tentative de lecture du « texte final » de la « commission technique ad'hoc de relecture de la Constitution » ; in *Fondation Konrad Adenauer, Projet de révision de la Constitution béninoise : Portée et limites, document sd., pp ; 17-51.*

celui des décisions de justice. L'article 3 al. 2, réformé, deviendrait, selon la révision projetée : « ... *Toute décision de justice contraire à ces dispositions [constitutionnelles] ainsi que toute décision de justice portant atteinte aux droits de l'homme sont nulles et non avenues. En conséquence, tout citoyen a le droit de se pourvoir devant la Cour constitutionnelle contre les lois, actes et décisions de justice présumés inconstitutionnels* ». Mais ces orientations entretiennent déjà des incertitudes qui mettent en cause la sécurité judiciaire.

II – DES EFFETS INCERTAINS

35. La justiciabilité des décisions de justice devant la Cour constitutionnelle ne manque pas d'inquiéter. Il faut en effet rechercher les effets de ce phénomène nouveau à l'intérieur du système judiciaire. Celui-ci, recevrait, en contrecoup, les secousses inattendues de l'introduction en son sein d'un élément nouveau. Du reste, des incertitudes apparaissent et peuvent être relevées à deux égards : d'une part au niveau de la protection procédurale des intérêts (A) d'autre part au niveau de la protection substantielle de ces intérêts (B).

A – LES INCERTITUDES DE NATURE PROCÉDURALE

36. A tout le moins, l'admission du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice induit la création implicite d'un nouveau degré de juridiction qui laisse à douter de la pertinence des voies de recours classiques.

1 – LA CRÉATION IMPLICITE D'UN NOUVEAU DEGRÉ DE JURIDICTION

37. *Juridiction des juridictions.* Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice donne ouverture, par l'effet recherché, à une nouvelle instance et, par là-même, constitue une nouvelle phase du procès ou il est procédé non exclusivement à un examen en droit, mais nécessairement à un examen des faits. La difficulté est de situer dans la diversité des niveaux d'intervention juridictionnelle, celle de la Cour constitutionnelle. Il n'est pas moins vrai, en effet, que l'identification des niveaux ou degrés auxquels sont placées les juridictions constitue un critère de prévisibilité et de sécurité de la chose à juger. Or, concrètement, « la réalisation journalière dans les cas d'espèce »⁹² qui constitue, au fond, l'une des finalités du droit, n'a lieu qu'au travers d'une architecture judiciaire à la structuration et au fonctionnement préalablement établis et connus des parties.

38. Du reste, cette connaissance préalable de la structuration architecturale apparaît comme l'une des conditions caractéristiques du droit d'accès à la justice au double plan du droit à l'accès de la règle substantielle et du droit d'accès à la règle

⁹² ROUBIER (P.), *Principe d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, préface à MOTULSKY (H.), Paris, Dalloz, réimpression, 2002, p.IX.

procédurale. La réponse se trouve dans la mise en musique du principe de hiérarchie⁹³ dont on a souligné « l'omniprésence », tant au sein de l'ordre judiciaire que de l'ordre administratif.⁹⁴ Ce principe de hiérarchie est traduit par la mise en place de degrés de juridictions vers lesquels le procès se transporte par l'exercice des voies de recours. Voies de droit visant à « remettre en cause une décision de justice »⁹⁵ et, par cela même, assurant le procès de la décision de justice, elles sont formellement organisées par la loi⁹⁶. Qu'il s'agisse de la voie de rétractation ou de réformation, de voies ordinaires ou extraordinaires, la voie judiciaire de recours fonde sa validité dans sa légalité et sa prévisibilité. Or, en admettant sa compétence pour connaître de la fondamentalité des décisions de justice, la Cour constitutionnelle s'érige, sur cette question, en juridiction des juridictions et instaure une voie de recours, à la fois implicite, informelle et atypique.

39. En procédant ainsi, la Cour constitutionnelle fait perdre à la fonction juridictionnelle sa puissance et sa finalité puisque la fin de tout litige serait par principe reportée et suspendue au contrôle éventuel de sa fondamentalité par la juridiction constitutionnelle. En effet, à considérer que la Cour constitutionnelle est la juridiction suprême en matière des droits de l'homme, on l'amènerait à être saisie de la plupart des contentieux. La célébration contemporaine des droits de l'homme et leur extension croissante n'épargnent aucun domaine juridique. Qu'il s'agisse du droit public ou du droit privé, les droits de l'homme gagnent du terrain, avec, notamment les droits de la première génération, mais, surtout, ceux de la deuxième génération. On en viendrait alors à un élargissement de la compétence de la Cour constitutionnelle sans qu'il soit possible d'en prévoir les limites matérielles.

Il est à craindre que l'instauration de ce degré implicite provoque, à terme, un désintégration de la structure judiciaire. Dans tous les cas, on peut s'interroger sur la pertinence des recours classiques.

2 – LA DÉSINTÉGRATION DE LA STRUCTURE JUDICIAIRE

40. La création prétorienne d'un recours ruine la sécurité attendue de l'exercice des voies de recours classiques, ordinaires ou extraordinaires. Car c'est bien de la sécurité et de la prévisibilité judiciaire qu'il s'agit. Au-delà, c'est la structure judiciaire qui se désintègre. La structure judiciaire dont on dit qu'il répond au principe de hiérarchie juridictionnelle est construite autour d'une architecture qui en fixe la fondation et les niveaux. On sait bien qu'une structure est une composition, en forme de système, constituée d'anneaux interdépendants. L'introduction ou la disparition d'un anneau bouleverse l'ensemble et le désintègre. Il semble bien que le recours jurisprudentiel est

⁹³ GUINCHARD (S.), MONTAGNIER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (Th.), *Institutions juridictionnelles*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2011, n°133 et s.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ PERROT (R.), *Institutions judiciaires*, Domat droit privé, Paris, Montchrestien, 15^e éd., 2012, p. 469, n°615.

⁹⁶ Not., au Bénin, la loi n°2008-07 du 28 février 2008 portant code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes, dont le titre IV est consacré aux voies de recours (art. 607-712). Instrument de mesure de la qualité de la justice et de protection du justiciable contre le risque d'erreur, une voie de recours est une action qui, lorsqu'elle est régulière, impose un nouvel examen de l'affaire sanctionnée par une décision de justice.

un élément de bouleversement du système. En effet, pour entrer dans un système, il faut pouvoir être identifié par les éléments de structure de ce système. Or, l'identification de ce recours dans la structure judiciaire ne paraît pas évidente. On a vu qu'il échappe aux voies de recours organisées. Il pose ensuite un problème de prévisibilité, c'est-à-dire d'impossibilité fonctionnelle et institutionnelle d'anticiper la possibilité d'un tel recours.

41. C'est finalement la stabilité de la chose décidée qui est entamée, exposant ainsi le litige à un contentieux dont la fin sera constamment reportée. L'aléa qui en résulte est l'une des sources d'incertitude en droit du contentieux : « celle qui naît et qui se diffuse par le droit, et qu'accroît le mode de fonctionnement de ceux qui disent le droit. Celle à laquelle renvoie l'expression d'aléa judiciaire ».⁹⁷ Du coup, au lieu d'être la solution à l'incertitude et à l'insécurité judiciaire, la justice constitutionnelle contribue à leur production. L'aléa, rappelle CORNU, est cet « élément de hasard, d'incertitude qui introduit, dans l'économie d'une opération, une chance de gain ou de perte pour les intéressés et qui est de l'essence de certains contrats »⁹⁸. Comme le suggère Mme LASSERRE-KIESOW, « l'aléa, c'est l'imprévisible et l'impondérable ; c'est le hasard et l'arbitraire du hasard »⁹⁹. Le contrôle admis par la Cour constitutionnelle du Bénin sur les décisions de justice introduit bien cet élément « hasard » dans le mécanisme judiciaire, avec le risque d'arbitraire évident et une incertitude prononcée. Il est vrai que dans toute activité humaine il existe une part d'aléa. Bien plus, la structuration de la justice n'échappe point à l'incursion de l'aléa, sous la forme d'événement (au sens de fait, source de bonheur ou de malheur), ou, plus strictement, au moyen d'avènement (au sens de survenance, en particulier d'une norme, d'une institution ou d'une situation).
42. Dans le premier cas, le droit lui-même s'emploie à réagir, qu'il s'agisse de la force majeure ou du cas fortuit, sur lesquels législateurs, juges et auteurs consacrent autant d'encre que de parole.¹⁰⁰ Dans le second, on identifierait les occurrences de remises en causes de la prévisibilité normative ou jurisprudentielle, cristallisées, par exemple, par l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, notamment lorsqu'elle est de nature pénale plus

⁹⁷ Cour de cassation (sous l'égide de), *Le traitement juridique et judiciaire de l'incertitude*, Thèmes et commentaires, Actes, Paris, Dalloz, 2008, p. 33. Les auteurs y ont observé, avec raison que : « Indéniablement, l'organisation comme le fonctionnement des juridictions favorisent l'incertitude et donc l'insécurité juridique. Parce que la jurisprudence, comme tout processus de production de normes nouvelles est indissociable de la vie de l'organe qui en est le producteur, il convient de souligner la part de ce facteur organisationnel (structurel) dans l'insécurité qui naît de l'activité juridictionnelle elle-même ». A l'évidence, la Cour constitutionnelle béninoise n'est pas pressée de démentir cette observation.

⁹⁸ CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITANT, Paris, PUF, Dernière éd. Mise à jour, 2011, p.53

⁹⁹ LASSERRE-KIESOW (V.), « Rapport introductif », in « L'aléa », *Journées nationales, Tome XIV/Le Mans*, Association H. CAPITANT, thèmes et commentaires, Paris, Dalloz, 2011, p. 1.

¹⁰⁰ En ce qui concerne les aléas visant le fonctionnement de la justice, le législateur béninois a choisi de les prévenir lorsqu'il introduit, d'abord dans le code de procédure civile, commerciale, sociale, administrative et des comptes (art. 1225), une forteresse de protection en disposant que : « En cas de cassation concertée de travail perturbant le fonctionnement normal du service public de la justice, les délais impératifs fixés par les textes en vigueur, notamment aux fins de saisine, de prescription, de péremption d'instance, d'exercice de voies de recours, d'exécution des décisions, dans toutes les procédures judiciaires, contentieuses ou non contentieuses, sont suspendus. Il en est de même des délais administratifs, lorsque leur inobservation est due à l'impossibilité d'obtenir des documents délivrés par l'Administration centrale du ministère de la justice, les juridictions et des services rattachés ».

douce ou de procédure. Dans tous ces cas, l'aléa est accidentel, circonstanciel. Or, celui qu'instaure la Cour constitutionnelle du Bénin est un aléa structurel sans même être structurant. Il introduit, en effet, une décomposition indéterminée et systémique de la structure judiciaire qui impactera autant sur la sensibilité que sur le comportement aussi bien des acteurs que des consommateurs de la justice. On peut y voir la silhouette de ce qu'un auteur a dénoncé comme un « droit-de-l'hommisme destructurant »¹⁰¹ avec « une tentation de l'arbitraire ».¹⁰² C'est en fait, le système judiciaire qui est déstructuré.

43. L'imprécision quant à l'identification et la qualification de l'admission au contrôle de constitutionnalité des décisions de justice apparaît alors comme juridique non identifiable, entouré de flou, c'est-à-dire, au propre, cachant un loup processuel. C'est finalement toute l'activité du juge qui est ébranlée. Celle-ci n'étant pas, dans une démarche énonciative ou incantatoire, de proclamer une règle. Il lui faut encore « attribuer à chacun ce qui lui revient »¹⁰³. Ce que, la Cour ne peut faire ni ne peut faire faire formellement et directement, n'étant pas une juridiction de renvoi. L'impasse que provoque son intervention apparaît comme un péril pour les intérêts en cause et, à ces incertitudes procédurales, ajoute celles, plus substantielles.

B – LES INCERTITUDES DE NATURE SUBSTANTIELLE

44. Autant que la loi¹⁰⁴, toute orientation fondamentale de la jurisprudence a une charge économique dont il n'est pas sans intérêt de souligner le caractère incertain en l'espèce (1). Il sera également mis en relief, les incertitudes sociales qu'induit la décision de la cour constitutionnelle (2).

1 - L'INCERTITUDE ÉCONOMIQUE

45. L'analyse économique intéresse également la chose jugée. Tout jugement et, plus généralement, toute décision de justice est, dans le contexte néo-libéral, un instrument d'attractivité économique. Emmanuel JEULAND a relevé avec justesse, que l'analyse économique peut être associée au jusnaturalisme « dans la mesure où elle implique qu'un principe d'efficacité préexiste au droit et le transcende ».¹⁰⁵ Il est vrai que cette

¹⁰¹ BRENNER (C.), « Pour un hommage respectueux de l'autonomie processuelle », in Mél. GUINCHARD (S.), *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Paris, Dalloz, 2010, p.178. L'auteur rappelle les reproches analogues à ceux qui sont articulés à l'encontre de la Cour béninoise : « Non sans raison, on a souvent reproché à la Cour de Strasbourg d'avoir dévoyé la mission pour laquelle elle avait été instituée en la travestissant par une approche parfois fanatique et quasi messianique, en un véritable culte droit-de-l'hommiste ». p. 177.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in Mél. GUINCHARD, p. 232, n°17 : « La juridiction, écrit cet auteur, [...] c'est autant appliquer la loi que régler définitivement les litiges ».

¹⁰⁴ Formulée par l'Ecole de Chicago dans les années 70, *Law and economics* connut son printemps au-delà même des Etats Unis d'Amérique. S'arc-boutant sur l'approche réaliste du droit, elle a animé la pensée juridique qu'elle oriente dans un sens utilitariste. Voir, OPPETIT (B.), *Droit et économie*, Arch. Phil. Dr., T. 37, Sirey, 1992, pp. 17 et s.

¹⁰⁵ JEULAND (E.), *Droit processuel général*, Domat droit privé, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2012, p. 64, n° 51. Partant de l'idée que « selon une version néolibérale, tout justiciable et tout juge doit mener

approche vise à fournir au juriste « une méthode qui procède d'une vision dynamique du droit ». ¹⁰⁶ Il s'agit, pour l'essentiel, de décrire la réalité en vue d'établir un cadre et une grille d'analyse qui permettent une évaluation des incidences pratique et du coût économique de l'application de la règle de droit. En silhouette, l'analyse économique de la loi tend à rechercher l'efficacité et l'utilité économique de celle-ci. Appliqué au droit judiciaire, elle fait de l'*homo juridicus un homo economicus*. ¹⁰⁷ Du reste, dans cette perspective économique, la décision doit-elle à la fois viser la justice et induire une satisfaction économique aussi bien individuelle ou partisane (l'approche égoïste) et collective ou générale (approche altruiste). Or, à y voir de près, l'admission au contrôle de constitutionnalité des décisions de justice pourrait être un modèle de déficit économique de la chose jugée. Ce déficit ou charge économique résulte de deux paramètres principaux : le premier est l'allongement du temps du procès, le second est l'augmentation consécutive du risque judiciaire.

46. L'allongement du temps du procès le résultat le plus évident auquel aboutit le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice. C'est une donnée de la modernité que « l'Etat de droit a l'obligation positive d'organiser la justice de telle sorte que les jugements soient rendus et exécutés dans des délais raisonnables » ¹⁰⁸. La justice n'est en effet efficace et, par cela, effective, que lorsqu'elle est enserrée dans le temps : *justice delayed, justice denied*. Au risque de devenir « un piège sans fin » ¹⁰⁹, la justice ne peut indéfiniment reporter l'issue d'un procès. Du reste, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable a-t-il acquis le statut de droit fondamental constitutif de critère du procès équitable. Déjà posé par l'article 14 du Pacte international relatif au droit civil et politique, on le retrouve à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et, en droit béninois et africain, à l'article 7-1-c de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (CADHP). En affirmant que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue » ¹¹⁰, la CADHP a fait du « droit d'être jugé dans délai raisonnable par une juridiction impartiale » l'une de ses composantes essentielles. Corrélativement, pèse sur l'Etat une obligation d'organisation de la jouissance de ce droit, c'est-à-dire de l'assurance de son effectivité. En ce sens, la Cour européenne des droits de l'Homme avait déjà affirmé, même dans une affaire où il était soutenu que le procès civil étant la chose des parties, il revenait à celle-ci d'aménager le temps de la procédure que : « il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable ». ¹¹¹ Garantie de l'efficacité et de la crédibilité de la justice ¹¹², le délai raisonnable ne manque pas de vertu économique. Il vise, en effet, à

en permanence des raisonnements économiques entre les avantages d'une opération et son coût », cet auteur rappelle le contenu de la thèse de la doctrine utilitariste en considérant que « l'homme est supposé raisonnable et rechercher le meilleur rapport coût/avantage et plus généralement la solution la moins coûteuse pour la collectivité dans son ensemble ». Mais selon lui, cette théorie est « contestable » et, à tout le moins, doit être utilisée avec « précaution ».

¹⁰⁶ OPPETIT (B.), *Philosophie du droit*, Précis, Paris, Dalloz, 1^{ère} éd., 2010, p. 69, n°52.

¹⁰⁷ Au fond, c'est tout le droit qui semble gagné par l'analyse économique. A ce sujet, KORNHAUSER (L.), *L'analyse économique du droit : fondements juridiques de l'analyse économique du droit*, Essai, Paris, Michel Houdiard Editeur, 2011.

¹⁰⁸ FRIGERO (N.), « Délai raisonnable », in CADIET (L.) (Dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 304

¹⁰⁹ BHELY-QUENUM (O.), *Un piège sans fin*, roman, Présence Africaine.

¹¹⁰ CADHP, Art. 7-1

¹¹¹ CEDH, 3 févr. 2009, n°44807/06, Poelmans c/ Belgique, Procédure 2009, n°81, obs N. FRIGERO

¹¹² CEDH, H. c/ France, 24 oct. 1989, A. 162

assurer la conclusion du litige et permettre aux parties de faire une économie de temps. Or, l'admission au contrôle de constitutionnalité au demeurant sans encadrement de délai ni de condition, reporte ce solde économique du litige et du procès. Il élève d'autant plus le risque judiciaire aux yeux des investisseurs.

47. La mesure du risque judiciaire est une donnée de la stimulation de l'investissement dans un Etat en attente de développement. Le risque judiciaire apparaît comme l'événement dommageable lié à l'accomplissement de l'activité de justice notamment dans sa réalisation, son exécution, ou son interprétation ou, plus généralement à l'économie d'un système judiciaire quelconque, mais dont la survenance est incertaine et, en tous les cas, éventuelle ou imprévisible. De ce point de vue, la réduction du risque judiciaire est un défi pour les Etats et un critère de l'attractivité des économies et de stimulation des affaires dans ces Etats. Mais le caractère atypique du recours constitutionnel en vue du contrôle de constitutionnalité des décisions de justice ne semble pas garantir contre le risque judiciaire. L'incertitude avérée du temps du procès et de la décision fait échapper à la structure judiciaire la maîtrise des risques qui pourraient atteindre sa stabilité et son efficacité. Au minimum, l'assurance sur le risque à l'investissement qui prend du relief et qui, à terme, rendant onéreux le marché béninois, aggravera la pauvreté. Car, il faut bien que le consommateur en assume, a posteriori, la charge. Impécunieux, il recherchera les solutions alternatives qui ruinent sa santé et son esprit. La part du juge dans le management économique n'est en effet pas un vain mot, surtout dans les États déjà vulnérables.

48. Au surplus, l'amplification du risque judiciaire est au cœur de la problématique de la sécurité juridique qui appelle, de première part, la prévisibilité des droits ainsi que leur accessibilité et, de deuxième part, la prévention des atteintes qui entament la consommation des droits. Comme on le sait, la sécurité juridique est un critère de la sécurisation des affaires, fondement du développement économique dans un espace libéralisé ou en voie de l'être. Or, le Bénin s'est engagé, avec les Etats membres de l'OHADA¹¹³, à asseoir « les conditions propres à garantir la sécurité juridique des activités économiques, afin de favoriser l'essor de celles-ci et d'encourager l'investissement »¹¹⁴. Il y a, manifestement, un manquement de la part de l'Etat béninois en ce qui concerne l'application du PIDCP et de la CHDP. L'incertitude économique qui en résulte ne fait que le lit de l'incertitude sociale.

2 - L'INCERTITUDE SOCIALE

49. Il est de l'essence de la décision de justice et de la finalité même de la justice de pouvoir mettre fin au conflit, considéré comme un trouble social. Pour les sociologues, « les conflits sont des situations sociales, dont la modification par une des parties

¹¹³ Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, institué par le traité du 17 octobre 1993 révisée à Québec le 17 octobre 2008, et comprenant désormais 17 Etats avec l'admission de la République démocratique du Congo. Les autres Etats sont : La République du Bénin, le Burkina Faso, la République du Cameroun, la République Centrafricaine, la République Fédérale Islamique des Comores, la République du Congo, la République de Côte-d'Ivoire, la République Gabonaise, la République de Guinée-Bissau, la République de Guinée Conakry, la République de Guinée Equatoriale, la République du Mali, la République du Mali, la République du Niger, la République du Sénégal, la République du Tchad et la République togolaise.

¹¹⁴ Traité de l'OHADA, Préambule.

intéressées (individus, peuples, organisations, Etats) est recherchée d'une façon telle que les intérêts d'une autre partie contre lesquels sa volonté s'est exprimée par une façon quelconque d'agir, se trouvent concernés ». ¹¹⁵ Il y a un élément d' « antagonisme » dans le conflit que la décision de justice vise à faire disparaître. Le procès devient ainsi « un lieu social » ¹¹⁶ d'expression et de résolution des antagonismes, c'est-à-dire, des conflits. Monsieur ZENATI précisera que « le procès apparaît à la fois comme un lieu de conflit et comme un lieu d'apaisement, comme si l'un n'était pas possible sans l'autre ». ¹¹⁷ La décision judiciaire consacre l'expiation de la « chute » sociale au travers d'un rituel procédural allongé dans le temps et identifié par l'organisation sociale. Il arrive, il est vrai, que la décision de justice constitue, elle-même, une chute sociale. Mais son traitement ressortit bien de règles préétablies, c'est-à-dire de rituels préconçus, cristallisé par les voies de recours, ordinaires ou extraordinaires.

50. Mais il arrive que lorsqu'il constitue un trouble échappé, le souffle expiatoire soit traité hors le rituel préalablement fixé. Contestée ainsi aux moyens de mécanismes anormaux, la décision de justice affecte la certitude sociale et prolonge le conflit dans une sorte d'impasse qui échappe aux règles procédurales. Cette incertitude sociale est d'autant plus affirmée que la Cour constitutionnelle n'a ni pouvoir d'évocation, ni pouvoir de renvoi. Elle n'est pas, au sens processuel, une juridiction de cassation. Fatalement, elle révoque sans évoquer, anéantit sans renvoyer. En réalité, elle laisse entière le conflit et vide de son contenu la justice, tant dans son essence que dans sa finalité. Au bout, le pouvoir judiciaire perd de son autorité et de sa légitimité sociale, victime d'un redressement anormal. Pour peu que l'on s'intéresse à « l'orientation sociologique de l'étude du procès » ¹¹⁸, on s'apercevrait que l'utilité du procès réside dans l'assurance psychologique entretenue par les parties que le litige prendra fin. Or cette assurance est garantie par toute société organisée au moyen de la maîtrise des recours et du temps du procès. Toute dérégulation du parcours processuelle apparaît dès lors comme une dérégulation sociale.

51. Dans un contexte africain de juridicisation progressive de la société, une telle dérégulation porte les germes de ralentissement de la construction aussi bien de l'Etat que du droit. Il est à craindre, en effet qu'en présence d'une telle impasse processuelle, les sujets du droit s'en remettent à la justice privée ou, à tout le moins, informelle. Le recours à la justice est l'espérance du traitement d'un litige sans risque d'excroissance au bout du cheminement ordonné et organisé. On n'a déjà vu avec CADIET qu'ailleurs, l'une des tendances contemporaines du procès est « la rationalisation de la procédure ». ¹¹⁹ Prise sous un angle sociologique, cette tendance est encore plus intéressante en Afrique, surtout lorsque la rationalisation s'entend comme

¹¹⁵ *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Augmentée*, Paris, LGDJ, 2^{ème} éd., 1993, p. 91.

¹¹⁶ ZENATI (F.), « Le procès, un lieu social », in *Archive de philosophie du droit, tome 39*, « Le procès », Sirey, Paris, 1995, pp. 239-247.

¹¹⁷ ZENATI (F.), op. cit., p. 239.

¹¹⁸ CADIET (L.), « Carbonnier processualiste », in Mél. Serge GUINCHARD, *Justices et droit du procès*, Paris, Dalloz, 2010, p. 191.

¹¹⁹ CADIET (L.), « Les tendances contemporaines de la procédure civile en France », in Mél. Georges WIEDERKER, *De code en code*, Paris, Dalloz, 2009, pp.65-87.

« l'assouplissement de la manière de procéder »¹²⁰ et défini d'abord comme « une meilleure économie du temps du procès »¹²¹.

CONCLUSION

52. La jurisprudence, dit-on, est « un instrument qui fait penser à une trompette bouchée : un gueuloir, mais un gueuloir feutré ».¹²² La Cour constitutionnelle du Bénin enfourche, bien souvent, une trompette moins feutrée : on ne peut ni échapper, ni être dispensé de l'entendre. Ce « juge MAGNAUD » contemporain, dont on a dit avec justesse qu'« il s'est comporté comme une autorité ... créatrice de théorie argumentée »¹²³ est au cœur de tous les débats entretenus par la réflexion juridique et sociale. Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice procède de cette création qui ne finit pas de surprendre. Or, les horizons qu'il ouvre ne sont pas que glorieux. L'herméneutique développée a moins conduit à une axiologie décisive qu'à une militante protestation des sages contre le positivisme consternant des juges judiciaires. Il faut bien s'interroger : « *Fiat justitia, et pereat mundus* » ?¹²⁴ Il est vrai que, dans une perspective dworkinienne, il faille, en particulier en Afrique, en appeler à un juge « Hercule », « doué d'une intelligence et d'une patience surhumaine ».¹²⁵ Mais le déséquilibre systémique devra être évité. Dans ces conditions, la « sentinelle permanente des droits fondamentaux »¹²⁶ ne devrait-elle pas également être mieux gardée ? Quoiqu'il en soit, l'abus de droit n'est pas une notion étrangère aux constitutionnalistes¹²⁷. Mais plus que l'abus de justice, l'abus dans la justice en droit semble constituer, plus qu'une fantaisie supplémentaire, une interrogation nouvelle.

Joseph DJOGBENOU

¹²⁰ CADIET (L.), op. cit. p. 72, n°6

¹²¹ CADIET (L.), ibid.

¹²² JESTAZ (Ph.), « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », D. 1989. Chron. XXIII

¹²³ FRISON-ROCHE (M-A), « Le modèle du bon juge MAGNAUD », in, Mél. WIEDERKERH (G.), *De Code en Code*, p. 340, n°25.

¹²⁴ Que justice soit faite, le monde dût-il en périr ! De Ferdinand 1^{er} à Emmanuel KANT, en passant par Hannah ARENDT, ce vieil adage latin est le trouble de tout système théorique de pensée sur la justice. Dans la doctrine de la Cour constitutionnelle, le pouvoir judiciaire en est une victime évidente. Cf. ARENDT (H.), *La crise de la culture*, trad. LEVY (P.) (Dir.), Gallimard, 1989, p. 290.

¹²⁵ DWORKIN (D.), *L'empire du droit*, Trad. SOUBREINE (E.), Paris, PUF, 1994, p. 261-262.

¹²⁶ AHOUANKA (E.), « Le juge constitutionnel béninois et la protection des droits fondamentaux de la personne humaine », *R.B.S.J.A.*, n°15, Cotonou, 2005, p. 110.

¹²⁷ ECK (L.), « L'abus de droit en droit constitutionnel », *Thèse, Lyon, 2006, L'Harmattan, Paris, 2010, 691 pages.*