

LES CAHIERS DE L'AA-HJF

20^{ème} PUBLICATION

LES ACTES DE LA NEUVIEME SESSION DE FORMATION



**NEUVIEME SESSION DE FORMATION DES MAGISTRATS DES
JURIDICTIONS MEMBRES DE L'ASSOCIATION AFRICAINE DES
HAUTES JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF)**

LES CAHIERS DE L'AA-HJF

20^{ème} PUBLICATION

SOMMAIRE		
N° D'ORDRE	RUBRIQUES	PAGES
-	I- CEREMONIE D'OUVERTURE	
1	<i>MOT D'ACCUEIL DU REPRESENTANT DU DIRECTEUR GENERAL DE L'ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE LA MAGISTRATURE PAR INTERIM, DR KAREL OSIRIS C. DOGUE, CHEF SERVICE ETUDES ET RECHERCHE.</i>	
2	<i>PRESENTATION DU MESSAGE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, PAR M. MOUHAMED KONATE, BUREAU REGIONAL DE L'OIF A LOME AU TOGO.</i>	
3	<i>MESSAGE DU SOUTIEN DU GOUVERNEMENT A LA SESSION PAR M. SATURNIN AFATON, DIRECTEUR DE CABINET DU GARDE DES SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE, DE LA LEGISLATION ET DES DROITS DE L'HOMME.</i>	
4	<i>ALLOCUTION D'OUVERTURE DU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN, PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'ASSOCIATION AFRICAINE DES HAUTES JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF).</i>	
-	II- TRAVAUX DE LA SESSION	
	TRAVAUX EN PLENIERE	
6	⇒ PRESENTATION DE LA PREMIERE COMMUNICATION INTRODUCTIVE SUR : « LE POURVOI DANS L'INTERET DE LA LOI », PAR M. PHILIPPE PETITPREZ, AVOCAT GENERAL A LA COUR DE CASSATION AUPRES DE LA CHAMBRE SOCIALE – FRANCE.	
7	⇒ PRESENTATION DE LA DEUXIEME COMMUNICATION INTRODUCTIVE SUR : « L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE DEVANT LES HAUTES JURIDICTIONS : ETENDUE ET LIMITES », PAR M. EULOGIE AKPO, JUGE A LA COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA.	
-	A. TRAVAUX EN ATELIER	
-	□ JURIDICTIONS DE CASSATION	
8	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « REFLEXIONS SUR LE POURVOI MIXTE », PAR M. JEAN KONDE, PRESIDENT DE CHAMBRE A LA COUR DE CASSATION DU BURKINA FASO.	

9	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>APPRECIATION DU DEFAUT DE BASE LEGALE</i> », PAR M. GILBERT COMLAN AHOUANJINOU, ANCIEN PRESIDENT DE LA CHAMBRE JUDICIAIRE DE LA COUR SUPREME DU BENIN.	
10	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>TECHNIQUES DE CASSATION</i> », PAR M. PHILIPPE PETITPREZ, AVOCAT GENERAL A LA COUR DE CASSATION AUPRES DE LA CHAMBRE SOCIALE – FRANCE.	
-	<input type="checkbox"/> JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES	
11	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>L'APPRECIATION DE LA QUESTION D'ORDRE PUBLIQUE</i> », PAR LE JUGE DANS LE CONTENTIEUX ADMINISTRATIF », PAR M. PATRICK QUINQUETON, CONSEILLER AU CONSEIL D'ETAT DE FRANCE.	
12	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION ET LE CONTROLE MINIMUM DU JUGE ADMINISTRATIF</i> », PAR M. NOUHOUM BOUARE, CONSEILLER A LA SECTION ADMINISTRATIVE DE LA COUR SUPREME DU MALI.	
13	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LE POUVOIR D'ASTREINTE DANS L'EXECUTION DES DECISIONS DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE</i> », PAR M. PATRICK QUINQUETON, CONSEILLER AU CONSEIL D'ETAT DE FRANCE.	
-	<input type="checkbox"/> JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES	
14	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LES POUVOIRS DU JUGE ELECTORAL : ETENDUE ET LIMITES</i> », PAR M. GILLES BADET, ENSEIGNANT – CHERCHEUR A L'UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI.	
15	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LA PUBLICITE DE LA PROCEDURE DEVANT LE JUGE CONSTITUTIONNEL</i> », PAR M. GUY MIPAMB NAHM TCHOUGLI, ENSEIGNANT A LA FACULTE DE DROIT A L'UNIVERSITE DE LOME.	
16	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LA PLENITUDE DE JURIDICTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL</i> », PAR M. KASSOUM KAMBOU, PREMIER PRESIDENT DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL DU BURKINA FASO.	
-	<input type="checkbox"/> JURIDICTIONS DES COMPTES	
17	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LE CONTROLE DES AIDES PUBLIQUES AU DEVELOPPEMENT : CAS DES APPUIS BUDGETAIRES, DES DONS ET DES EMPRUNTS</i> », PAR M. JUSTIN BOKOU, ANCIEN PRESIDENT DE LA CHAMBRE DES COMPTES DE LA COUR SUPREME DU BENIN, CHARGE DE MISSION DU PRESIDENT DE LADITE COUR.	

18	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION : « <i>L'AUDIT DE LA DETTE PUBLIQUE</i> », PAR M. EMMANUEL HONKOU, PROFESSEUR AGREGE – UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI – BENIN.	
19	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>L'AUDIT DE PERFORMANCE QUEL AVENIR POUR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL ?</i> », PAR ⇒ M. ASSEWESSE OUTOULOUM SAMBO, MAGISTRAT, CONSEILLER-MAITRE A LA COUR DES COMPTES DU TOGO ; ⇒ M. NORBERT KASSA, CONSEILLER TECHNIQUE DU PRESIDENT DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA	
-	<input type="checkbox"/> JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES	
20	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LES DIFFICULTES D'EXECUTION DES DECISIONS DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES DANS L'ESPACE AA-HJF</i> », PAR M. YAYA BOIRO, JUGE A LA COUR DE JUSTICE DE LA CEDEAO.	
21	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION : « <i>LE REFERE DEVANT LES JUGES COMMUNAUTAIRES</i> », PAR M. ABRAHAM ZINZINDOHUE, AVOCAT AU BARREAU DU BENIN, ANCIEN PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN, ANCIEN PRESIDENT DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UEMOA.	
22	PRESENTATION DE LA COMMUNICATION SUR : « <i>LA PROBLEMATIQUE DU DROIT PENAL DES AFFAIRES DEVANT LE JUGE COMMUNAUTAIRE</i> », PAR M. BIRIKI JEAN-CLAUDE BONZI, JUGE A LA COUR COMMUNE DE JUSTICE ET D'ARBITRAGE DE L'OHADA.	
23	B. CEREMONIE DE CLOTURE	
24	⇒ <i>RAPPORTS DES ATELIERS</i>	
25	⇒ <i>RAPPORT GENERAL</i>	
26	MOTIONS DE REMERCIEMENT	
27	<i>ALLOCUTION DE CLOTURE DU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN, PRESIDENT DU BUREAU DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'ASSOCIATION AFRICAINE DES HAUTES JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF).</i>	
28	ANNEXES	

29	⇒ PROGRAMME GENERAL DE DEROULEMENT DES TRAVAUX	
30	⇒ LISTE DES PARTICIPANTS	

NOTE DU SECRETARIAT GENERAL

**MOT D'ACCUEIL DU DOCTEUR KAREL OSIRIS C. DOGUE, REPRESENTANT
DU DIRECTEUR GENERAL DE L'ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE LA
MAGISTRATURE (ERSUMA) PAR INTERIM**

Excellence Monsieur le Président de la Cour suprême de la République du Bénin ; Président en exercice du bureau du Conseil d'administration de l'AA-HJF ;

Excellence Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle de la République du Bénin ;

Excellence Madame le Président de la Haute Cour de Justice de la République du Bénin ;

Monsieur le Représentant de l'Organisation Internationale de la Francophonie ;

Monsieur le Représentant du Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme, de la République du Bénin ;

Monsieur le Procureur Général près le Parquet général de la Cour suprême de la République du Bénin ;

Mesdames, Messieurs les représentants des partenaires techniques et financiers ;

Mesdames, Messieurs les experts formateurs ;

Mesdames, Messieurs les Présidents et Membres des Hautes Juridictions de l'espace francophone, tout protocole respecté ;

Mesdames, Messieurs les Hauts Magistrats en vos grades et qualités respectives ;

Mesdames, Messieurs les Directeurs et assimilés du personnel de l'ERSUMA-OHADA ;

Distingués invités ;

Chers participants

Mesdames et Messieurs.

Au nom du Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), nous vous souhaitons la bienvenue à Porto-Novo, capitale politique et administrative de la République du Bénin. C'est toujours un immense plaisir pour l'ERSUMA d'accueillir à son siège, les Hauts Magistrats de l'espace francophone réunis pour leur annuelle session de formation.

Je me dois de vous présenter, à l'entame de ce mot de bienvenue, les sincères excuses du Directeur Général par intérim de l'ERSUMA-OHADA, qui est retenu au Congo Brazzaville pour les besoins du Conseil des Ministres de l'OHADA. Il aurait souhaité y prendre part personnellement.

Je voudrais tout de même, vous assurer en son nom et mon nom personnel, que l'ERSUMA demeure entièrement à votre écoute pour satisfaire tous vos besoins afférents à l'amélioration du climat juridique et judiciaire en Afrique. Nous ne ménagerons aucun effort pour une contribution significative à l'atteinte des objectifs de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), partenaire privilégié de l'ERSUMA-OHADA.

La lecture des travaux programmés en plénière, des thématiques d'ateliers ainsi que la pertinence des experts formateurs, ne laissent par ailleurs, aucun doute quant à l'intérêt de la présente session de formation pour le public cible initial ainsi que les acteurs qui prendront connaissance des actes de ladite session.

Fort de cela, je souhaiterais finir en vous remerciant, tous et toutes et particulièrement la présidence actuelle du bureau du Conseil d'administration de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones, Monsieur Ousmane BATOKO, de toujours continuer à honorer l'ERSUMA en choisissant son modeste cadre pour accueillir vos assises annuelles.

Soyez assurés et rassurés que toute l'équipe de l'ERSUMA conduite par nous-mêmes, en l'absence du Directeur Général par intérim, se tient à votre disposition pour tout besoin devant concourir au bon déroulement de cette 9^{ème} session de formation de votre auguste Association.

Je vous souhaite, encore une fois, la bienvenue et vous remercie de votre aimable attention.

**ALLOCUTION DE M. MOUHAMED KONATE, REPRESENTANT DE
L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE, A LA 9^{ème}
SESSION DE FORMATION DE L'ASSOCIATION AFRICAINE DES HAUTES
JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF)**

Porto-Novo, les 25 et 26 octobre 2016

**Monsieur le Président de la Cour suprême du Bénin, Président du
Conseil d'administration de l'AA-HJF,**

Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice,

Monsieur le Directeur de l'ERSUMA,

**Mesdames et Messieurs les membres des hautes juridictions,
membres de l'AA-HJF,**

Mesdames et Messieurs les experts,

Mesdames et Messieurs,

Vous savez combien la Francophonie et tout particulièrement sa Secrétaire générale, Madame Michaëlle JEAN, suivent avec attention les initiatives visant à renforcer l'État de droit et dynamiser les échanges et la réflexion juridique dans l'espace francophone.

Vous connaissez également l'intérêt que nous portons aux activités de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AAHJF), important - et parmi les plus anciens- réseau institutionnel francophone.

L'AAHJF constitue un espace d'information, d'échange, de réflexion, d'accompagnement, d'expertise et de solidarité particulièrement actif, et spécifique dans la famille des réseaux institutionnels de la Francophonie.

Elle réunit, en effet, en son sein les juridictions suprêmes nationales des ordres constitutionnel, administratif, judiciaire et financier, ainsi que des cours régionales et spécialisées, conférant ainsi un large champ d'étude à ses activités.

La promotion d'une approche partagée et bien comprise de l'État de droit ne peut se passer de ces éléments, et permettez-nous de souligner ici l'apport significatif de l'AA-HJF, qui a mis la formation et l'information juridique au cœur de ses activités.

En effet, très rapidement votre réseau a aussi ressenti le besoin d'inclure régulièrement à vos travaux des sessions régionales de formation, outil essentiel d'information, et moyen de valoriser et d'échanger les expertises et spécialisations de vos membres.

La présente session de formation que vous organisez en collaboration avec l'École Régionale Supérieure de la Magistrature de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA), ERSUMA, vient attester de cette préoccupation.

A cet égard, nous sommes heureux de pouvoir souligner ici la fructueuse collaboration que vous développez, depuis déjà plusieurs années, avec cette structure régionale de formation d'excellence qu'est l'ERSUMA.

Cette neuvième session, illustre aussi votre volonté de vous inscrire dans la dynamique d'échange et de partage d'expérience qui sont au cœur de la dynamique des réseaux institutionnels et que vous avez pu illustrer par votre expérience en mai 2015 à Paris, lors des 5^e journées des réseaux institutionnels de la Francophonie. Il convient de rappeler ici combien l'action de formation de l'AA-HJF est souvent montrée en exemple et appréciée en ces occasions.

Enfin, la variété des thèmes que vous allez aborder, tant en plénière, que dans les ateliers dédiés à chacun des ordres de juridiction représentés parmi vos membres, démontre, s'il en était besoin, l'utilité de cette initiative.

Mesdames et Messieurs,

La Francophonie est convaincue que le droit constitue, pour la communauté francophone, un levier essentiel dans l'affirmation de ses valeurs fondamentales communes.

Il est donc nécessaire, comme le recommande la Déclaration de Paris, adoptée le 14 février 2008 par les ministres francophones de la Justice, à l'issue de leur quatrième Conférence ministérielle, que notre coopération juridique et judiciaire mette l'accent sur la formation, la diffusion du droit et la promotion de l'expertise.

Nous ne pouvons que constater combien votre action rejoint ces recommandations et s'inscrit pleinement dans la dynamique du renforcement de l'État de droit dans l'espace francophone.

S'il ne nous revient pas d'aller plus avant sur le contenu des présentations et communications qui seront faites durant cette session, nous savons que vos travaux déboucheront sur de fructueuses conclusions qui viendront enrichir les capacités de vos juridictions membres, et plus généralement la réflexion francophone.

Je voudrais seulement vous confirmer toute l'attention et la disponibilité de la Francophonie pour accompagner, encourager et relayer vos conclusions.

Je souhaite une pleine réussite à vos travaux, et vous remercie de votre attention.

**MESSAGE DE SOUTIEN DU GOUVERNEMENT A LA SESSION, PRESENTE
PAR M. SATURNIN AFATON, DIRECTEUR DE CABINET DU GARDE DES
SCEAUX, MINISTRE DE LA JUSTICE, DE LA LEGISLATION ET DES DROITS
DE L'HOMME**

Monsieur le Président de la Cour suprême du Bénin, Président du Bureau
du Conseil d'Administration de l'Association Africaine des Hautes Juridictions
Francophones (AA-HJF)

Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Bénin,

Madame la Présidente de la Haute Cour de Justice du Bénin,

Messieurs les honorables députés membres de la Haute Cour de Justice,

Monsieur le Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la
Magistrature (ERSUMA),

Monsieur le Représentant de l'Organisation Internationale de la
Francophonie (OIF),

Monsieur le Secrétaire Général de l'Association Africaine des Hautes
Juridictions Francophones (AA-HJF),

Mesdames et Monsieur les Présidents de Chambre de la Cour suprême du
Bénin,

Monsieur le Procureur Général près le Parquet général de la Cour suprême,

Messieurs les experts,

Mesdames et Messieurs les magistrats des Hautes Juridictions membres de
l'AA-HJF,

Mesdames et Messieurs les magistrats des juridictions béninoises du fond,

Honorables invités,

Mesdames et Messieurs,

C'est au nom du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, que je prends la parole en cette circonstance aussi solennelle, des travaux de l'activité scientifique majeure que constitue la session de formation des magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) prévue pour se dérouler, les 25 et 26 octobre 2016.

Qu'il me soit permis avant tout propos, de souhaiter à tous les participants, la chaleureuse et fraternelle bienvenue au siège de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA).

Je voudrais également saisir cette circonstance aussi solennelle, pour adresser les vibrantes félicitations du Gouvernement de mon pays, le Bénin, siège de notre Association, au Président de la Cour suprême et, à travers lui, au comité scientifique qui a eu la lourde charge de la préparation intellectuelle de cette rencontre d'échanges et de renforcement des capacités d'éminentes personnalités investies de hautes fonctions judiciaires.

Monsieur le Président du Bureau du Conseil d'administration de l'AA-HJF,

Mesdames et Messieurs,

La formation continue des ressources humaines, acteurs du développement de nos pays, se doit d'être au cœur des préoccupations de nos Etats et des réseaux institutionnels en particulier.

Cette activité revêt toute son importance lorsqu'il s'agit des animateurs de la justice, dont l'action, dans l'édification de l'Etat de droit dans nos différents pays, n'échappe à personne. Cette démarche, que dis-je, cette pertinence initiative se justifie également, à mon point de vue, à plusieurs égards.

En premier lieu, il est loisible de souligner que cette session de formation, la 9^{ème} depuis la création de l'AA-HJF en 1998, s'inscrit dans le cadre du troisième plan quinquennal de formation 2016-2020 des magistrats, dont le réseau s'est dotée, avec le précieux et permanent concours de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF).

En second lieu, les hautes juridictions africaines, qu'elles soient nationales ou communautaires, jouent à travers leurs différentes missions, un rôle primordial dans ce vaste mouvement de construction en Afrique, de sociétés humaines plus fortes et plus justes, fondées sur la force du droit et de la justice.

Aussi, Mesdames et Messieurs, honorables invités, la conviction profonde des Exécutifs de nos Etats est-elle, en effet, que notre continent, dans un monde de plus en plus globalisé, ne peut amorcer son émergence socio-économique que porté par un environnement de sécurité juridique et judiciaire.

Il est donc nécessaire voire impérieux, que la formation des ressources humaines, le recyclage périodique des hommes et femmes des hautes juridictions, elles qui tranchent en dernier recours, forgent la jurisprudence appelée à faire autorité, pour donner à la justice son indépendance, sa performance et son efficacité.

Le Gouvernement de mon pays, et en particulier son chef, reste très attaché à la question de la formation des animateurs des juridictions chargées de la régulation des rapports sociaux pour le règne du droit dans un pays.

Je saisis cette belle opportunité que m'offre le forum judiciaire international, pour exprimer de vive voix l'intérêt du Président de la République du Bénin pour les initiatives institutionnelles qui cadrent avec son ambition d'une plus grande sécurité juridique et judiciaire à l'échelle continentale et mondiale.

Je reste persuadé au regard de l'agenda pédagogique de cette session, Monsieur le Président, que les présentes activités de formation ne dérogeront guère à la règle.

Le choix des thématiques riches et variées autour desquelles, échangeront les participants, aussi bien en plénière qu'en atelier spécifique à chaque ordre de juridiction, plaide en faveur de la conviction que je viens d'exprimer.

C'est ici, pour moi, le lieu et le moment d'adresser la profonde gratitude du Gouvernement béninois à l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF), partenaire privilégié de l'AA-HJF pour son inestimable concours financier qui permet la tenue continue de cette activité de formation.

J'associe bien à ces remerciements, l'ensemble des experts, tant nationaux qu'étrangers, qui ont accepté, malgré leurs multiples occupations, d'apporter leur appui remarquable au plan pédagogique, par les communications qui seront présentées, aux travaux proprement dits de la présente session de formation.

Vous me permettrez dans ce registre, de m'adresser particulière au Président Abraham ZINZINDOHOUE, ancien Président du Conseil d'administration

du réseau AA-HJF qui continue de l'appuyer de toutes ses expériences et savoir-faire avérés.

C'est là, le témoignage de votre attachement à ce précieux instrument d'intégration juridique et judiciaire que vous avez pertinemment contribué à mettre à la disposition de notre continent.

Comment ne pas vous renouveler, Monsieur le Président de la Cour suprême, la gratitude du département ministériel de la justice pour l'honneur que vous nous faites, en conviant chaque année, les juges du fond du Bénin, à prendre part aux rencontres de recyclage et de perfectionnement de votre Association.

Nos remerciements vont enfin et, naturellement, au Directeur Général de l'ERSUMA qui a mis gracieusement à la disposition de l'AA-HJF, les locaux de son établissement pour abriter les travaux de cette rencontre scientifique.

Mesdames et Messieurs, je voudrais, avant d'achever mes propos, vous dire toute la gratitude de la République du Bénin pour la contribution appréciable de toute la famille judiciaire à l'enracinement de l'Etat de droit et à la consolidation de la démocratie dans nos différents pays francophones.

L'Afrique de l'Etat de droit, nos pays désormais en face de leur destin démocratique, comptent sur vous, sur le professionnalisme de leurs juges, pour plus de droit et de justice dans nos cités.

C'est sur ces mots d'exhortation et d'encouragement qu'au nom de Monsieur le Garde des Sceaux, je formule plein succès aux travaux de la 9^{ème} session de formation des juges des juridictions membres de votre Association.

Plein succès à vos travaux !

Vive la coopération juridique et judiciaire africaine !

Vive le réseau AA-HJF !

Je vous remercie.

**ALLOCUTION DU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN,
PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'ASSOCIATION
AFRICAINNE DES HAUTES JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF) A LA
CEREMONIE D'OUVERTURE DE LA 9^{ème} SESSION DE FORMATION DES
MAGISTRATS DES JURIDICTIONS MEMBRES DE L'AA-HJF.**

PORTO-NOVO, ERSUMA, LE 25 OCTOBRE 2016

Qu'il me soit permis, au prime abord, de souhaiter à vous tous ici présents, la chaleureuse bienvenue à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) sise à Porto-Novo, Ecole qui nous accueille dans le cadre de la tenue de la 9^{ème} session de formation des animateurs des juridictions membres de notre réseau, l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF).

Les membres du Bureau du Conseil d'Administration et moi-même, nous nous réjouissons de vous savoir aussi nombreux, une fois encore, à cette rencontre qui traduit sans nul doute, la détermination de notre réseau à poursuivre l'œuvre de construction de l'intégration juridique et judiciaire africaine, principale raison d'être de notre Association

Au nom dudit Conseil et en mon nom personnel, je voudrais vous renouveler toute ma reconnaissance et souhaiter à tous les collègues venus des pays frères et amis, un utile et agréable séjour en cette terre hospitalière du Bénin.

Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la justice et de la Législation,

En acceptant d'honorer de votre présence et d'ouvrir, au nom du Président de la République, Chef de l'Etat, ce jour mardi 25 octobre 2016, les travaux de cette activité de recyclage et de perfectionnement des capacités de ces hommes et femmes des prétoires africains francophones, vous donnez la preuve, s'il en est encore besoin, de l'attachement du gouvernement de mon pays, le Bénin et de tout son peuple, à la démocratie et à l'Etat de droit, gage d'un développement socio-économique durable des peuples africains.

Votre présence ici à nos côtés ce matin, à l'ouverture de cette session de formation, nous rassure de l'intérêt que porte particulièrement le président de la République, aux initiatives de regroupement institutionnel à même de favoriser l'intégration juridique et judiciaire de nos Etats.

Aussi, voudrais-je vous prier, de bien vouloir transmettre à son Excellence, Monsieur Patrice TALON, Président de la République, les sentiments de profonde gratitude de l'AA-HJF pour la sollicitude dont l'entoure son Gouvernement.

Notre Association est toujours restée sensible au soutien que le Bénin, pays de son siège, lui apporte, aussi bien pour son fonctionnement que pour l'organisation annuelle de ses sessions de formation ou autres activités scientifiques.

A vous-même, Monsieur le Garde des Sceaux, qui connaissez bien notre Association, pour l'avoir plusieurs fois accompagnée de votre expertise toujours souhaitée et qui rehaussez de votre présence si précieuse, la cérémonie d'ouverture de cette session, nous tenons à exprimer notre sincère reconnaissance.

Mesdames et Messieurs les participants,

Je m'en voudrais de ne pas témoigner notre gratitude aux hauts magistrats, et à tous les théoriciens et praticiens du droit qui ont bien voulu accepter de nous appuyer de toute leur science à l'occasion de la présente session de formation dont les travaux s'ouvriront dans quelques instants.

Au nombre de ceux-ci, je voudrais saluer tout particulièrement, le Conseiller d'Etat, Monsieur Patrick QUINQUETON que la plus haute juridiction administrative de France, a bien voulu mettre, une fois encore, à notre disposition dans le cadre de la présente session. Nos salutations et remerciements vont également à l'endroit de Monsieur Philippe PETITPREZ, Avocat Général au Parquet Général près la Cour de cassation de France que le Président Bertrand LOUVEL et le Procureur Général, Monsieur Jean-Claude MARIN, ont bien voulu dépêcher au Bénin pour nous accompagner.

Chers collègues venus de la République sœur de France,

Au-delà de la bonne coopération inter-judiciaire Franco-béninoise, c'est bien au nom de valeurs universelles partagées, forgées par une tradition séculaire, respectueuses des droits de la personne humaine, que vous avez consenti le sacrifice de votre déplacement en terre africaine libre du Bénin.

Nous restons très sensibles à votre geste empreints d'humanisme et vous en savons infiniment gré.

Mesdames et Messieurs les participants,

Honorables Invités,

Mesdames et Messieurs,

Ainsi que vous vous en doutez, les présentes assises de la 9^{ème} session de formation de notre réseau, n'auraient pu avoir lieu sans le soutien technique, matériel et financier de notre partenaire privilégié, l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) qui depuis notre création, le 11 novembre 1998, n'a cessé de nous accompagner dans toutes nos activités.

L'intérêt manifeste qu'elle porte à notre réseau, se traduit ce jour, par la présence à nos côtés, de Monsieur Mouhamed KONATE, représentant du Bureau Régional de cette Institution sis à Lomé et qui dans quelques instants, nous délivrera un important message.

Aussi, voudrais-je au nom du Conseil d'administration et de tous les Chefs des juridictions membres de notre réseau, lui exprimer nos sincères remerciements pour le déplacement qu'il a bien accepté d'effectuer sur Porto-Novo et le prier de bien vouloir transmettre au Secrétaire Général de l'Organisation Francophone, l'expression émue de notre infinie gratitude.

Au Président Abraham ZINZINDOHOUE, ancien Président de la Cour suprême du Bénin, Ancien Garde des Sceaux, Ancien Président de la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), Premier Président du Conseil d'Administration du réseau AA-HJF, je voudrais exprimer notre infinie reconnaissance pour sa constante disponibilité à l'endroit de notre creuset dont il fut à l'origine de la création.

Votre présence à nos côtés, Monsieur le Président ZINZINDOHOUE, nous honore à plus d'un titre et nous conforte dans notre foi en cette Association que vous avez mise sur les fonts baptismaux depuis bientôt 18 ans.

Mesdames et Messieurs,

Je me réjouis aussi de la présence remarquable, ici à Porto- Novo, de bon nombre de hauts magistrats africains francophones venus de la quasi-totalité des juridictions membres de l'Association.

Cette présence renouvelée témoigne de ce que les hautes Juridictions membres de notre réseau, attachent du prix au renforcement des capacités d'intervention de leurs principaux animateurs.

Cet attachement, outre qu'il nous procure une légitime fierté, nous place gravement devant nos responsabilités dans la conduite et le management de l'Association.

Monsieur le Ministre,

Honorables Invités,

Mesdames et Messieurs,

Dans un monde en constance évolution technologique et sociétale, face à la marche irréversible des sociétés humaines vers la modernité, nos systèmes judiciaires et les hommes et femmes qui les animent, se doivent d'être à la hauteur des nombreuses mutations y afférentes, de cerner les enjeux et défis, en apportant les solutions appropriées qu'attendent les justiciables de nos offices respectifs.

C'est ce souci qui a guidé le comité scientifique chargé de la préparation intellectuelle de la présente session de formation, à élaborer, à la lumière des propositions et recommandations issues des travaux de la session précédente, un programme pédagogique conséquent qu'alimentent des thématiques d'intérêt scientifique avéré.

Deux thèmes de portée générale nourriront nos échanges à la séance plénière et porteront respectivement sur :

« Le pourvoi dans l'intérêt de la loi » et

«L'exception d'inconstitutionnalité devant les hautes juridictions: étendue et limites ».

Trois sujets, pas moins intéressants, ont été retenus pour les échanges au sein de chacun des cinq ateliers correspondant aux différents ordres de juridictions réunis au sein du réseau.

Je reste persuadé, Mesdames et Messieurs, que par vos contributions actives et positives, vous donnerez encore une fois, un sens et un contenu à notre rencontre.

Je forme le vœu, qu'au terme de la présente rencontre du donner et du recevoir, chacun retourne dans son office, avec la légitime fierté de s'être remis à niveau, d'avoir actualisé ses connaissances, de s'être imprégné des pratiques positives des uns et des autres, afin de contribuer, mieux que par le passé, à réaliser le souhait cher aux justiciables, celui d'une justice plus efficace, rendue dans des délais raisonnables et surtout d'une justice plus en phase avec les réalités de son temps.

Monsieur le Garde des Sceaux,

Honorables Invités,

Mesdames et Messieurs,

Permettez-moi avant de terminer mes propos, de réitérer nos profonds sentiments de gratitude et de reconnaissance à l'Organisation Internationale de la Francophonie et au Gouvernement de la République du Bénin pour leur soutien constant à l'endroit de notre réseau.

A vous-même, Monsieur le Ministre, nous exprimons, une fois encore, notre profonde gratitude pour avoir accepté de venir ouvrir les présents travaux malgré vos multiples occupations.

Comment pourrais-je réellement mettre un terme à mes propos, sans adresser au Directeur Général de l'ERSUMA, nos chaleureux remerciements lui qui, nous accueille, comme par le passé, avec tous ses collaborateurs, dans le cadre de cette 9^{ème} session de formation.

Monsieur le Directeur Général par intérim, merci pour toutes les commodités matérielles que vous avez mises à la disposition de notre réseau pour un bon déroulement des travaux.

Nos vœux de succès vous accompagnent.

Nous vous souhaitons tout le meilleur pour les semaines et mois à venir.

Chers participants,

Je voudrais enfin vous remercier, vous tous, pour la confiance renouvelée que vos juridictions respectives, faites à notre réseau et à mon pays, le Bénin, à travers votre participation régulière à nos sessions de formation.

Faisons de cette 9^{ème} édition, un nouveau pas de plus sur le chemin de l'intégration juridique et judiciaire de nos Etats.

Que nos travaux soient porteurs d'espérances, au service de la justice dans un monde africain francophone encore plus en phase avec les réalités de son époque.

Vive la coopération juridique et judiciaire!

Vive l'AA-HJF!

Je vous remercie de votre bienveillante attention!

Ousmane BATOKO

TRAVAUX PROPREMENT DITS
DE LA SESSION

Travaux en pleniere

LE POURVOI DANS L'INTERET DE LA LOI

Par M. Philippe PETITPREZ,
Avocat Général à la Cour de cassation de France

J'ai reçu pour mission de vous exposer, en guise de communication introductive, le pourvoi dans l'intérêt de la loi. Il faudrait d'ailleurs parler des pourvois dans l'intérêt de la loi puisqu'il existe plusieurs procédures en matière civile et pénale dont les conditions et les effets ne sont pas similaires.

Ce pourvoi, qui a pour seul objet le maintien des principes, permet à la Cour de cassation de censurer dans l'intérêt de la loi des décisions qui ne sont plus susceptibles de voies de recours.

Le législateur a estimé en effet que le pourvoi dans l'intérêt des parties n'était pas suffisant pour permettre à la Cour de cassation d'assurer sa mission d'unification du droit. D'une part, les parties ne sont jamais obligées d'exercer les voies de recours qui leur sont ouvertes et peuvent se laisser surprendre par l'écoulement du délai de pourvoi, extrêmement bref en matière pénale. D'autre part, il arrive que les parties n'aient pas intérêt à attaquer une décision critiquable sur le plan du droit parce, malgré tout, elle leur donne satisfaction.

Comme le résume bien la doctrine, "l'intérêt de la loi transcende l'intérêt des parties et il était bon qu'une autorité supérieure vînt contrôler l'uniformité de la jurisprudence et éviter la naissance d'un foyer d'illégalité qui, si l'on n'y prenait garde, pourrait se développer dangereusement"¹.

Ce pourvoi au régime exorbitant est réservé au procureur général près la Cour de cassation, qui agit tantôt de sa propre initiative, sur requête d'un particulier ou d'un procureur général de Cour d'appel, ou, uniquement en matière pénale, sur instruction formelle du garde des Sceaux.

1. Jacques et Louis Boré - La cassation en matière pénale 2012/2013 - Dalloz Action, 3e édition.

Il n'occupe qu'une faible place dans la pratique judiciaire².

Pourvoi en matière civile

En matière civile, le pourvoi du procureur général, régi par l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967 relative à la Cour de cassation, fait désormais l'objet des articles 639-1 et 639-2 du code de procédure civile.

Lorsque le procureur général est informé de l'existence d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée, qui serait contraire aux lois ou règlements, il peut former un pourvoi en cassation, afin d'éviter qu'une décision erronée puisse subsister et, éventuellement, faire jurisprudence. Ce pourvoi dans l'intérêt de la loi ne peut ni profiter aux parties ni leur nuire.

L'article 639-1 du code de procédure civile, dans sa rédaction actuelle, prévoit que le pourvoi dans l'intérêt de la loi ne peut être formé que contre une décision irrévocable. Pour s'assurer de ce caractère, le procureur général peut inviter le ministère public près la juridiction qui a rendu le jugement à le faire notifier aux parties.

Depuis 2014, le pourvoi doit être exercé dans un délai de cinq ans à compter du prononcé de la décision.

Ce pourvoi est formé non par voie de déclaration comme en droit commun mais par une requête motivée. Contrairement au pourvoi des parties, il peut être dirigé non seulement contre le dispositif d'un jugement mais également contre ses motifs.

La procédure est contradictoire. Le pourvoi est notifié par le greffe de la Cour de cassation aux parties qui disposent d'un délai de deux mois pour faire valoir leurs observations, sans ministère obligatoire d'avocat.

Le pourvoi du procureur général n'étant exercé que dans le seul intérêt de la loi, l'article 639-2 du code de procédure civile prévoit que le jugement attaqué conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés. Celles-ci n'ont

2. En 2015, ont été reçus deux pourvois sur ordre du garde des Sceaux et moins d'une dizaine de requêtes soumises à l'appréciation du procureur général.

donc qu'un intérêt purement moral à intervenir dans la procédure.

Il existe un exemple bien connu de pourvoi formé dans l'intérêt de la loi ayant conduit à la cassation d'un arrêt de cour d'appel par l'Assemblée plénière dans l'affaire dite des "mères porteuses".

Avant que la gestation pour autrui ne soit prohibée par la loi française³, la cour d'appel de Paris avait jugé licite une convention de maternité pour autrui. L'Assemblée plénière a jugé que "*la convention, par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance, contrevient aux principes d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes*"⁴. La cassation dans l'intérêt de la loi a été prononcée sans renvoi, la décision rendue étant devenue irrévocable à l'égard des parties.

Hormis cette décision, il est permis de relever, depuis 1990, une dizaine d'arrêts rendus par les chambres civiles de la Cour de cassation dans des domaines variés, les décisions les plus intéressantes concernant le droit des personnes et de la famille.

On peut citer un pourvoi formé contre un jugement irrévocable rendu par un tribunal de grande instance qui avait débouté le ministère public de sa demande en nullité d'un mariage célébré au Maroc hors la présence de l'époux possédant la double nationalité française et marocaine, représenté à cette cérémonie par son frère. Après avoir rappelé que les dispositions de l'article 146-1 du Code civil, selon lesquelles le mariage d'un Français, même contracté à l'étranger, requiert sa présence, constituent une condition de fond du mariage régie par la loi personnelle, la 1^{ère} chambre civile a cassé le jugement, dans l'intérêt de la loi et sans renvoi⁵.

Plus récemment, la Cour de cassation, sur pourvois du procureur général, a cassé les arrêts rendus par deux cours d'appel qui avaient prononcé les adoptions simples d'enfants algérien et marocain recueillis selon le régime de la kafala. La

3. Art. 16-7 du code civil

4. Assemblée plénière 31 mai 1991, Bull. 1991, Ass. plén., n° 4

5. Civ. 1^{ère} 15 juillet 1999, Bull. 1999, I, n° 244

cassation est intervenue seulement dans l'intérêt de la loi, les parties ne pouvant s'en prévaloir, au motif que l'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si la loi personnelle prohibe cette institution, ce qui était le cas, sauf si ce mineur est né ou réside habituellement en France⁶.

Ajoutons que le pourvoi dans l'intérêt de la loi doit être distingué de la procédure rare et particulière du recours pour excès de pouvoir sur instructions du garde des sceaux, prévu par l'article 18 de la loi du 3 juillet 1967, qui permet de déférer à la Cour de cassation les actes judiciaires entachés d'excès de pouvoirs.

Pourvoi en matière pénale

En matière pénale, le pourvoi peut être formé à l'initiative du procureur général près la Cour de cassation ou sur ordre du garde des Sceaux.

Pourvoi du procureur général (art. 621 du CPP) :

Reprenant une disposition qui figurait déjà dans le code d'instruction criminelle, l'article 621 du code de procédure pénale dispose que *"lorsqu'il a été rendu par une cour d'appel ou d'assises ou par un tribunal correctionnel ou de police, un arrêt ou jugement en dernier ressort, sujet à cassation, et contre lequel néanmoins aucune des parties ne s'est pourvue dans le délai déterminé, le Procureur général près la Cour de cassation peut d'office et nonobstant l'expiration du délai se pourvoir, mais dans le seul intérêt de la loi, contre ledit jugement ou arrêt. La Cour se prononce sur la recevabilité et le bien-fondé de ce pourvoi. Si le pourvoi est accueilli, la cassation est prononcée, sans que les parties puissent s'en prévaloir et s'opposer à l'exécution de la décision annulée"*.

Le procureur général près la Cour de cassation dispose donc d'un pouvoir propre qui est celui d'exercer d'office un pourvoi, uniquement dans l'intérêt de la loi.

Le pourvoi peut être formé contre tout jugement ou arrêt rendu en dernier ressort par une juridiction répressive et ne peut être fondé que sur une violation de la loi au sens large.

6. Civ. 1^{ère} 10 octobre 2006 (2 arrêts), Bull. 2006, I, n° 431 et 432

Ce pourvoi déroge profondément au droit commun dans la mesure où il s'exerce contre une décision qui a acquis l'autorité de la chose jugée, n'est enfermé dans aucun délai et n'est soumis à aucune condition de forme. Il est recevable dès lors que l'erreur de droit qu'il dénonce n'a pas encore été censurée ce qui a pour conséquence que le pourvoi précédemment introduit par une partie n'exclut pas celui du procureur général.

La Chambre criminelle a admis que ce pourvoi pouvait être formé oralement à l'audience par l'avocat général présent⁷. Tel est le cas lorsque le pourvoi d'une partie est déclaré irrecevable ou se heurte à une cause de déchéance, mais qu'il y a lieu néanmoins à cassation dans l'intérêt de la loi.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi n'a aucune incidence sur la situation des parties et notamment celle du condamné. C'est ce qui explique que les parties ne sont pas, faute d'intérêt, recevables à intervenir aux débats devant la Cour de cassation.

La solution peut sembler choquante vis à vis du condamné, surtout si une cassation intervient dans un sens qui lui est favorable, mais c'est la conséquence logique de cette procédure particulière. On estime qu'il appartenait au condamné, pour échapper à l'exécution de la décision lui faisant grief, de former lui-même un pourvoi.

La cassation, si elle est prononcée, l'est toujours sans renvoi. Elle n'a finalement qu'un intérêt purement théorique ou doctrinal, puisqu'elle ne tend qu'à redresser les erreurs juridiques commises par les juges du fond et qui pourraient être invoquées à titre de précédents.

L'examen des arrêts rendus par la chambre criminelle montre que les erreurs dont le procureur général sollicite la correction sont des plus variées. On peut citer à titre d'exemples les plus récents :

- Un arrêt de la chambre criminelle de 2008 ayant annulé dans le seul intérêt de la loi un arrêt rendu par une cour d'assises en 1995 opérant une requalification d'un meurtre en coups mortels, sans qu'aient été posées par

7. Crim. 3 avril 1978, Bull. n°121

le président de la cour des questions subsidiaires⁸.

- Un arrêt de la chambre criminelle de 2010 ayant censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui avait dispensé l'auteur d'agressions sexuelles aggravées de son inscription au fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, alors qu'une telle dispense n'était pas possible⁹.

Pourvoi d'ordre du garde des Sceaux (art. 620 du CPP) :

Selon l'article 620 du code de procédure pénale "*Lorsque, sur l'ordre formel à lui donné par le ministre de la justice, le procureur général près la Cour de cassation dénonce à la chambre criminelle des actes judiciaires, arrêts ou jugements contraires à la loi, ces actes, arrêts ou jugements peuvent être annulés*".

Il résulte de ces dispositions que ce pourvoi est largement ouvert contre les jugements et arrêts même non définitifs. Il n'est enfermé dans aucun délai. Ce pourvoi est limité aux dispositions pénales de la décision attaquée, à l'exception des dispositions relatives aux intérêts civils.

Des circonstances telles que le décès du condamné ou encore l'effacement de la condamnation par une loi d'amnistie ne font pas obstacle au pourvoi d'ordre du garde des Sceaux.

Le moyen de cassation présenté à l'appui du pourvoi doit être visé par le ministre de la Justice, ni le procureur général, ni la chambre criminelle n'étant recevables à soulever un moyen d'office.

Il faut que ce moyen n'ait pas déjà été examiné par la chambre criminelle, à l'occasion d'un pourvoi des parties ou même d'un précédent pourvoi d'ordre du garde des Sceaux.

C'est ainsi que l'éventualité d'une réitération du pourvoi a été admise dans une affaire particulière : un président de cour d'assises avait visité les lieux du crime avant l'ouverture des débats. Saisie d'un premier pourvoi sur instruction ministérielle, la chambre criminelle a considéré comme régulière cette vue des

8. Crim. 10 décembre 2008, n° 08-82.880

9. Crim. 17 février 2010, Bull. N° 35

lieux qui n'était pas un acte d'instruction mais une mesure préparatoire à l'audience¹⁰. Dans le cadre d'un second pourvoi d'ordre du garde des Sceaux, il a été soulevé le fait que le commissaire de police qui accompagnait le président était appelé à témoigner devant la cour d'assises et cette fois la cassation a été prononcée avec renvoi devant une nouvelle juridiction de jugement¹¹. La solution est parfaitement logique puisque la première fois, la chambre criminelle n'était saisie que dans les limites fixées par la dépêche ministérielle et n'avait pas la possibilité de relever d'office la véritable irrégularité.

La jurisprudence criminelle a admis très tôt que ce pourvoi pouvait être exercé non seulement dans l'intérêt de la loi mais également dans l'intérêt du condamné, à condition que la dépêche du ministre le précise.

L'intérêt d'un tel pourvoi est de réparer une illégalité qui peut avoir des conséquences sur la mise en œuvre du processus d'exécution des peines. Cette irrégularité peut être détectée au stade de la mise à exécution de la décision ou encore par le service du casier judiciaire national garant de la légalité des données conservées au casier judiciaire.

Il est important de préciser que la cassation dans l'intérêt de la loi peut profiter au condamné mais ne peut jamais lui nuire.

On peut donc réparer une erreur préjudiciable au condamné, par exemple une peine prononcée qui serait supérieure au maximum légal encouru, auquel cas, la cassation sera prononcée avec renvoi devant une nouvelle juridiction. En revanche, le condamné conserve le bénéfice de l'erreur commise en sa faveur. Il en est ainsi, par exemple d'un acquittement prononcé au mépris d'une règle de droit ou de procédure.

Le recours à l'article 620 du code de procédure pénale est rare mais pas exceptionnel.

Depuis le 1^{er} janvier 2015, la chambre criminelle s'est prononcée sur quatre pourvois introduits sur ordre du ministre de la Justice.

10. Crim. 17 octobre 1968, Bull. n° 260

11. Crim. 30 avril 1969, Bull. n° 149

Retenons à titre d'illustration :

- une décision ayant censuré un arrêt de cour d'assises ayant fixé à 15 ans la durée de la période de sûreté d'une personne condamnée à 20 ans de réclusion criminelle pour vol avec violence ayant entraîné la mort, alors que la période de sûreté ne pouvait excéder les deux tiers de la peine. Dans cette situation, la chambre criminelle a ramené elle-même à 13 ans et 4 mois la durée de la période de sûreté, ce qui a permis d'éviter un renvoi devant une autre Cour d'assises¹².
- une décision ayant relevé qu'un tribunal correctionnel avait dépassé le maximum légal en condamnant pour abus de faiblesse un prévenu à 4 ans d'emprisonnement dont 2 avec sursis et mise à l'épreuve, alors que le maximum légal encouru pour ce délit est de 3 ans d'emprisonnement. L'affaire a été renvoyée devant un autre tribunal correctionnel pour être jugée à nouveau¹³.

Les quelques exemples donnés dans le cadre de ce rapide tour d'horizon vous permettront de mieux cerner les deux fonctions essentielles de ce recours particulier, mis en œuvre avec parcimonie : celle de régulation de la jurisprudence des cours et tribunaux et celle de réparation, en matière pénale, d'erreurs graves commises au détriment de certains condamnés.

12. Crim. 31 mars 2016, n°15-86.076

13. Crim. 16 décembre 2015, n° 15-82.306

L'EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE DEVANT LES HAUTES JURIDICTIONS : ETENDUE ET LIMITES

Par M. Euloge AKPO, Juge à la Cour de Justice de l'UEMOA

Avec la contribution de

M. Daniel A. TESSOUGUE, Juge à la Cour de Justice de l'UEMOA

INTRODUCTION

« Il n'y a pas de liberté lorsque dans la même personne ou corps de la magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, parce que l'on peut craindre que le même monarque ou sénat fasse des lois tyranniques et les exécute tyranniquement. ».

C'est en ces termes très forts que s'exprimait Montesquieu, pour vanter le mérite de la séparation des pouvoirs.

Que vaut une séparation de pouvoirs si les lois votées et devant être exécutées sont contraires à la volonté du peuple, exprimée à travers la Constitution qu'il s'est donné ?

Il importe que le peuple ait le pouvoir de soumettre au contrôle de conformité à la Constitution la loi que la justice veut appliquer à ses membres à l'occasion des procès, lorsqu'il existe un moindre doute.

Et c'est justement conscient de cet état de chose que certaines législations ont procédé à une grande réforme d'ordre procédural, en instituant un nouveau moyen de défense appelé « exception d'inconstitutionnalité ».

Une des approches simplistes considère l'exception d'inconstitutionnalité comme la possibilité qu'a un justiciable, à l'occasion d'un procès devant une quelconque juridiction, d'invoquer qu'une disposition légale est non-conforme à la

Constitution. L'acceptation donnée par le Professeur Bertrand Mathieu résume exactement la pensée dominante quant à sa définition :

« Ces termes techniques désignent la possibilité pour un citoyen d'invoquer la Constitution et plus spécifiquement les droits fondamentaux qu'elle reconnaît, à l'occasion d'un litige auquel il est partie et de soutenir que la loi qui lui est appliquée est contraire à tel ou tel de ces principes. Le juge devant alors, selon une procédure (déterminée) saisir le conseil constitutionnel ». ¹⁴

Il s'ensuit que ce moyen de défense peut être invoqué devant toute juridiction. Il y a lieu de **questionner les réformes intervenues dans certains Etats** pour mettre en évidence et pour évaluer l'étendue et les limites de la mise en œuvre de ce moyen de défense devant les juridictions se trouvant en tête des pyramides des organisations judiciaires et communément appelées « hautes juridictions ». On peut distinguer d'une part les hautes juridictions nationales comme la Cour suprême éclatée ailleurs en Cour de cassation (tête de l'ordre judiciaire), en Conseil d'Etat (tête de l'ordre administratif), en Cour des comptes (tête de l'ordre financier), la Haute Cour de Justice (juge des présidents de la Républiques et parfois des ministres pour les fautes commises dans l'exercice de leurs fonctions), etc. et d'autre part les hautes juridictions communautaires souvent appelées Cours de Justice, Cours Communes de Justice, etc.

Il paraît utile de noter d'ores et déjà que si l'exception d'inconstitutionnalité est reconnue devant les hautes juridictions nationales, il n'en est pas de même devant les hautes juridictions communautaires.

Par conséquent et afin de mieux cerner la teneur de cette étude, il paraît judicieux de structurer la présente intervention en deux grands moments. **Le 1^{er} moment** sera celui de la présentation de l'exception d'inconstitutionnalité comme moyen de défense reconnu par les hautes juridictions nationales; **le second moment** sera consacré à la présentation de l'exception d'inconstitutionnalité comme moyen de défense ignoré par les hautes juridictions communautaires.

¹⁴Professeur Bertrand Mathieu, article paru dans le journal français les Echos du 19 février 2008.

I. EXCEPTION D'INCONSTITUTIONNALITE : MOYEN DE DEFENSE RECONNU PAR LES HAUTES JURIDICTIONS NATIONALES

L'exception d'inconstitutionnalité est aujourd'hui un moyen de défense qui peut être soulevé devant toutes les juridictions nationales des Etats admettant ce moyen de défense dans leur Constitution. Avant de parvenir à cette étape, sur la question de l'exception d'inconstitutionnalité, deux tendances opposées se sont dégagées. D'un côté, à part quelques voix dissidentes qui s'éteignent peu à peu sans être remplacées (Esmein, Larnaude, Carré de Malberg), l'ensemble de la doctrine universitaire se montre favorable à l'exception d'inconstitutionnalité, estimant même qu'en l'état actuel des textes, le contrôle est possible, en plus d'être souhaitable.¹⁵

A. RECONNAISSANCE CRITIQUEE

L'hostilité à l'acceptation de l'exception d'inconstitutionnalité a été manifeste dans le temps surtout devant le Conseil d'Etat français.

Dans une analyse récente, Jean-Marc Sauvé, Vice-président du Conseil d'Etat, a énuméré les raisons de cette hostilité qui révèlent l'état d'esprit qui a animé le Conseil d'Etat¹⁶. Selon lui, les raisons, d'ailleurs fluctuantes, du rejet de ce moyen de défense sont notamment :

- « la conscience qu'a le juge de sa propre légitimité » ;
- « la volonté de respecter l'équilibre des institutions et des pouvoirs » ;
- la crainte d'entrer en conflit avec le Parlement ;

¹⁵ Travaux, VII ème Congrès français de droit constitutionnel, Nancy 16, 17 et 18 juin 2011 ; Atelier 9 , aspects historiques.

¹⁶ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 3e éd., 1903, p. 374 et s. ; F. Larnaude, « L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français », RPP 1926, p. 181 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1929, p. 266 et s. ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., t. III, p. 659 et s. ; G. Jèze, « Le contrôle juridictionnel des lois », RDP 1924, p. 399 ; Ch. Eisenmann, note sous CE Sect., 6 novembre 1936, Arrighi, D. 1938, III, p. 1. ; R. Carré de Malberg, « La constitutionnalité des lois et la Constitution de 1875 », RPP 1927, p. 339 ; H. Berthélémy, « Les lois inconstitutionnelles devant les juges », RPP 1927, p. 183 ; P. Duez, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en France », in *Mélanges Hauriou*, 1929, p. 213. 6 François Burdeau parle du « chœur à deux voix de la doctrine », conséquence de « l'apparition d'une doctrine organique », in Fr. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Thémis, Puf, 1995, p. 469 et s. 7 Sur le développement de la doctrine au sein du Conseil d'Etat, voir thèse Y. Gaudemet, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, LGDJ, 1972, p. 150 et s.

- l'institution d'organes spécialement créés pour contrôler la constitutionnalité des lois, interprétée comme excluant l'exception d'inconstitutionnalité ;

La doctrine a ajouté d'autres raisons, à savoir :

- le principe de séparation des pouvoirs interdirait au pouvoir judiciaire d'apprécier la validité des lois.
- l'idée que la loi est une manifestation de la souveraineté nationale et qu'à ce titre, elle doit être soustraite à tout contrôle.

Georges Teissier écrit que « les pouvoirs du Parlement, dans notre droit public, étant sans limites, les lois qu'il a votées ne sont susceptibles, quand elles ont été régulièrement promulguées, d'aucune espèce de recours, même pour violation de la Constitution ; elles sont donc, au premier chef, des actes de souveraineté »¹⁷.

Pour Donnedieu de Vabres, « le Conseil d'Etat ne peut connaître de la constitutionnalité des lois parce que ce serait porter atteinte à la souveraineté du législateur »¹⁸

La consécration, par l'arrêt Nicolo, du contrôle de conventionalité de la loi a radicalement changé les termes du débat. D'une part, la loi, volonté du législateur, n'est plus incontestable devant le juge administratif. Elle peut faire l'objet d'un contrôle par le juge administratif. D'autre part, la protection des droits et libertés est devenue l'enjeu essentiel du contrôle de constitutionnalité.

Alors qu'un projet de loi ordinaire sur la mise en œuvre de l'article 61-1 a été déposé à l'Assemblée nationale, Dominique Rousseau, professeur de droit public à l'Université de Montpellier 1 et membre de l'Institut universitaire de France ¹⁹, a affirmé en 2007 que c'est une réforme importante qui risque de bouleverser l'architecture juridictionnelle ; qu'à terme, elle va avoir pour conséquence de mettre en position suprême le Conseil constitutionnel vis-à-vis de la Cour de

¹⁷ . Teissier, Responsabilité de la puissance publique, précité. 13 J.

¹⁸ Donnedieu de Vabres, précité, p. 44.

¹⁹ 6 juillet 2007. La tribune.fr

cassation et du Conseil d'Etat sans pour autant devenir une Cour suprême à l'américaine. Il craint qu'à terme, la réforme entraîne forcément une montée en puissance du Conseil constitutionnel. La Cour de cassation et le Conseil d'Etat seront dépendants des décisions rendues par le Conseil constitutionnel.

L'hostilité n'a pas totalement disparu. A preuve Hubert SAGE qualifie l'exception d'inconstitutionnalité d'« arme redoutable, introduite au nom de la protection des citoyens, contre l'expression de la volonté générale émise par le vote des lois par les députés, représentants du peuple, voire directement par le peuple au moyen du référendum. C'est un pouvoir supplémentaire donné aux juges, à ce que Franklin Roosevelt a appelé en son temps « le gouvernement des juges », qui aura pour effet à terme de participer à la désagrégation de l'état-nation républicain fondé sur l'intérêt général (et non sur l'addition d'intérêts particuliers). »

B. RECONNAISSANCE ACCLAMEE

En France, le 2 décembre 2009 a été promulguée une loi organique qui fait suite à la révision constitutionnelle adoptée par le Congrès de Versailles le 23 juillet 2008. Elle a ajouté à l'article 61 de la Constitution l'alinéa suivant: « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'état ou de la Cour de Cassation qui se prononce dans un délai déterminé ». Et cela est complété par l'article 30 de la Constitution: « ...une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée... »

C'est l'introduction dans le droit français de « l'Exception d'Inconstitutionnalité » que peut faire valoir tout justiciable auprès de n'importe quelle juridiction, dont les hautes juridictions nationales, sous l'appellation de question prioritaire de constitutionnalité (QPC).²⁰

En faveur de l'institution de ce moyen de défense, le commissaire du gouvernement R. LATOURNERIE évoque l'idée que « le juge de l'action est le

²⁰ La QPC n'a pu entrer en vigueur qu'avec le concours de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution⁹, loi organique ayant fait l'objet de réserves par le Conseil constitutionnel ([décision n° 2009-595 DC du 3 décembre 2009](#)).

juge de l'exception ».²¹ Autrement dit, rien n'empêche le juge de connaître d'une exception, quelle qu'elle soit. Ensuite, le litige est réduit à un simple conflit entre une loi supérieure et une loi inférieure, « qui ne diffère guère par nature d'autres conflits qui se présentent devant lui entre lois égales ». Et si le juge n'opérait pas ce contrôle, « ne renverserait-il d'ailleurs pas l'ordre de la hiérarchie légale en permettant à la loi inférieure d'offusquer la loi supérieure [...] ? ». Cette argumentation en faveur du contrôle de constitutionnalité, il la qualifie de « logique pure ».

Il s'ensuit qu'au cours d'une instance devant toutes les juridictions dont les hautes juridictions, un plaideur peut soulever l'inconstitutionnalité de la loi qui doit lui être appliquée. En France, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être soulevée devant le tribunal des conflits, ni devant la Haute Cour de Justice, ni devant la première instance de la cour d'assises.

La base légale de l'exception d'inconstitutionnalité varie suivant les Etats. A titre d'exemple :

- **Au Bénin : l'article 122 de la Constitution dispose :**

« Tout citoyen peut saisir la Cour Constitutionnelle sur la constitutionnalité des lois, soit directement, soit par la procédure de l'exception d'inconstitutionnalité invoquée dans une affaire qui le concerne devant une juridiction. Celle-ci doit surseoir jusqu'à la décision de la Cour Constitutionnelle qui doit intervenir dans un délai de (30) trente jours ».

- **Au Burkina Faso, la loi n° 033-2012/AN/ du 11 juin 2012, qui est en fait l'article 157 de la Constitution, dispose :**

« ... si, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation. Le Conseil Constitutionnel se prononce dans un délai déterminé par la loi. Une loi organique détermine les conditions d'application de cette disposition ».

²¹ R. Latournerie, conclusions sur CE, 6 novembre 1936, Arrighi, S. 1937, III, p. 34

- **Au Niger, l'article 96 de la Constitution évoque le principe suivant :**

« Tout plaideur peut soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi devant toute Juridiction. Les conditions de saisine du Conseil Constitutionnel sont déterminées par la loi ».

- **Au Sénégal : aux termes de l'article 92 alinéa 1er de la Constitution**

« Le Conseil Constitutionnel connaît de la constitutionnalité des règlements intérieurs des assemblées législatives, des lois et des règlements internationaux, des conflits de compétence entre l'exécutif et le législatif, ainsi que des exceptions d'inconstitutionnalité soulevées devant la Cour Suprême ». Aujourd'hui, des exceptions d'inconstitutionnalité peuvent être aussi soulevées devant les cours d'appel.

- **Au Togo, l'article 104 alinéas 6 et 7 de sa Constitution, dispose :**

« Au cours d'une instance judiciaire, toute personne physique, ou morale peut, « in limine litis », devant les cours et tribunaux, soulever l'exception d'inconstitutionnalité d'une loi. Dans ce cas, la juridiction sursoit à statuer et saisit la Cour Constitutionnelle. La Cour Constitutionnelle doit statuer dans le délai d'un mois. Ce délai peut être réduit à huit (8) jours en cas d'urgence ».

Dans le cas de l'article 61-1 de la Constitution française et dans bon nombre d'Etats, l'évocation du principe de l'exception d'inconstitutionnalité s'accompagne de la description sommaire de la procédure.

Au Bénin comme dans la plupart des Etats francophones qui admettent l'exception d'inconstitutionnalité, dès que ce moyen de défense est soulevé devant la haute juridiction, celle-ci soumettra la question au juge constitutionnel, sans exercer aucun pouvoir d'appréciation.

Tel n'est pas le cas en France où la haute juridiction devant laquelle l'exception est soulevée devra examiner au préalable si trois conditions sont réunies, pour saisir le Conseil Constitutionnel, à savoir

1. Si la disposition contestée commande l'issue du litige ou la validité de la procédure, ou constitue le fondement des poursuites. C'est la loi applicable au litige. Il ne doit pas s'agir d'une loi constitutionnelle, ni d'une loi référendaire, ni d'une loi de ratification d'un traité ;
2. Si elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil Constitutionnel, sauf changement des circonstances ;
3. Si la question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.²².

L'exception sera présentée sous une forme écrite, dans un mémoire séparé de l'instance initiale, et motivée.

A la lecture des différents textes constitutionnels, on peut se rendre compte que ce moyen peut être soulevé pour la première fois devant les hautes juridictions. Les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles. Le contrôle n'est donc désormais plus uniquement possible *a priori* (avant la publication de la loi) mais aussi *a posteriori*, pendant la mise en application de la loi.

En Belgique, le domaine et les limites de l'exception d'inconstitutionnalité son plus larges en raison de nombreuses innovations dont regorge la procédure constitutionnelle. La compétence de la Cour constitutionnelle trouve son siège dans l'article 142 de la Constitution belge qui prévoit que la Cour peut être saisie « à titre préjudiciel, par toute juridiction ». La loi organique sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989 détermine les conditions et modalités d'application de ce contentieux. L'article 26 de la loi indique que, lorsqu'une exception d'inconstitutionnalité de la loi est soulevée dans le cadre d'un litige devant une juridiction, celle-ci doit demander à la Cour constitutionnelle de statuer sur cette question. Il s'agit donc d'une obligation pour le juge de renvoyer la question de constitutionnalité à la Cour. Plusieurs exceptions à cette obligation ont été cependant aménagées. Ces exceptions ont connu des évolutions législatives

²² le Professeur Molefiss, Loana Petculescu : compte rendu de colloque, blogdroitadministratif.net/17062009

qui entendaient répondre à des évolutions jurisprudentielles devenant problématiques.

La décision du juge de poser une question préjudicielle n'est pas susceptible de recours (article 29, § 1 de la loi spéciale du 6 janvier 1989). Le refus du juge de poser une question n'est pas susceptible de recours distinct (article 29, § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989). Le recours introduit contre le refus du juge de saisir la Cour constitutionnelle devra accompagner le recours sur le fond de l'affaire. Il s'agira de démontrer, dans ce cadre, que la décision au fond aurait été différente si la question de compatibilité de la loi avec la Constitution avait été posée à la Cour constitutionnelle.

La procédure est donc liée au fond de l'affaire.

Le Ministère public, l'Etat ou les personnes de droit public ne peuvent invoquer l'exception d'inconstitutionnalité que s'ils sont partis à la procédure devant le juge de renvoi.

Le juge peut décider de poser une question, **d'office**, c'est-à-dire sans que l'une des parties comparaissant devant lui ne la lui suggère. Mais la plupart du temps, les questions posées à la Cour sont soulevées par au moins l'une des parties au procès.

L'arrêt 44/2008 a marqué un tournant dans la jurisprudence de la Cour. Elle a déclaré recevable l'intervention de parties étrangères au litige soumis au juge qui avait posé la question à la Cour, si elles étaient parties dans une procédure analogue.

La procédure a un caractère contradictoire. Un délai est imparti aux parties pour le dépôt des actes devant la Cour constitutionnelle.

Toujours en Belgique, toute autre personne intéressée peut également intervenir dans la procédure devant la Cour, par l'envoi d'un mémoire dans les trente jours de la publication de l'avis au Moniteur belge, le journal officiel.

Ce mémoire n'est soumis à aucune condition de forme, si ce n'est qu'il doit être envoyé à la Cour par envoi recommandé à la poste. Les parties y exposent

librement leurs observations quant à la question dont la Cour constitutionnelle est saisie.

La tenue d'une audience n'est plus systématique. La loi organique vient d'être modifiée en ce sens (article 90). Soit la Cour estime d'office que la tenue d'une audience est nécessaire au moment de la mise en état de l'affaire, soit les parties doivent en faire la demande. Si tel n'est pas le cas, il n'y a pas d'audience.

Le 9 mars 2003, la loi organique a été modifiée en vue de dispenser les juges de l'urgence, les juges du provisoire et les juges de la détention préventive de l'obligation de saisir la Cour constitutionnelle des questions soulevées devant eux, sauf lorsque ceux-ci ont un doute sérieux sur la compatibilité de la disposition législative avec la Constitution ou qu'il n'y a pas de demande ou de recours ayant le même objet qui soit pendant devant la Cour. Ceci vaut aussi pour la Cour de cassation qui intervient lors d'une procédure de confirmation du mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction. Mais la notion de doute sérieux n'a pas été définie par la loi.

Devant la Cour, les délais pour l'échange des mémoires peuvent être abrégés par ordonnance motivée du Président (article 89bis).

L'article 26, § 2, de la loi spéciale prévoit quatre exceptions à l'obligation de poser une question de constitutionnalité, dont seulement deux intéressent les hautes juridictions.

Toute juridiction peut se dispenser de poser une question de constitutionnalité à la Cour lorsqu'elle est incompétente pour en connaître ou lorsque l'« affaire » est irrecevable, sauf si le problème de constitutionnalité soulevé affecte la disposition législative qui fonde le constat d'incompétence ou d'irrecevabilité.

Toute juridiction peut refuser de poser une question lorsque la Cour « a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ». Pour pouvoir parler d'objet identique, il faut que la même norme soit en cause et qu'un grief identique soit soulevé à son encontre.

Il est à noter que les hautes juridictions, en particulier la Cour de cassation, ont développé d'autres motifs pour justifier des refus de poser des questions de constitutionnalité à la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle de Belgique ne peut contrôler que la compatibilité des lois par rapport à certaines dispositions de la Constitution (les droits fondamentaux consacrés par le titre II de la Constitution, l'égalité des belges devant l'impôt, la légalité de l'impôt, l'égalité des belges et des étrangers...). Si le juge devant lequel une question de constitutionnalité est soulevée a été saisi hors délai, l'action portée devant lui devra être déclarée irrecevable.

En tout cas, il faut noter que l'article 26, § 4 a été adopté dans un contexte particulier de concurrence entre les hautes juridictions. Il s'agissait de mettre fin à une « guerre des juges » entre Cour constitutionnelle et Cour de cassation. La procédure devant la Cour sera essentiellement écrite et gratuite ; les échanges n'auront lieu qu'entre les parties au litige et la Cour constitutionnelle. Il n'existe en effet aucune possibilité de dialogue entre la Cour et le juge de renvoi.

La jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge a peu à peu évolué en ce sens que de jurisprudence bien établie, la Cour déclarera la question irrecevable si elle constate que la question « n'est manifestement pas utile à la solution du litige. Il y a un délai raisonnable pour statuer sur l'exception d'inconstitutionnalité (6 mois pouvant être prorogé)

L'article 99 de la loi organique prévoit que le désistement accepté ou admis devant la juridiction qui a posé la question met fin à la procédure devant la Cour. La juridiction transmet une expédition de sa décision à la Cour.

Conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi organique : la décision de poser la question suspend la procédure et les délais de procédure et de prescription jusqu'à ce que la Cour ait rendu son arrêt et l'ait notifié à la juridiction qui a posé la question.

Le principe universellement reconnu est l'effet relatif des arrêts mais d'après l'article 28 de la loi organique, la juridiction qui a posé la question ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire est tenue de se

conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle. Concrètement, le juge refusera d'appliquer la disposition jugée inconstitutionnelle. En revanche, cette disposition continue à subsister dans l'ordonnement juridique.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a notamment admis qu'au regard du principe de la sécurité juridique, une Cour constitutionnelle peut laisser un délai au législateur pour légiférer à nouveau, ce qui a pour conséquence qu'une norme inconstitutionnelle reste applicable pendant une période transitoire (CEDH, décision, 16 mars 2000, Walden c. Liechtenstein).

Le juge devra tirer toutes les conséquences de l'arrêt de la Cour. Il écartera la disposition jugée inconstitutionnelle ou au contraire continuera à l'appliquer si elle a été validée.

Le renvoi préjudiciel pour exception d'inconstitutionnalité n'existe pas actuellement en France.

II. MOYEN DE DEFENSE IGNORE PAR LES HAUTES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

Les hautes juridictions communautaires ignorent l'exception d'inconstitutionnalité et n'acceptent pas qu'on leur oppose ce moyen de défense. Des Cours constitutionnelles ont néanmoins pris leur liberté en contestant cette ignorance.

De nos jours, cette guerre de juges semble connaître un dénouement heureux.

A- IGNORANCE CONTESTEE

Devant les hautes juridictions communautaires, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut prospérer en raison du principe de la primauté du droit communautaire ou des traités internationaux sur les droits nationaux. Aucune Cour constitutionnelle ne devrait déclarer recevable l'exception d'inconstitutionnalité, relativement à une procédure pendante devant une haute juridiction communautaire, en raison de ce que celle-ci n'applique que le droit

communautaire qui se trouve être au-dessus des lois nationales, y compris des Constitutions.

Mais certaines Cours constitutionnelles nationales ont tenté d'ignorer cette primauté pour cause de respect des droits fondamentaux garantis par des constitutions modernes.

Cette révolution était apparue en raison de la lacune de certains traités relativement aux droits fondamentaux.

Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande dans un arrêt dit « *Solange 1* » (29 mars 1974 Berge 37, p. 271) a pris la liberté d'écarter, malgré l'existence du principe de primauté à l'égard de toute norme nationale, y compris constitutionnelle, une norme européenne qui serait contraire aux droits fondamentaux, aussi longtemps qu'une protection de ces droits, équivalente à celle offerte par la Loi fondamentale allemande, ne serait pas assurée par la norme communautaire. La Cour constitutionnelle italienne a émis une réserve semblable dans une décision du 27 décembre 1973 (Frontini et Pozzani n° 173/83), qu'elle a confirmée en 1984 (8 juin 1984, Granital, n° 170)

En réplique, la Cour de justice de l'Union Européenne a, dans un premier temps, rejeté les griefs tirés de la violation des droits fondamentaux, au motif que ces droits invoqués par les requérants sont protégés par des normes de droits internes qu'il ne lui appartenait pas de faire respecter²³. En effet, c'est avec l'intégration des droits fondamentaux dans le droit communautaire qu'il était possible pour elle d'en assurer le respect. Elle l'a fait en 1969, en jugeant que « les droits fondamentaux de la personne sont compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »²⁴. C'est donc en ayant recours à la notion de principes généraux du droit que la Cour de justice a fait entrer les droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire. Ces principes non écrits, découverts par le juge, ont une valeur supérieure au droit dérivé et se

²³ (CJCE, 4 février 1959, Stork/Haute Autorité, 1/58, Rec. p. 43, spec. p. 59 et 63)

²⁴ (CJCE, 12 novembre 1969, Stauder, 29/69 Rec. P. 419, point 7)

situent au rang «constitutionnel ». ²⁵ Ils s'imposent au législateur européen ainsi qu'aux Etats membres, dans le champ d'application du droit de l'Union.

Dans un arrêt du 17 décembre 1970, la Cour a confirmé que les droits fondamentaux font partie des principes généraux du droit dont elle assure le respect. Elle a ajouté que leur définition devait s'inspirer « des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » ²⁶ En 1974, la Cour a peaufiné sa jurisprudence, ajoutant qu'elle doit aussi tenir compte « des instruments internationaux concernant la protection des Droits de l'Homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré » ²⁷. Les références à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, mentionnée pour la première fois dans l'arrêt Rutili ²⁸, rendu après l'adhésion de la France à cette Convention, se sont multipliées dans sa jurisprudence. Cette convention revêt en effet, selon la Cour une « signification particulière » parmi les sources de droits fondamentaux (CJCE, 18 juin 1991, ERT, C. 260/89 Rec. p. I.2925, point 41).

Cette évolution prétorienne a conduit les Cours constitutionnelles nationales à avoir d'égard à la primauté du droit de l'Union.

Dans un arrêt « Solange II » la Cour constitutionnelle allemande inversant son raisonnement de 1974, a jugé qu'elle n'exercerait plus de contrôle de conformité aux droits fondamentaux de la norme communautaire « aussi longtemps que » les droits fondamentaux seraient garantis dans l'ordre juridique communautaire de manière équivalente à la protection offerte par la loi fondamentale (22 octobre 1980, Byverf GE 73). Cette position a été réaffirmée dans un arrêt du 7 juin 2000, dit « Solange III ». Dans cet arrêt, la Cour indique que les recours constitutionnels et les renvois préjudiciels qui mettent en cause le respect des droits fondamentaux sont irrecevables, si leur motivation ne démontre

²⁵ (CJCE, 3 septembre 2008, Dadi et Al Barakaat International Foundation, C-402/05 P. Rec. P. I-6351, point 285 ; CJCE, 15 octobre 2009, Audio lux SA, C-101/08, Rec. p. I-9823, point 63)

²⁶ (CJICF, 17 décembre 1970, Internationale Handelsgesellschaft, 11/70, Rec. p.1125, point 4)

²⁷ (CJCE, 14 mai 1974, Nold, 4/73, Rec. p. 49 point 13)

²⁸ (CJCE, 28 octobre 1975, 36/75, Rec. p. 1219 point 32)

pas que le niveau de protection des droits fondamentaux atteint lors de la décision Solange II s'est dégradé.²⁹

Cette jurisprudence de la Cour sur les droits fondamentaux a fini par être codifiée, au niveau de l'article 6 du traité de Maastricht.

B- IGNORANCE AFFIRMEE

L'ignorance de l'exception d'inconstitutionnalité par les hautes juridictions communautaires est aujourd'hui affirmée. Les dispositions constitutionnelles nationales des Etats ne peuvent être opposées aux hautes juridictions communautaires, comme la Cour de Justice de l'Union Européenne, la Cour de Justice de l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA), etc. Cette position est la conséquence de l'affirmation du principe de la primauté du droit communautaire sur les droits des Etats membres. Ce principe ressort de l'un des arrêts audacieux et de principe rendus par la Cour de Justice (Union européenne), dans les années 60. Il s'agit de **l'arrêt COSTA contre ENEL** en date du 15 juillet 1964 par lequel la Cour de Justice a constaté et réaffirmé que le traité CEE a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres et que le droit communautaire a la primauté sur les droits nationaux.

« Attendu qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la communauté elle-même ;

Que le transfert opéré par les Etats, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de communauté ; »

Ce principe d'origine jurisprudentielle a été par la suite consacré par bon nombre de traités et de Constitutions nationales.

²⁹ Eléonore Von BARDELEBEN, Francis DONNAT et David SIRITZKY, La Cour de justice de l'Union européenne et le droit du contentieux européen, LA documentation française, 2012, pp 64-66 .

« Le droit international engage les Etats à respecter les Traités qui les lient en les faisant appliquer par les Organes exécutifs, législatifs et judiciaires nationaux³⁰...».

Par exemple, la Constitution du Mali dispose en son article 116 « les Traités ou Accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque Traité ou Accord de son application par l'autre partie ».

Une telle disposition, se retrouve dans presque toutes les lois fondamentales, et il est acquis que les traités ou autres actes régulièrement ratifiés ont une valeur supérieure à celle de la loi nationale.

La jurisprudence du Conseil Constitutionnel français est constante sur ce point.

Ainsi, dans la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, il a édicté qu'il ne lui appartient pas d'examiner la conformité de cette loi aux stipulations d'un traité ou d'accord International.

Par rapport au Traité de Maastricht qui énonce que l'Union Européenne est « constituées d'Etats qui ont le Conseil Constitutionnel », il a par voie de conséquence estimé qu'à partir du moment où la révision constitutionnelle de 1992 a permis de ratifier ledit traité, il était « consacré l'existence d'un ordre juridique international ».³¹

Les mêmes dispositions, se retrouvent dans le Traité de l'UEMOA du 10 janvier 1994, en son article 6 et est ainsi libellée :

³⁰ Fipa Nguembo Jacques, le rôle des juridictions supranationales de la CEMAC et de l'OHADA dans l'intégration des droits communautaires par les Etats membres, thèse de doctorat en droit communautaire comparé, Université Panthéon-Assas, 4 juillet 2011, P. 36. N° 40

³¹ Ainsi, dans la Décision n° 2004-496 DC le Conseil Constitutionnel dans son 7ème Considérant énonce ceci :

« Considérant qu'aux termes de l'article 88-1 de la Constitution, «la République participe aux communautés européennes et à l'Union Européenne constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences»; qu'ainsi, la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être d'une fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la constitution ; qu'en l'absence d'une telle disposition, il n'appartient qu'au juge communautaire, saisi le cas échéant à titre préjudiciel, de contrôler le respect par une directive communautaire tant des compétence définies par les traités que des droits fondamentaux garantis par l'article 6 du Traité sur l'Union Européenne».

« Les actes arrêtés par les Organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».

En somme, c'est dire qu'il est manifeste que la supériorité du droit communautaire est mise en évidence, et que la traduction dans l'ordre juridique interne des textes communautaires devient une exigence.

Ainsi, dans l'avis n° 01/2003 de la Cour du 18 mars 2003, relatif à la création d'une Cour des Comptes au Mali, la Cour de Justice de l'UEMOA a conclu au fait que :

« Le Traité de l'UEMOA consacre la primauté de la législation communautaire sur celle des Etats membres.

La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles et même constitutionnelles, parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. »

Il va s'en dire que l'incompétence du juge constitutionnel à trancher sur une exception afférente à l'application de la conformité de la norme communautaire à la Constitution, est évidente. Ainsi, chaque fois qu'un plaideur devra s'interroger, il le fera par l'exercice d'un recours préjudiciel de la Cour de justice communautaire.

Travaux en ATELIER

JURIDICTIONS DE CASSATION

REFLEXIONS SUR LE POURVOI MIXTE EN DROIT OHADA

Par M. Mazobé Jean KONDE,

Magistrat, Président de la Chambre Commerciale - Cour de cassation
BURKINA FASO

INTRODUCTION

A l'entame de mon propos sur le pourvoi mixte, qu'il me soit permis de faire deux remarques majeures ;

La 1^{ère} consiste à dire que le sujet n'est pas du tout nouveau. En effet, de par le passé, le pourvoi mixte a fait l'objet de travaux de réflexion à l'occasion de rencontres ou d'instances telles que :

- le colloque de l'AA-HJF tenu à Lomé au Togo du 6 au 9 juin 2006 en marge des assises statutaires de l'association, sur le thème « *Rapports entre les juridictions de cassation nationales (JCN) et la Cour commune de justice et d'arbitrage (CCJA) de l' OHADA* » ;
- la formation à l'ERSUMA du 17 au 21 septembre 2012 des magistrats des hautes juridictions des Etats-parties à l'OHADA autour du thème : « *Le contentieux OHADA devant les hautes juridictions nationales : interprétation de l'article 14 du Traité par les Cours Suprêmes ou de Cassation nationales* »;
- la réunion du 15 au 18 septembre 2014 à l'ERSUMA des hauts magistrats des JCN de l'espace OHADA sur le thème « *la problématique du pourvoi mixte en matière d'application du droit uniforme* ».

Tout ceci pour dire que les réflexions que j'ai l'honneur d'introduire viendront s'ajouter et j'espère, approfondir toutes celles qui ont été déjà menées auparavant.

Deuxième remarque : la question des pourvois mixtes en droit OHADA doit être située dans le contexte plus large de la coexistence et de la répartition de

compétences entre les deux ordres de juridiction de l'espace OHADA que sont désormais les JCN d'une part, et la CCJA d'autre part. En effet, il est question de pourvoi mixte justement parce qu'en dépit de l'impressionnante œuvre normative de l'OHADA, il subsiste une incertitude dans les règles de répartition de compétences entre la juridiction supranationale et les JCN. Il faut donc réfléchir aux voies et moyens pour que cette coexistence soit apaisée et synergique, reposant sur des bases claires pour le plus grand bien des justiciables de l'espace OHADA.

Ceci dit, la création de la CCJA comme juridiction suprême de l'OHADA cumulant les pouvoirs de cassation des décisions des juridictions nationales, et d'évocation, couplée avec l'harmonisation de plusieurs matières a considérablement effrité le champ de compétence des JCN dans les contentieux relatifs aux Actes uniformes. Cette situation, loin de faciliter la tâche de la haute juridiction communautaire, a plutôt compliqué les rapports entre ces deux ordres de juridiction, engendrant des conflits ; lesquels sont davantage ravivés, lorsque la Cour communautaire doit statuer dans des causes soulevant en même temps l'application des Actes uniformes et des législations nationales. C'est la question des pourvois mixtes. Comment lesdits pourvois sont-ils traités tant par les JCN que par la CCJA ? (I). Par ailleurs il y a le cas particulier du pourvoi mixte formé contre une décision appliquant des sanctions pénales (II).

I- LE TRAITEMENT DES POURVOIS MIXTES PAR LES JCN ET LA CCJA

Il résulte de l'article 14 alinéas 3 & 4 du Traité OHADA que la CCJA connaît des recours en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les Cours et les Tribunaux des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus au Traité. Cependant, les Actes uniformes dont la Cour doit surveiller et contrôler la bonne et uniforme application n'ayant pas tout réglementé, leur mise en œuvre nécessite bien souvent le droit interne des Etats. Dès lors, le droit OHADA ne peut se concevoir sans le droit interne et du coup, le juge communautaire est amené, dans l'exercice de son rôle de contrôle, à connaître de la loi nationale.

Cela dit, le recours en cassation est mixte lorsqu'il porte sur la violation à la fois de normes communautaires et de dispositions de la loi nationale. Concrètement, la disposition de la loi nationale peut être de forme, donc accompagnant la mise en application du droit OHADA. Exemple : en matière d'injonction de payer on sait que l'article 15 de l'AUPSRVE renvoie au droit national s'agissant de la forme de l'appel. Il s'en suit que l'examen d'un pourvoi en cassation qui porte aussi bien sur la forme de l'acte d'appel que sur l'existence de la créance fait appel au droit OHADA et au droit national. C'est une situation qui n'a été prévue ni par le Traité, ni par le Règlement de procédure de la Cour. Sur cette question, la CCJA, à travers une jurisprudence constante depuis 2002 a adopté une solution fondée sur l'exclusivité (A). Une telle solution est à l'origine de diverses interrogations (B).

A- Le quasi-monopole assumé par la CCJA en matière de pourvois mixtes

La CCJA s'est prononcée dans plusieurs arrêts pour une compétence générale, à savoir qu'elle examine aussi bien les moyens fondés sur les règles de droit OHADA que ceux fondés sur les règles de droit interne non harmonisé. On peut citer en exemple quelques arrêts :

En 2002 ; Affaire Société **MANUTECH** contre Société **DOLOMIES** et **DERIVES DE COTE D'IVOIRE** (Arrêt n° 11/2002 du 28 mars 2002, RJ n°spécial, Janvier 2003, pages 25 à 27. Dans cette affaire, le premier moyen, pris en sa première branche est tiré de la mauvaise application de l'alinéa 1-2° de l'article 246 du Code ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative. La CCJA a rejeté ce moyen au motif *« qu'il ne résulte d'aucune des dispositions de l'alinéa 1-2° de l'article 246 du Code ivoirien de procédure civile, commerciale administrative et de l'article 25 de l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique «que l'indication du domicile du représentant d'une société et les précisions relatives à son siège social dans les exploits dressés par les huissiers de justice soient des mentions prescrites à peine de nullité; que l'absence de ces mentions ne peut, dès lors, être sanctionnée par la nullité qu'à la condition que le requérant rapporte la preuve que ladite absence lui ait causé un quelconque préjudice; que la requérante n'ayant pas rapporté la preuve de l'existence d'un quelconque préjudice subi par elle, il y a lieu de déclarer*

le moyen tiré de la violation des articles 246 al 1-2° et 25 sus indiqués non fondé et de le rejeter ».

En 2005 : **Affaire Abdoulaye BABY BOUYA contre BIA -NIGER** (Arrêt n°002/2005 du 27 janvier 2005. RJ, n05, Vol 2, janvier -juin 2005, pages 14-16). Dans cette affaire, le premier moyen, pris en ses deux branches reproche, en substance à la Cour d'appel, statuant en référé, de s'être déclarée compétente et d'avoir statué au fond là où elle devait se déclarer incompétente, et d'avoir ainsi violé l'article 809 du Code nigérien de procédure civile.

La CCJA a cassé l'arrêt de la Cour d'appel de Niamey au motif *« que de l'examen des pièces du dossier de la procédure, notamment de l'analyse de la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel de Niamey, il apparait clairement que celle-ci, bien que saisie en matière de référé, a statué, nonobstant le déclinatoire de compétence, comme une juridiction de fond en se prononçant non seulement sur l'existence de la créance contestée de la BIA-NIGER à travers l'appréciation des pièces justificatives des versements fait par Monsieur Abdoulaye Baby BOUYA, mais aussi, sur la régularité du pouvoir de vendre de gré à gré en concluant « qu'en dehors de cette somme de 9.000.000 F CFA, Monsieur Abdoulaye Baby BOUYA ne prouve pas avoir payé une autre somme ; ... qu'aux termes de l'article 1315 du Code civil, celui qui prétend être libéré d' une obligation devra rapporter la preuve; ...qu'à défaut de cette preuve, Monsieur Abdoulaye Baby BOUYA doit être déclaré défaillant; que dans ces conditions, c'est à bon droit que la BIA-NIGER a réalisé sa garantie conformément au pouvoir de vendre de gré à gré signé le 30 novembre 1990 »; que ce faisant, la Cour d'appel de Niamey, qui siégeait en référé, s'est prononcée sur le fond du litige, violant ainsi le principe selon lequel les ordonnances du Juge des référés ne doivent en aucune manière préjudicier au principal, principe repris à son compte par l'article 809 du Code nigérien de procédure civile aux termes duquel, « les ordonnances sur référé ne feront aucun préjudice au principal ».*

En 2007 : La CCJA reconnaît sa compétence pour interpréter et appliquer le droit national d'un Etat membre dès lors que celui-ci est évoqué dans le cadre d'un litige soulevant également des questions régies par le droit OHADA (CCJA, arrêt n° 021/2007 du 31 mai 2007 Madame **Amani YAO**).

Il s'agit là de l'affirmation sans équivoque du caractère supranational de la CCJA qui se reconnaît compétente pour interpréter le droit interne non OHADA d'un Etat Partie au détriment de la JCN de cet Etat, qui devient incompétente, dès lors que sont évoquées en même temps des questions relatives aux Actes Uniformes.

A l'examen de cette jurisprudence de la CCJA en matière de pourvois mixtes, les lignes directrices suivantes peuvent être tracées :

1^{ère} ligne. En se fondant sur les dispositions de l'article 14 du Traité OHADA, la CCJA affirme qu'elle seule est compétente pour l'interprétation et l'application du droit OHADA. Dès lors qu'une question relative à l'application des Actes uniformes est soulevée, la CCJA est seule compétente, peu importe que le recours soit également fondé sur les lois nationales. Bien évidemment, la compétence de la CCJA implique l'incompétence des JCN à connaître des pourvois mixtes.

2^{ème} ligne. La lecture que la CCJA fait du concept –clé contenu dans l'article 14 du traité à savoir : « *aux affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements...* » permet d'affirmer que faisant fi des règles traditionnelles en matière de pourvoi, la CCJA, pour retenir sa compétence ne se contente pas de voir si les moyens de cassation invoqués visent la violation du droit harmonisé. Il suffit que la matière à laquelle se rapporte l'affaire soit régie par le droit OHADA.

3^{ème} ligne. Du coup elle en est arrivée à se déclarer compétente pour juger des pourvois dans lesquels tous les moyens de cassation invoqués visent la violation, non pas du droit OHADA, mais de lois nationales.

Ainsi, décide-t-elle dans l'Arrêt n°16/2008 du 24 avril 2008 Affaire **ECOBANK Côte d'Ivoire c/ Murielle Corinne Christelle Koffi et Sahouot Cedric Koffi** que « ... si le moyen unique de cassation en trois branches invoqué ne soulève aucune question relative à un Acte uniforme, il n'en demeure pas moins vrai que le litige qui oppose la Société ECOBANK aux ayants-droit de Koffi Bergson concerne une saisie attribution de créances... que le recouvrement des créances et les voies d' exécution étant désormais régis, en Côte d'Ivoire, depuis le 10 juillet 1998, par l' Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées

*de recouvrement et des voies d'exécution, dès lors la Cour de céans est compétente pour connaître du présent pourvoi ... » ; dans cette espèce, la défenderesse au pourvoi (ECOBANK-CI) avait soulevé, *in limine litis*, l'incompétence de la CCJA aux motifs que tant les motivations de l'arrêt attaqué et le moyen de cassation présenté ne soulèvent aucune question relative à un Acte uniforme ; qu'en effet, le moyen de cassation invoqué vise la violation des dispositions du Code de procédure civile ivoirien ainsi que la loi ivoirienne sur l'Etat civil; que dans ces conditions, la CCJA ne peut exercer son contrôle ou sa censure dès lors que les motivations de l'arrêt attaqué et le moyen de cassation sont étrangers aux Actes uniformes dont la CCJA est gardienne de l'interprétation.*

Dans la même veine on peut citer l'affaire Société **EQUIPAGRO COTE D'IVOIRE** contre **Boubacar KEITA** (Arrêt n°014/2006 du 29 juin 2006, R.J n07, janvier-juin 2006, pages 45 à 48). Dans cette affaire, les trois moyens de cassation sont relatifs à la violation respectivement des articles 123, 251 et 254 du Code ivoirien de procédure civile, commerciale et administrative. Il n'y avait aucun moyen de cassation tiré de la violation d'un Acte uniforme. Cependant, cette affaire examinée au fond par le tribunal et la Cour d'appel d'Abidjan était relative à une demande de renouvellement d'un bail commercial.

4^{ème} ligne. La CCJA est restée inflexible dans sa position d'exclusivité quand bien même le pourvoi qui la saisit est mixte. Elle n'hésite pas à sortir l'artillerie lourde mise à sa disposition par l'article 18 alinéa 3 du Traité, à l'encontre des JCN qui manifestent des tendances divergentes. Cet article 18 dispose en son alinéa 3 que : *« si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue ».*

Dans une espèce jugée en 2008, une JCN indiquait dans son arrêt que : *" s'il est constant qu'aux termes des dispositions combinées des articles 13 et 14 du Traité OHADA, seule la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est compétente en matière de pourvoi en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les juridictions des Etats parties, dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des Règlements prévus par le Traité, cette compétence de la CCJA est contenue dans les limites définies à l'article 2 du Traité qui vise les matières harmonisées ou à harmoniser ; que dans*

le cas du pourvoi mixte, où le requérant invoque à la fois dans son acte de pourvoi, la violation des dispositions d'un Acte uniforme (articles 1 et 2 de l'Acte uniforme relatif aux voies d'exécution) et des règles de droit national comme en l'espèce (l'article 597 du code de procédure civile) ; qu'une telle situation non prévue par aucune disposition du Traité, ni d'un Acte uniforme ou d'un Règlement, les articles 13 et 14 invoqués ne peuvent trouver une application ; que dans ce cas, la Cour de cassation recouvre toute sa plénitude de compétence pour trancher le litige; qu'ainsi l'exception d'incompétence soulevée est à rejeter. »

Statuant sur le recours en annulation formé contre cet arrêt, la CCJA (Arrêt n°032/2013 du 02 mai 2013 affaire **Amour John WOFA KYEI c/ ECOBANK- BF**) a déclaré nul et non avenu l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du Burkina-Faso. La CCJA motive sa décision ainsi qu'il suit : « *Attendu au demeurant que la Cour de céans a déjà tranché à travers sa jurisprudence constante (Arrêt n°031/2004 du 04 novembre 2004 et n°055/2005 du 15 décembre 2005), qu'elle reste seule compétente en application de l'article 14 du Traité relatif à l'harmonisation du droit des affaires en Afrique pour assurer l'interprétation et l'application uniformes du Traité ainsi que des Règlements pris pour son application, des Actes uniformes et des décisions, et ses décisions en application de l'article 16 dudit Traité s'imposent aussi aux hautes juridictions nationales de l'espace OHADA ; Attendu qu'il résulte de tout ce qui précède que l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 007/2008 en date du 10 janvier 2008 soulève sans conteste des questions relatives à l'application et à l'interprétation d'un Acte uniforme ; Que la Chambre commerciale de la Cour de cassation du Burkina-Faso s'étant déclarée compétente à tort, en l'espèce en violation du traité susvisé, sa décision est réputée nulle et non avenue en application des dispositions de l'article 18 in fine dudit Traité ».*

La CCJA rappelle au passage sa suprématie par rapport aux JCN. Cette posture de la CCJA a fini par engendrer un mouvement de ralliement des JCN qui s'amplifie au fil des années. En effet, de plus en plus de JCN se dessaisissent des pourvois mixtes portés devant elles et renvoient à la CCJA. Ainsi, la Cour Suprême du Niger qui, dès 2001 (Arrêt n°01- 158/Civ du 16 août 2001 affaire **SNAR LEYMA** contre **Groupe HIMA SOULEY**) s'était illustrée dans le jugement des pourvois mixtes en adoptant une solution originale consistant à ne saisir la CCJA que des

questions spécifiques aux Actes uniformes, a dû se ranger dix ans plus tard en 2011, en renvoyant à la CCJA les pourvois mixtes dont elle est saisie (Arrêt n°11-162/Civ du 21 juillet 2011 affaire **ETICAP NIGER SARL c/ BATIMAT SARL**). Le même phénomène a été observé au niveau d'autres JCN : au Burkina Faso (Arrêt Chambre mixte Civile et Commerciale n° 01/2016 du 9 mars 2016 affaire **EROH contre Banque Internationale du Burkina**), au Sénégal (Arrêt n° 96 du 04 décembre 2013 affaire **NDOYE et A.T.I. contre CBAO AttijariwafaBank**), au Congo (Arrêt n°50/GCS du 12 décembre 2013 affaire **KEKOLO Gaylord et KEKOLO Serge c/ KIBANGOU Innocente**) et j'en passe. A ce rythme on peut craindre un encombrement à terme de la CCJA, laquelle devra connaître et appliquer, en plus du droit OHADA, les législations internes des Etats parties. Cette situation peut entraîner des lenteurs d'abord dans la recherche de ces législations internes, mais aussi des divergences dans leur interprétation entre la CCJA et les JCN.

B- Les effets du quasi-monopole ; quelles perspectives

En raison de la suprématie et de l'exclusivité qu'elle affiche dans le traitement des pourvois mixtes, la CCJA interprète et applique comme on l'a vu, le droit interne des Etats parties. Mieux, en cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond ; ce qui suppose qu'elle se prononce aussi bien sur les dispositions du droit OHADA que du droit interne. Ce pouvoir d'évocation tel que libellé à l'alinéa 5 de l'article 14 du Traité paraît sans limite et, en statuant sur le fond, comme le prescrit ledit alinéa, la CCJA, devenue troisième degré de juridiction, exerce sur le même terrain que les JCN. Elle applique et interprète les dispositions du droit interne non harmonisé des Etats. A ce niveau, il y a un sérieux problème car la CCJA n'est compétente, en principe, que pour interpréter et appliquer les dispositions du Traité, des règlements et des Actes uniformes (article 14 al 1^{er} du Traité). En franchissant le pas et en sortant de son domaine de compétence, la CCJA court le risque d'empiéter considérablement sur la compétence des JCN. Si déjà la CCJA statue allègrement sur les législations non OHADA, on imagine aisément la situation quand le champ des matières relevant de l'OHADA va s'étendre à des domaines tels que le droit des contrats, de la preuve de la propriété intellectuelle et des sociétés civiles. Dans ces conditions, que restera-t-il de la mission de contrôle de la bonne application du droit interne, accomplie depuis

toujours par les JCN ?

- Qu'est ce qui se passerait si la CCJA, à l'occasion d'un pourvoi mixte venait à interpréter le droit interne d'un Etat différemment de la jurisprudence de la JCN de cet Etat. A quelle interprétation les juges du fond de ce pays devraient- ils s'en tenir ?
- Sachant que le droit interne des Etats membres de l'OHADA comprend le droit communautaire venant d'autres organisations (UEMOA, CEMAC, CEDEAO) qui sont elles aussi dotées de juridictions supranationales chargées d'interpréter le droit secrété par ces organisations, que faire lorsque la CCJA et la juridiction supranationale de l'organisation concernée interprètent différemment le droit dérivé de cette organisation ?
- De la lecture combinée des articles 13, 14 et 15 du Traité OHADA il résulte que la CCJA est saisie soit sur pourvoi directement porté devant elle par l'une des parties à l'instance, soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes. Au moyen de quelle décision la JCN doit – elle renvoyer l'examen de l'affaire à la CCJA : une décision d'incompétence ou plutôt une décision de dessaisissement ? En tout cas la jurisprudence des JCN sur ce point est très variée.
- Une fois le renvoi prononcé par la JCN, sa mise en œuvre suscite quelques interrogations. Sur qui pèse la charge de l'acheminement des pièces de la procédure renvoyée à la CCJA ? Est- ce la CCJA ? Est – ce le demandeur au pourvoi qui a mal orienté sa procédure ? Est-ce la JCN qui doit assurer le transfert ?

II- LE CAS PARTICULIER DES POURVOIS MIXTES CONTRE DES DECISIONS APPLIQUANT DES SANCTIONS PENALES

Pour mieux appréhender cette problématique il convient de cerner la portée des articles 5 alinéa 2 et 14 alinéa 3 du Traité OHADA. Selon l'article 5 alinéa 2 : *« Les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale... Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues ».*

Quant à l'article 14 alinéa 3 *in fine*, il exclut de la compétence de la CCJA «*les décisions appliquant des sanctions pénales*». Il résulte de la lecture de ces deux articles que si la CCJA est compétente pour statuer sur la qualification d'une infraction pénale prévue par la législation OHADA, elle ne l'est plus concernant les sanctions pénales prononcées, lesquelles sont du ressort des juridictions nationales. Le droit pénal des affaires dans l'espace OHADA se caractérise par ce dualisme. En effet, son élaboration fait l'objet d'un partage de compétences entre l'OHADA et les Etats parties : l'OHADA prévoit dans certains Actes uniformes des dispositions d'incrimination pénale. A ce jour, les Actes uniformes suivants comportent des incriminations pénales :

L'Acte uniforme sur le droit commercial général (**AUDCG**) : deux articles : 69 et 140;

L'Acte uniforme sur les sûretés (**AUS**) : un article : 65 ;

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (**AUSCGIE**) : une vingtaine d'articles : 886 à 905 ;

L'Acte uniforme relatif aux procédures collectives d'apurement du passif (**AUPCAP**) : une vingtaine d'articles : 226 à 244;

L'Acte uniforme portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises (**AUOHCE**) : un article : 111 ;

L'Acte uniforme relatif aux sociétés coopératives (**AUSC**) : un article : 386 plus une dizaine tirée de l'**AUSGIE** ;

A la suite de l'adoption des Actes uniformes, il revient à chacun des Etats parties de déterminer les sanctions pénales encourues en application de l'article 5 du Traité. Le constat à ce jour est que moins d'un tiers des Etats membres de l'OHADA a honoré cet engagement (Sénégal, Cameroun, Centrafrique, Congo, Benin). Ce non engouement des Etats à légiférer dans ce domaine est source de difficultés quasi insurmontables pour le juge. En l'absence de la législation complémentaire relative aux sanctions pénales dans un Etat donné, les incriminations définies par les Actes uniformes deviennent inopérantes. Si des comportements incriminés par des Actes uniformes sont commis dans cet Etat,

que doit faire le juge ? Deux postures sont envisageables.

- Ignorer totalement le droit uniforme et appliquer la législation interne antérieure lorsqu'elle existe, et ce en violation des dispositions du Traité !
- Constaté qu'il est en présence d'une situation de vide juridique caractérisée d'une part, par l'impossibilité de poursuivre et donc de juger des actes incriminés mais non assortis de sanctions, et d'autre part, par l'abrogation des textes répressifs nationaux anciens existant ! Cette attitude confine à un certain immobilisme qui risque à terme de transformer l'espace OHADA en un vaste « paradis pénal » pour toutes sortes de délinquants d'affaires.

Ces difficultés mentionnées, il convient à présent d'observer comment le droit OHADA organise le partage de compétence entre la CCJA et les JCN en matière de droit pénal des affaires.

A- Le critère de répartition des compétences entre la CCJA et les JCN en matière pénale

Aux termes de l'article 14 alinéa 3 et 4 du Traité : « saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats parties dans les mêmes contentieux ».

De ces dispositions c'est le concept de « *décisions appliquant des sanctions pénales* » qui détermine l'incompétence de la CCJA et par voie de conséquence la compétence de la JNC. Peu importe que le recours contre cette décision articule à la fois des moyens tirés aussi bien de la violation du droit interne des Etats que du droit OHADA.

Le problème c'est ce qu'il faut comprendre par l'expression : « *sanctions pénales* ».

Est-ce la déclaration de culpabilité ou de non culpabilité qui est naturellement faite à la suite de l'examen des éléments constitutifs de l'infraction ? Ces éléments constitutifs contenus dans les Actes uniformes relèvent du droit harmonisé.

Est-ce l'application des peines encourues c'est-à-dire les peines d'emprisonnement et/ou d'amende ainsi que les peines accessoires ou complémentaires ? Lesdites peines nous le savons sont fixées sur le fondement des textes pris par les Etats parties en application des incriminations contenues dans les Actes uniformes d'une part, et d'autre part, sur les autres dispositions de droit interne relatives à la responsabilité pénale et à la mesure des peines (causes de non imputabilité, faits justificatifs, excuses atténuantes ou absolutoires, circonstances atténuantes sursis) et j'en passe.

Est-ce à la fois la déclaration de culpabilité ou de non culpabilité et l'application des peines encourues ? Ce sont autant d'incertitudes normatives sources d'autant d'embarras pour le juge saisi.

En cette matière, la jurisprudence de la CCJA n'a jusque-là pas été d'un grand secours. Lorsqu'elle a eu l'occasion de donner une interprétation précise du concept de « *sanctions pénales* » à la faveur du seul pourvoi (à notre connaissance) relatif au droit pénal porté devant elle, la CCJA ne l'a pas fait. C'est l'affaire **ETONDE Ekoto Edouard Natanaël contre Port Autonome de DOUALA et Ministère public** (Arrêt n°0053/2012 du 07/06/2012). Monsieur ETONDE Ekoto, demandeur au pourvoi reprochait à l'arrêt de l'avoir déclaré coupable de crime de détournement de deniers publics alors que selon lui, les faits qui lui sont reprochés correspondent plutôt à ceux prévus aux articles 889, 890 et 891 de l'AUSCGIE pour lesquels le droit camerounais a édicté des peines plus souples que celles relatives à la gérance, à l'administration et à la direction des sociétés. La CCJA s'est déclarée incompétente pour connaître de ce pourvoi. Attendu dit-elle « *qu'il ressort des dispositions sus énoncées que la Cour de céans ne peut connaître par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes uniformes et des règlements prévus au Traité, concernent des décisions appliquant des sanctions pénales ; que l'arrêt n° 38/CRIM du 11 juin 2009 de la Cour d'appel du Littoral, objet du présent pourvoi, a été rendu en matière criminelle et a, entre autre, déclaré l'accusé*

ETONDE coupable de certains faits qui lui sont reprochés et l'a condamné à 15 ans d'emprisonnement ferme ; qu'il s'en suit que la Cour de céans doit se déclarer incompétente ;... »

On peut se contenter d'une interprétation restrictive de la notion de sanction pénale au sens de peine infligée par une juridiction répressive à l'auteur d'une infraction. La panoplie des peines est large car aux peines principales il faut ajouter les peines accessoires et complémentaires. Ainsi, toutes les fois que la décision dont pourvoi a prononcé des peines, la CCJA est incompétente pour en connaître même s'il est mixte. Le pourvoi sera alors déféré à la JNC et ce, même si les moyens avancés portent exclusivement sur la violation du droit OHADA. Et comme il faut nécessairement se prononcer sur la culpabilité, donc sur les éléments constitutifs de l'infraction tels que définis par les Actes uniformes, la JNC aura à interpréter les dispositions des Actes uniformes, c'est-à-dire le droit pénal harmonisé.

C'est donc seulement en cas de décision portant exclusivement sur les incriminations définies dans les Actes uniformes, que la CCJA est compétente et peut être utilement saisie.

Cette situation de partage de compétence entre la CCJA et les JCN en droit pénal des affaires pose beaucoup d'interrogations et peut être à l'origine de très grosses difficultés que nous allons évoquer de façon indicative.

B- Interrogations et difficultés en perspective

1. On est tenté de croire que les cas de pourvois portés devant la CCJA en matière pénale et sanctionnés par des décisions autres que d'incompétence seront plutôt rares. La raison est qu'il sera quasiment impossible pour une juridiction répressive d'un Etat partie de déclarer un délinquant coupable au regard des éléments constitutifs retenus par les Actes uniformes sans infliger une peine. C'est seulement en cas de déclaration de non culpabilité ou peut être d'absolution qu'il n'y a pas de peine infligée et que donc, la CCJA pourrait utilement être saisie d'un pourvoi. Une telle hypothèse ne semble pas très réaliste car le prévenu ou l'accusé qui a été relaxé acquitté ou absout n'a pas grand intérêt à se pourvoir devant la CCJA. Dans ces conditions la décision de relaxe ou

d'acquiescement ne sera pas censurée même si elle comporte des violations caractérisées du droit harmonisé ; la CCJA ne pouvant s'autosaisir et le pourvoi dans l'intérêt de la loi n'étant pas admis devant elle.

2. On a même l'impression que la suprématie et l'exclusivité de la CCJA quant à l'interprétation et à l'application du droit OHADA s'estompent dès lors qu'il est question de droit pénal notamment en présence d'une décision appliquant des sanctions pénales. Chaque JCN va devoir interpréter les incriminations prévues dans les Actes uniformes avec bien entendu le risque de divergence d'interprétation d'une JCN à l'autre ou d'une JCN à la CCJA. Dans ces conditions, l'harmonisation du droit pénal des affaires dans l'espace OHADA devient assez hypothétique. Plus de deux décennies après l'institution de l'OHADA, la création d'un territoire pénal commun en matière de droit des affaires relève toujours du rêve.
3. La répartition des compétences pénales dans le cadre de l'OHADA est sans doute originale mais de mise en œuvre embarrassante. Pour illustrer cet embarras on peut évoquer deux situations :

1^{ère} situation. Admettons que pour des faits incriminés par un Acte uniforme et punis par la loi d'un Etat membre de l'OHADA deux personnes soient poursuivies devant une juridiction répressive statuant en dernier ressort. Le premier prévenu est déclaré coupable et condamné à l'emprisonnement tandis que le second est relaxé. Qui de la CCJA ou de la JCN est compétente pour statuer sur les pourvois qui pourraient être formés contre cette décision ?

2^{ème} situation. Un fait déclaré délictueux par une norme communautaire en l'occurrence un Acte uniforme peut être puni de peines criminelles graves dans un Etat et de sanctions délictuelles vénielles dans un autre. L'OHADA court ainsi le risque de laisser prospérer dans le même territoire pénal, des « paradis pénaux » et « des enfers pénaux » selon que l'Etat prenant l'acte complémentaire de répression est plus ou moins répressif. Par exemple l'article 17 de la loi sénégalaise 98/22 du 26 mars 1998 punit d'un emprisonnement de deux (2) à six (6) mois et d'une amende de 100 000F à 2 000 000F le manque d'informations et les entraves aux droits des associés. Pour la même incrimination la loi centrafricaine 10.001 du 6 janvier 2010 en son article 226 prévoit un

emprisonnement de deux à dix ans et/ou une amende de 1 000 000 à 5 000 000 F. De même, les atteintes aux droits préférentiels des associés sont punies au SENEGAL d'une simple peine d'amende de 100 000 à 1 000 000 F (articles 9 et 10) alors qu' en CENTRAFRIQUE le tarif est de un à cinq ans d'emprisonnement et/ou une amende de 1 000 000 à 5 000 000 F (articles 218 et 219). A nous en tenir rien qu'à ces deux exemples et en caricaturant un peu, on pourrait dire que le SENEGAL serait un « *paradis pénal* » ou « *pays refuge* » tandis que la CENTRAFRIQUE serait un « *enfer pénal* » pour les délinquants d'affaires.

CONCLUSION

Le modèle d'intégration de l'OHADA est l'unification ou l'uniformisation. Si tout porte à croire que ce dessein peut être atteint au niveau de la production normative, avec une CCJA qui veille au grain, il en va tout autrement concernant l'uniformisation pénale du système. L'attribution de la compétence répressive aux Etats va engendrer la production de législations pénales multiples et variées, compromettant l'objectif d'uniformisation ou d'unification du droit OHADA. La stratégie adoptée par le législateur OHADA pour venir à bout de la délinquance d'affaires, qui a consisté à harmoniser les infractions en définissant les incriminations, et en laissant le soin aux Etats parties de déterminer les sanctions qui leurs sont applicables, a montré ses limites. Le plus souvent cette situation comme nous l'avons vu, plonge le juge national du fond ou de cassation dans une position embarrassante. Il est donc temps de promouvoir dans l'espace OHADA un droit pénal des affaires unifié, plus efficace et moins problématique, permettant de soumettre les délinquants d'affaires sévissant sur le territoire pénal OHADA à la rigueur des mêmes sanctions pénales. Ceci nécessite bien entendu une remise en cause du traité fondateur de l'organisation.

L'APPRECIATION DU DEFAUT DE BASE LEGALE

Par **M. AHOUANDJINO** Gilbert Comlan,

Docteur en Droit privé, Magistrat, Président honoraire de la Chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin.

INTRODUCTION

Eminents collègues, honorables participants, Mesdames et Messieurs, le thème de réflexion soumis à notre attention est « l'appréciation du défaut de base légale ».

Selon la plupart de nos textes de procédure, un recours en cassation doit, sous peine de forclusion, être appuyé d'un mémoire ampliatif que le demandeur est tenu de produire dans un délai renouvelable, à lui imparti par le Conseiller Rapporteur. Le mémoire ampliatif est un document rédigé par le demandeur en cassation et qui doit contenir les moyens de droit invoqués contre la décision attaquée. Sous peine d'irrecevabilité, chaque moyen ou chaque élément ou branche de moyen doit exposer un seul cas d'ouverture à cassation. De plus, chaque moyen ou chaque branche de moyen doit préciser, à peine d'irrecevabilité, le cas d'ouverture à cassation invoqué, le texte dont la violation est soulevée, la partie critiquée de la décision, et, ce en quoi la décision encourt la cassation.

Il résulte de cette règle légale rigoureuse que le moyen de cassation est « la clé du procès en cassation »³². En effet, la Cour suprême ne doit statuer que sur le moyen.³³ Toutefois, la Haute juridiction peut, en respectant le principe du contradictoire, soulever d'office un moyen de pur droit ou un moyen d'ordre public, selon le cas.³⁴

³² Marie-Joelle JOBARD-BACHELLIER et Xavier BACHELIER, la technique de cassation, éd. Dalloz 1994, page 7.

³³ Marie-Joelle JOBARD-BACHELLIER et Xavier BACHELIER, Ibid. page 7.

³⁴ Marie-Joelle JOBARD-BACHELLIER et Xavier BACHELIER, Ibid. page 8.

Les cas d'ouverture à cassation sont les causes de cassation. Ces cas d'ouverture sont strictement limités. Ce sont notamment, les cas usuels, la violation de la loi, le manque ou le défaut de base légale, ou les cas disciplinaires, tels la violation des principes fondamentaux du procès, à savoir, la méconnaissance des droits de la défense, la violation du principe du contradictoire, le non-respect des règles de compétence, la méconnaissance des règles relatives à la composition de la juridiction, la violation de celles imposant la motivation, ainsi que le défaut de réponse à conclusion, la dénaturation des faits, etc.

Dans la rédaction des moyens, le demandeur doit s'en tenir rigoureusement aux cas d'ouverture à cassation existants. Il ne doit pas en inventer.

Alors, Mesdames et Messieurs, qu'est-ce que le défaut de base légale ?

Comment apprécier convenablement ce cas d'ouverture à cassation ?

Quelle comparaison peut-on faire entre le défaut de base légale, le défaut de motif et la violation de la loi ?

Le défaut de base légale peut-il être soulevé d'office par le juge de cassation ?

Que dire du défaut de base légale et la violation d'une règle d'ordre public ?

Après avoir défini le défaut de base légale et présenté quelques méthodes d'appréciation de ce cas d'ouverture à cassation (I), nous ferons quelques rapprochements entre le défaut de base légale et d'autres cas d'ouverture à cassation (II).

I) DEFINITION DU DEFAUT DE BASE LEGALE ET METHODES D'APPRECIATION

Il n'est pas aisé de définir le défaut de base légale (A). Aussi, apparaît-il plus intéressant de fixer l'attention sur certaines méthodes d'appréciation de ce cas d'ouverture (B).

A) DEFINITION

Selon Marie-Noël JOBARD BACHELLIER et Xavier BACHELLIER,³⁵ le défaut de base légale est « le plus mystérieux » des cas d'ouverture à cassation. Car, il est souvent la « formule commode » pour exprimer l'insuffisance ou l'incorrection juridique d'une décision. Dès lors, le défaut de base légale est constitué par une insuffisance de motivation de la décision attaquée qui ne permet pas à la Haute Cour d'exercer son pouvoir de contrôle de la régularité, c'est-à-dire de vérifier si la juridiction du fond a bien appliqué la loi. Il y a défaut de base légale, lorsque le juge du fond n'a pas fait suffisamment de recherches pour justifier ou motiver sa décision.

L'intérêt du défaut de base légale réside dans les méthodes de son appréciation, appréciation qui du reste n'est pas toujours aisée.

B) METHODES D'APPRECIATION

Comme sa définition, l'appréciation du défaut de base légale n'est pas facile dans tous les dossiers. Mais à force d'entraînements et de pratique, on finit par acquérir l'expérience. Et c'est justement l'expérience qui a permis de dégager des méthodes d'appréciations dont voici quelques-unes :

1. Partant du principe que les constatations du juge du fond doivent permettre à la Cour suprême d'exercer son pouvoir de contrôle de la régularité de la décision attaquée, celle-ci encourt cassation pour défaut de base légale, lorsqu'elle ne précise pas son fondement ou sa base juridique. C'est le cas des décisions imprécise, confuse, vague.
2. Avant d'appliquer un texte, le juge doit rigoureusement constater que les conditions en sont réunies. A défaut, sa décision doit être censurée du chef de défaut de base légale.
3. Le juge du fond doit non seulement constater les faits avant d'appliquer la loi, il a en plus l'obligation de relever suffisamment les faits. Si non, sa décision sera cassée pour n'avoir pas fait suffisamment de recherches.

³⁵ La technique de cassation, Ibid, page 146 et suiv.

Pour mieux cerner le défaut de base légale, il est utile de le comparer à d'autres cas d'ouverture.

II) COMPARAISON DU DEFAUT DE BASE LEGALE A D'AUTRES CAS D'OUVERTURE ET REPONSES A CERTAINES PREOCCUPATIONS

La pratique de la technique de cassation a montré qu'un bon rapprochement du défaut de base légale à d'autres cas d'ouverture à cassation fournit plus d'éclairage à l'appréciation.

A) COMPARAISON ENTRE LE DEFAUT DE BASE LEGALE, LE DEFAUT DE MOTIF ET LA VIOLATION DE LA LOI

En général, les lois de procédure dans toutes les matières de droit, font obligation au juge de motiver sa décision. En conséquence, le défaut de motif, contrairement au défaut de base légale est une absence totale de justification de la décision qui, alors, empêche tout contrôle de la Haute Juridiction. C'est souvent le cas où le défendeur n'a pas comparu et, le juge du fond, au lieu de rechercher dans la procédure des éléments de fait et de droit pour asseoir sa décision, se contente d'accorder au demandeur le bénéfice de ses réclamations.

Il est à noter que la contradiction entre les motifs, la contradiction entre les motifs et le dispositif, les motifs vagues, c'est-à-dire les motifs d'ordre général, les motifs dubitatifs, les motifs hypothétiques sont équipollents du défaut de motif.

Quant à la cassation pour violation de la loi, elle sanctionne plutôt l'erreur de droit commise par le juge du fond. Exemple, violation de la loi par fausse ou mauvaise application d'une disposition légale, violation de la loi par fausse interprétation d'une prescription légale, violation de la loi par refus d'application d'une disposition de la loi, violation de la loi par fausse qualification des faits.

A présent, il convient d'aborder certaines préoccupations soulevées dans les termes de références.

B) QUELQUES PREOCCUPATIONS

Telles qu'exprimées dans la problématique sur le sujet, les préoccupations visent deux points :

- Le défaut de base légale peut-il être soulevé d'office par le juge de cassation ?
- Quid du défaut de base légale et la violation d'une règle d'ordre publique ?

Ces deux préoccupations sont relatives aux moyens relevés d'office par le juge de cassation pour censurer une décision. Là-dessus, il convient de retenir que les moyens relevés d'office sont ceux qui ne figurent pas au mémoire ampliatif ni au mémoire en défense. Les conditions pour relever d'office un moyen sont restrictives. En effet, la Cour doit respecter le principe du contradictoire en donnant avis assorti d'un délai aux parties ; le plus souvent ce délai est de quinze jours. La Cour use en pratique d'une formule qui ne préjuge pas sa décision. De plus, les parties ne sont pas tenues de réagir en présentant des observations. En outre, le moyen relevé d'office doit être un moyen de pur droit. Il peut s'agir aussi d'un moyen d'ordre public. Le moyen d'ordre public est un moyen de pur droit qui, à défaut des parties, doit être soulevé d'office par le juge, notamment le juge de cassation, et à tous les stades de la procédure.

En conséquence, c'est plutôt le moyen relevé de la violation de la loi, notamment une règle de pur droit ou une règle d'ordre public que le juge de cassation, selon le cas, peut relever d'office, (règle de pur droit) ou doit relever d'office, (règle d'ordre public).

Dès lors, le défaut de base légale étant un moyen tiré de l'insuffisance de motivation, et plus précisément de l'insuffisance de recherche d'éléments de fait pour justifier la décision, en principe, il ne doit pas être relevé d'office par le juge de cassation. Car, le juge de cassation est juge de droit et non juge des faits.

CONCLUSION

La plupart des ouvrages de cassation comportent des renseignements précieux sur les méthodes d'appréciation de chacun des cas d'ouverture à cassation ainsi que sur le style de cassation. La technique de cassation est donc

un art, totalement différent du travail du juge du fond. Il revient donc aux Magistrats des Cours suprêmes d'apprendre cette technique de cassation par la pratique constante et assidue, (ouvrage de cassation ouvert en même temps que le dossier, la plume en main), et par des échanges de bons procédés entre collègues. Car, chaque cas d'ouverture appelle de la part du juge de cassation une réponse technique précise, au besoin modulée et adaptée avec finesse aux particularités du dossier, le tout, dans un style rigoureux et une analyse sans défaut. Il en est ainsi du défaut de base légale qui, selon nous, est un cas « délicat » d'ouverture à cassation. Mais à force de perspicacité du juge, ce cas d'ouverture se laisse finalement maîtrisé.

LA TECHNIQUE DE CASSATION

Par **M. Philippe PETITPREZ**,

Avocat Général à la Cour de cassation de France

J'ai la délicate mission d'aborder un vaste sujet qui ne pourra qu'être effleuré dans le temps qui m'est imparti d'autant plus qu'il s'agit de faire la synthèse des techniques utilisées en matière civile et pénale, étant observé que la spécificité de la cassation en matière pénale, qui s'explique par l'importance des considérations de pure forme et de procédure, imposerait une étude séparée.

Je me contenterai donc de traiter les aspects les plus importants des techniques de cassation et de renvoyer l'auditoire, pour une étude approfondie, à consulter les ouvrages spécialisés.

Dans une première partie seront évoqués quelques aspects du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les décisions qui lui sont déférées. C'est le caractère variable de ce contrôle qui constitue la spécificité de la cassation.

La deuxième partie sera consacrée au rappel des principaux cas d'ouverture à cassation tels qu'ils ont été progressivement consacrés par la pratique.

Enfin, sans aborder tout le processus de l'élaboration d'un arrêt, je terminerai par une brève évocation du moyen de cassation dont l'importance est capitale puisque la Cour suprême n'est tenue de statuer que sur les moyens présentés par les parties.

I. LE CONTROLE EXERCE PAR LA COUR DE CASSATION

Pour définir l'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation, on utilise traditionnellement la célèbre distinction du fait et du droit.

Le pourvoi en cassation est une voie de recours extraordinaire qui tend, selon l'article 604 du code de procédure civile, "*à faire censurer par la Cour de cassation la conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit*".

Le pourvoi criminel présente les mêmes traits caractéristiques. C'est un recours destiné à censurer les erreurs de droit. L'article 591 du code de procédure pénale énonce en effet que *“les arrêts de la chambre de l'instruction ainsi que les arrêts et jugements rendus en dernier ressort par les juridictions de jugement, lorsqu'ils sont revêtus des formes prescrites par la loi, ne peuvent être cassés que pour violation de la loi”*.

La distinction du fait et du droit est plus complexe qu'il n'y paraît. Il appartient à la Cour de cassation, pour remplir sa mission d'assurer *“l'unité du droit dans toute la République”*, de décider si elle contrôle ou elle ne contrôle pas tel élément.

Dans un certain nombre de cas, la Cour de cassation considère que la décision qui lui est déférée échappe à tout contrôle car elle relève du **pouvoir discrétionnaire des juges du fond**.

Il en est ainsi, par exemple, des mesures d'administration judiciaire (renvoi d'une affaire à une autre audience, jonction d'instance, radiation...) ou encore du pouvoir conféré au juge d'accorder des délais de grâce au débiteur³⁶ ou de modérer une clause pénale³⁷.

C'est également en vertu de son pouvoir discrétionnaire que le juge pénal dispose d'une totale liberté dans la détermination de la peine, dès lors qu'il reste dans les limites fixées par la loi et sauf à tenir compte de l'obligation de motiver dans certains cas le choix de telle ou telle sanction³⁸.

La Cour de cassation ne contrôle jamais la matérialité des faits. Cette question relève du **pouvoir souverain des juges du fond**.

Dans les arrêts de la Cour de cassation les faits sont exposés tels que les juges du fond les ont établis ce qui se traduit par l'expression : *“Attendu selon l'arrêt attaqué...”*.

36 Code civil, art. 1244-1

37 Code civil, art. 1152

38 Exemple : Lorsque le tribunal correctionnel prononce une peine d'emprisonnement sans sursis et sans mesure d'aménagement, la décision doit être spécialement motivée (art. 132-19 du code pénal)

Ne pouvant modifier les faits constatés, la Cour considère que les juges du fond sont souverains pour apprécier l'existence d'un préjudice, le mode de réparation ou le montant de dommages-intérêts car il s'agit de questions de pur fait. Encore faut-il que la décision attaquée soit conforme à l'exigence de motivation.

Il existe une limite à ce pouvoir souverain car **la Cour de cassation contrôle la qualification des faits**, c'est-à-dire l'opération juridique qui consiste pour les juges à faire entrer des faits dans une catégorie juridique, pour leur appliquer un régime juridique déterminé.

En matière civile l'intensité de contrôle est variable : on parle de **contrôle léger ou de contrôle lourd**, ce qui signifie que, pour l'appréciation du texte en cause, la Cour de cassation laisse au juge du fond une plus ou moins grande liberté d'appréciation.

Les critères de distinction du contrôle lourd et du "contrôle léger" ne sont pas clairement déterminés et varient d'une chambre à l'autre ou selon les époques.

Sans entrer dans le détail, le contrôle est dit léger lorsque la cour d'appel a tiré une conséquence juridique de ses constatations de fait qui était possible mais qui aurait pu être différente, sans encourir la critique. Ce contrôle léger s'exprime par une réponse au rejet selon laquelle le juge du fond "a pu..." statuer comme il l'a fait.

Le contrôle est dit "lourd" lorsque la cour d'appel ne pouvait, à partir de ses constatations de fait, qu'aboutir à la solution retenue, sous peine de cassation de son arrêt pour violation de la loi : les arrêts de rejet utilisent alors des expressions très fortes, telles que "exactement", "à bon droit", lorsque le juge a énoncé pertinemment une règle.

Contrairement aux chambres civiles qui laissent en dehors de leur contrôle un grand nombre de qualifications, la chambre criminelle vérifie si les faits souverainement constatés par les juges du fond dans leur matérialité sont bien de nature à caractériser une infraction en tous ses éléments constitutifs.

Ainsi, elle contrôle la qualification de l'élément matériel ou de l'élément

moral de l'infraction. Elle contrôle aussi la qualification des causes d'irresponsabilité (légitime défense par exemple).

Il existe une exception notable puisque la Chambre criminelle décide, de façon à peu près constante, que la détermination de l'état de démence du prévenu (aujourd'hui le trouble psychique ayant aboli le discernement) échappe au contrôle de la Cour de cassation, car elle considère qu'il s'agit d'une appréciation plus médicale que juridique.

II. LES CAS D'OUVERTURE A CASSATION

Contrairement à l'article 604 du Code de procédure civile, qui ne définit les cas d'ouverture à cassation que sous la forme générale de la violation de la loi, les articles 591 à 600 du Code de procédure pénale les énumèrent de façon plus précise et plus variée, mais en des termes suffisamment vagues pour respecter la nécessaire souplesse du contrôle de la Cour de cassation.

Il serait trop long d'énumérer ici les cas d'ouverture spécifiques à la matière pénale au sein de laquelle le respect des règles de procédure tient une place essentielle.

C'est ainsi que la chambre criminelle contrôle la constitution régulière de la juridiction d'instruction ou de jugement³⁹, de même qu'elle examine directement les pièces de la procédure pour en apprécier la régularité, infléchissant ainsi la distinction du fait et du droit.

On fera donc l'impasse sur les règles de procédure pénale gouvernant la compétence, la composition des juridictions et la procédure à suivre devant elles, pour s'attarder sur les trois grandes catégories usuelles d'ouverture à cassation, communes aux procédures civile et pénale.

1. La violation de la loi

Le mot loi doit être pris au sens le plus large. Il peut s'agir aussi bien d'un traité international ratifié par la France, d'une loi interne, de textes réglementaires, de principes généraux du droit, de la coutume, d'une convention collective etc.

39 Art. 592 du code de procédure pénale

La violation de la loi est en quelque sorte la “voie royale” puisque c’est le cas d’ouverture qui permet à la Cour de cassation de censurer directement le non-respect de la règle de droit.

Elle présente plusieurs aspects sur lesquels il n’est pas possible de s’attarder :

- **la violation de la loi par fausse interprétation de la norme** intervient dans une hypothèse où le juge du fond a dû prendre parti sur le sens d’un texte ou d’une norme de source jurisprudentielle, mais en a fait une mauvaise interprétation.
- **Le refus d’application de la loi** consiste à ne pas appliquer la loi à une situation de fait qui manifestement rentrait dans son champ d’application.
- **La violation de la loi par fausse application** consiste à appliquer un texte à une situation qu’il n’a pas vocation à régir.

Il existe une variété particulière de violation de la loi : la **dénaturation d’un document** qui consiste à lui donner un sens différent de son sens évident.

Le grief de dénaturation suppose un écrit, produit devant la Cour de cassation, dont le sens est clair et précis rendant inutile toute interprétation. Si l’écrit est obscur ou confus, le juge du fond aura tout loisir d’en déterminer le sens et cette interprétation souveraine ne pourra pas être contestée devant la Cour de cassation pour dénaturation.

C’est pourquoi le moyen pris d’une dénaturation est fréquemment déclaré irrecevable ou rejeté, parce qu’il se révèle inefficace.

Sur le plan de la technique de rédaction, l’arrêt de cassation pour violation de la loi se présente toujours sous la même forme : Il débute par le visa du ou des textes applicables ou se réfère à des principes généraux du droit. Ce visa est suivi d’un chapeau qui est l’énoncé de la règle de droit ou du principe qui se dégage des textes figurant au visa. L’arrêt se termine par le conclusif qui est ainsi formulé : “Qu’en statuant ainsi, la Cour d’appel a violé le(s) texte(s) susvisé(s)”.

Il faut remarquer que les cassations pour violation de la loi sont les seules qui peuvent déboucher sur une rébellion de la cour de renvoi, qui peut ne pas partager l'analyse de la Cour de cassation et donc sur la saisine éventuelle d'une Assemblée plénière.

La Cour de cassation peut statuer sans renvoi lorsque cette cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond ⁴⁰. Par exemple, la cassation intervient parce que l'action est prescrite ou encore parce que le litige relève de la compétence de la juridiction administrative.

2. Le défaut ou manque de base légale

Ce cas d'ouverture est parfois mal distingué de la violation de la loi.

Le défaut de base légale est constitué par une insuffisance de motivation qui ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler la bonne application de la loi par les juges du fond. Autrement dit, la critique adressée aux juges ne porte pas sur une mauvaise interprétation de la loi ou une fausse application. Il leur est reproché de ne pas avoir justifié leur décision avec tous les éléments de fait nécessaires pour vérifier que la loi a été correctement appliquée.

Pour prendre un exemple en matière civile, la responsabilité civile suppose l'existence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage. Le juge doit constater dans sa décision que ces conditions sont remplies et à défaut d'une telle constatation, la cassation est encourue pour manque de base légale.

Un autre exemple concret peut être dégagé de la jurisprudence de la chambre commerciale en matière de faillite personnelle ou d'interdiction de gérer, sanctions qui peuvent frapper le dirigeant de fait d'une société commerciale.

Les juges du fond apprécient souverainement la qualité de dirigeant de fait. Encore faut-il caractériser l'existence d'actes positifs de gestion démontrant que la personne poursuivie était le véritable dirigeant de la société.

On peut citer un cas d'espèce dans lequel la chambre commerciale a

40 Art. L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire

censuré l'arrêt d'une cour d'appel prononçant la faillite personnelle de l'associée unique d'une SARL au motif qu'après le départ de la gérante de droit, elle avait laissé l'entreprise entre les mains de diverses personnes n'ayant aucun pouvoir de gestion. L'arrêt est cassé au motif *“qu'en se déterminant par de tels motifs impropres à caractériser en quoi Mme Dru avait en fait exercé en toute indépendance une activité positive de direction dans la société, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision”* ⁴¹.

En matière pénale, le juge doit s'expliquer sur la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction.

On peut en donner un exemple, à propos d'une affaire dans laquelle un prévenu avait été poursuivi pour avoir exercé des violences en vue d'obtenir le remboursement de sommes qu'il avait prêtées à diverses personnes. L'arrêt attaqué énonce *“qu'il n'importe que les plaignants n'aient pas communiqué les relevés de compte de nature à prouver qu'ils ont retiré les espèces à l'effet de rembourser [le prévenu], dès lors qu'il lui est reproché d'avoir obtenu mais également d'avoir tenté d'obtenir la remise de fonds par violence ou menace de violence”*. Or la condamnation prononcée en première instance l'avait été pour extorsion de fonds et non tentative d'extorsion. La chambre criminelle a estimé *“qu'en l'état de ces énonciations qui ne qualifient pas précisément chacun des faits retenus et ne permettent pas à la Cour de cassation de s'assurer que les infractions dont le demandeur a été déclaré coupable sont caractérisées, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision”* ⁴².

Les conséquences d'une cassation pour manque de base légale sont bien différentes de celle d'une cassation pour violation de la loi.

D'une part, une cassation pour manque de base légale ne peut jamais être prononcée sans renvoi puisqu'il s'agit d'un vice de motivation qui implique un nouvel examen de l'affaire au fond.

D'autre part, la décision de la cour de renvoi ne pourra pas déboucher sur une rébellion puisque la cassation n'est pas due à une mauvaise interprétation de

41 Com. 12 juillet 2005, Bull. 2005 IV n° 169

42 Crim. 28 septembre 2016, n° 15-85.162

la loi mais à une insuffisance de motivation. On peut aboutir sur le fond à une solution identique, à condition que la cour de renvoi veille à motiver correctement sa décision.

3. Les griefs disciplinaires

Les autres cas d'ouverture à cassation sont regroupés sous l'appellation de "griefs disciplinaires" car il s'agit de contrôler le respect par les juges du fond de leurs obligations en matière d'exposé des prétentions et moyens des parties, de réponse aux conclusions, ou encore de motivation des jugements et arrêts.

Le terme "disciplinaire", bien qu'employé par commodité, n'est pas approprié puisque même si la motivation de la décision attaquée n'est pas satisfaisante, il ne peut en découler aucune conséquence disciplinaire pour les magistrats qui l'ont rendue.

Le Conseil Supérieur de la Magistrature rappelle fréquemment "qu'en vertu de l'indépendance des magistrats du siège garantie par la Constitution, leurs décisions juridictionnelles ne peuvent être critiquées, dans les motifs et dans le dispositif qu'elles comportent, que par le seul exercice des voies de recours prévues par la loi" ⁴³.

Les "moyens disciplinaires tendent donc à faire censurer la décision attaquée pour un vice de motivation ⁴⁴ et, souvent, pour défaut de réponse à conclusions ou encore pour violation de l'un des principes directeur du procès tel que le principe de la contradiction.

De tels moyens ne sont jamais nouveaux car ils sont nécessairement tirés de la décision attaquée ⁴⁵ c'est à dire qu'ils ne peuvent être découverts qu'à la lecture de celle-ci. Ils sont fréquemment invoqués et finalement assez peu retenus par la Cour de cassation.

Pour ne prendre qu'un exemple, tiré de la jurisprudence de la 1^{ère} chambre

43 Par exemple décision n° S166 du 24 avril 2009.

44 En matière civile, fréquemment au visa des articles 455 et 458 du code de procédure civile. En matière pénale, sur le fondement des articles 485 et 593 du code de procédure pénale.

45 Art. 619 du code de procédure civile

civile, une Cour d'appel avait rejeté la demande d'une épouse tendant, après divorce, à l'octroi d'une prestation compensatoire et d'une contribution de l'époux à l'entretien de l'enfant issu de leur union au motif que les parties ne justifiaient pas de leurs ressources et charges.

La Cour de cassation énonce *“Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions par lesquelles Mme Ménagé invoquait, offre de preuve à l'appui, ses revenus et ses charges, la Cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences des textes susvisés”*⁴⁶.

L'absence totale de motifs est à vrai dire assez rare. En revanche, et sans entrer dans le détail, les situations les plus fréquemment rencontrées sont les suivantes :

- **La contradiction de motifs** : suppose l'existence d'une décision motivée mais entachée de contradiction. Cette contradiction de motifs n'existe que pour autant que celle-ci porte sur des éléments de fait et non des éléments de droit. En clair, les juges ont affirmé dans la même décision une chose et son contraire.

A titre d'exemple, la contradiction existe entre des motifs de fait lorsqu'un arrêt constate à la fois que l'auteur de coups et blessures volontaires a agi avec préméditation et qu'il a porté lesdits coups dans un mouvement subit de colère⁴⁷.

- **La contradiction entre les motifs et le dispositif** doit être censurée car elle ne permet pas de savoir quelle décision la Cour d'appel a voulu prendre.

Par exemple, une chambre correctionnel énonce dans les motifs que le prévenu doit être relaxé et le déclare coupable dans le dispositif de l'arrêt ⁴⁸.

- **Le motif d'ordre général**, souvent inspiré par des considérations d'expérience ou d'équité, parce qu'il est dépourvu de toute référence à l'espèce, est assimilé au défaut de motifs.

46 Civ. 1^{ère} 13 juillet 2016, n° 15-24.105

47 Crim. 18 juin 1969, Bull. N° 201

48 Pour une illustration récente : Crim. 29 juin 2016, n° 15-85.888

Par exemple, les juges se sont référés à un usage constant, sans en indiquer la source.

- **Les motifs dubitatifs ou hypothétiques** sont également censurés comme étant dénués de toute valeur. On ne peut en effet fonder une décision sur un doute ou sur des hypothèses. C'est le cas lorsque les juges du fond utilisent des formules telles que "il semble que..." ou "il paraît improbable que...".

Il n'y a guère qu'en matière de détention provisoire que l'on puisse motiver un refus de mise en liberté ou un maintien en détention par des éventualités : risque de fuite, de réitération des faits, de concertation avec des complices, de pression sur des témoins ou de disparition de preuves⁴⁹.

- **Le défaut de réponse à conclusions** est un cas d'ouverture important. Les juges du fond n'ont pas répondu aux écritures des parties (ou aux mémoires déposés devant la chambre de l'instruction en matière pénale) c'est à dire aux moyens contenus dans les conclusions dont ils sont régulièrement saisis. Encore faut-il que soient invoqués de manière explicite de véritables moyens c'est à dire que soient énoncés des faits dont les parties tirent des conséquences juridiques et non pas de simples arguments.

La Cour de cassation rappelle fréquemment que "les juges du fond ne sont pas tenus de suivre les parties dans le détail de leur argumentation".

Il est parfois répondu que le moyen articulé dans les conclusions des parties était inopérant c'est-à-dire n'exerçait aucune influence sur la solution du litige si bien qu'il était inutile d'y répondre. Il arrive aussi que la Cour de cassation considère que les juges du fond ont implicitement ou nécessairement répondu aux conclusions en faisant telle ou telle constatation, ce qui permet de rejeter le moyen.

III. LA RECEVABILITE DES MOYENS

Il importe de distinguer les cas d'ouverture à cassation, qui viennent d'être rappelés, des moyens qui peuvent être invoqués à l'appui d'un pourvoi.

Le pourvoi est irrecevable si la déclaration de pourvoi ne contient l'énoncé

49 Art. 144 du code de procédure pénale.

d'aucun moyen. L'auteur du pourvoi doit invoquer la non conformité de la décision attaquée aux règles de droit.

La Cour de cassation ne statue, selon l'adage classique que sur "le moyen, rien que le moyen, mais tout le moyen".

Le demandeur dispose du libre choix du moyen sous cette réserve que les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation⁵⁰.

Cette règle connaît, en matière civile comme en matière pénale, deux exceptions :

- Il est permis d'invoquer pour la première fois en cassation les **moyens révélés par la décision attaquée**, c'est-à-dire les irrégularités qui apparaissent à la lecture de cette décision.
- Il est permis de soulever pour la première fois un **moyen de pur droit**, c'est à dire un moyen dont l'examen ne nécessite aucune recherche de fait en dehors des constatations des juges du fond.

Lorsque la règle invoquée est d'ordre public, il suffit que les faits nécessaires à son application aient été soumis aux juges du fond. Autrement dit, le moyen doit être dans le débat et résulter des conclusions ou pièces du dossier.

Il est à noter que les moyens d'ordre public, c'est à dire ceux qui soulèvent la violation de règles de droit impératives auxquelles on ne peut pas déroger, sont souvent des moyens de pur droit.

En matière civile, un moyen de pur droit peut être relevé d'office par la Cour de cassation, à condition d'en informer les parties et de les inviter à présenter leurs observations⁵¹.

De son côté, la chambre criminelle accepte de soulever d'office un moyen de pur droit, dès lors que l'ordre public est en cause, à condition de respecter

50 Art. 619 du code de procédure civile, art. 599 du code de procédure pénale

51 Art. 1015 du code de procédure civile

également le principe du contradictoire⁵².

Il faut retenir de ce rapide survol de la technique de cassation, que c'est la distinction fondamentale du fait et du droit qui détermine l'étendue de la fonction juridictionnelle de la Cour de cassation.

Comme l'indique Jean-François Weber⁵³ *“Si la France est sans doute le pays qui a poussé le plus loin les conséquences de cette séparation du fait et du droit, d'autres pays ayant accédé à l'indépendance après les conquêtes napoléoniennes ou après la colonisation, ont tenté de concilier ces principes avec leur propre culture. Mais dans le pays de Descartes, cette construction correspond bien à une démarche logique qui laisse la pleine responsabilité de trancher les litiges aux juges du fond (souvent appelés « juges du fait ») et charge la Cour de cassation de veiller à la bonne application de la loi par les juges. Cette mission, dégagée du fait, permet à la Cour de donner une portée normative aux arrêts qu'elle prononce : en se refusant à toute appréciation de fait, la Cour est conduite à des formulations abstraites qui seules permettent d'assurer l'application uniforme du droit dans toute la République”*.

Pour conclure, on doit souligner que la technique de cassation n'est pas qu'un processus d'élaboration des arrêts : elle est un élément de justice essentiel dans notre système puisqu'elle permet à la Cour suprême d'assurer sa mission d'interprétation du droit et d'unification de la jurisprudence, pour répondre au besoin de sécurité juridique.

Ouvrages spécialisés

- La Cour de cassation - Jean-François Weber - Editeur : La documentation française.
- La technique de cassation - Pourvois et arrêts en matière civile - 8e édition - Xavier Bachellier, Julie Buk Lament - Editeur : Dalloz, collection “Méthodes du droit” .

⁵² Il n'existe pas de texte semblable à l'art. 1015 du CPC dans le code de procédure pénale, mais ce principe découle de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

⁵³ L'accès au juge de cassation - Colloque du 15 juin 2015 - Ouvrage collectif sous la direction de G. Drago et B. Fauvarque-Cosson - Ed. Société de législation comparée.

- Droit et pratique de la cassation en matière civile, juin 2012 - Editeur : Lexis Nexis.
- La cassation en matière civile 2015/2016, par Jacques et Louis Boré, Dalloz Action 5^e édition.
- La cassation en matière pénale 2012/2013, par Jacques et Louis Boré, Dalloz Action, 3^e édition.

JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

L'APPRECIATION DE LA QUESTION D'ORDRE PUBLIC PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Par M. Patrick QUINQUETON,

Conseiller d'Etat au Conseil d'Etat de France

Le juge administratif français ne peut pas statuer sur une requête sans avoir examiné tous les moyens d'ordre public qu'il peut avoir à prendre en considération, compte tenu des données du litige et de l'état du dossier. Dans le cas où une partie qui aurait intérêt à invoquer un moyen d'ordre public s'abstient de le faire, le juge est tenu de le relever d'office, en tout cas lorsque l'existence de ce moyen ressort des pièces du dossier qui lui est soumis.

Sont d'ordre public les moyens qui présentent une telle importance qu'ils justifient que le juge administratif les examine d'office, alors même qu'ils ne sont pas soulevés par les parties. Non seulement ce juge peut soulever lui-même un moyen d'ordre public, mais il y est tenu⁵⁴.

Pour qu'un moyen soit d'ordre, il doit répondre à trois conditions cumulatives ? D'abord, il doit être déterminant pour la solution du litige. Si son invocation ne change pas cette solution, alors il est inutile que le juge le soulève d'office. Il en va ainsi, par exemple, d'un moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué alors que les conclusions ne relèvent pas de la compétence de la juridiction administrative. Il doit, ensuite, ressortir des pièces du dossier soumis au juge⁵⁵. Ainsi, la tardiveté des conclusions ne peut être soulevée sur la simple constatation d'un délai anormalement long entre la date de l'acte attaqué et la date de saisine de la juridiction faute de disposition d'un justificatif de la notification. Il doit, enfin, relever d'une des catégories de moyens susceptibles d'être relevés d'office.

⁵⁴ CE, sect., 17 déc. 1937, Simon : Rec. CE 1937, p. 1051 et CE, 29 janv. 1958, Vincent : Rec. CE 1958, p. 47

⁵⁵ CE, 21 oct. 1959, Korsec : Rec. CE 1959, p. 533. – CE, 14 nov. 1980, n° 17172, min. Travail et Participation c/ Union dptale syndicats CFDT Tam : JurisData n° 1980-600330 ; Rec. CE 1980, p. 422

Le caractère d'ordre public d'un moyen permet aussi aux parties de l'invoquer à toute époque, même après l'expiration du délai de recours contentieux. Un moyen d'ordre public peut être soulevé pour la première fois en appel, et même, sous certaines conditions, en cassation. Il est également possible dans certaines conditions d'en soulever en cas de question préjudicielle posée par le juge judiciaire⁵⁶. Non seulement le juge peut mais il doit soulever un moyen d'ordre public dès lors qu'il ressort expressément des pièces du dossier et qu'il est nécessaire à la solution du litige. Il entacherait son jugement d'irrégularité en refusant d'y procéder⁵⁷.

Ainsi, lorsque les juges du fond ont accueilli à tort un moyen qui n'est pas d'ordre public se rattachant à une cause juridique distincte de celle sur laquelle reposaient les moyens soulevés dans le délai de recours, alors que ce moyen était irrecevable, le juge de cassation, saisi d'un pourvoi dirigé contre leur décision, doit relever cette erreur d'office ⁵⁸.

Si le juge administratif est tenu d'examiner d'office toutes les questions d'ordre public, si les parties ne les invoquent pas, il n'est tenu de se prononcer explicitement sur une telle question, quand elle n'est pas soulevée, que dans l'hypothèse où il l'estime fondée.

Lorsque le juge administratif envisage de soulever d'office un moyen qui est d'ordre public, il doit en informer les parties. Lorsqu'une partie, en réponse à un courrier du juge l'informant de ce que sa décision est susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, se borne à faire connaître par un simple courrier son assentiment à ce moyen sans développer aucune argumentation, elle ne saurait être regardée comme ayant, par cette affirmation, expressément repris le moyen énoncé par le juge et comme ayant ainsi soulevé un nouveau moyen auquel le juge serait tenu de répondre. Par suite, si le juge renonce finalement à se fonder sur ce moyen, il n'est pas tenu, dans cette hypothèse, de se prononcer expressément sur son bien-fondé⁵⁹. Dans un certain nombre de

⁵⁶ CE, sect., 17 oct. 2003, *Bompard et a.*, préc. n° 110

⁵⁷ CE, sect., 19 déc. 1984, n° 30397, *Sté Ciments Lafage France* : Rec. CE 1984, p. 432) ou en y procédant à tort (CE, 13 oct. 1997, n° 125918, *min. Agr. et Forêt c/ Épx Ricoup* : Rec. CE 1997, tables, p. 1037

⁵⁸ CE, 8 oct. 2010, n° 334160, n° 334161, *min. Budget, Comptes publics, Fonction publique et Réforme de l'État c/ Wendehenne* : *JurisData* n° 2010-018695 ; Rec. CE 2010, tables, p. 920

⁵⁹ CE, 7 nov. 2012, n° 328670, *Sté France Immobilier Group* : *JurisData* n° 2012-026266 ; Rec. CE 2012, tables, p. 935

cas de figure, le juge peut rejeter un moyen en se fondant sur une argumentation qui lui est propre sans toutefois devoir soulever un moyen d'ordre public. Il est possible d'évoquer les cas suivants. Lorsqu'il rejette la demande de réparation d'un préjudice en se fondant sur l'absence de lien de causalité directe entre ce préjudice et l'action de la collectivité en cause, le juge ne soulève pas d'office un moyen, mais relève seulement que l'une des conditions de la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique n'est pas remplie. Lorsque le juge administratif, saisi de conclusions mettant en jeu la responsabilité de la puissance publique, constate au vu des pièces du dossier qu'une des conditions d'engagement de la responsabilité publique n'est pas remplie et cela alors même qu'il fonde ce constat sur des dispositions législatives ou réglementaires non invoquées en défense. En l'espèce, la Cour n'a commis aucune irrégularité en n'informant pas les parties de ce qu'elle comptait fonder son rejet d'une demande de réparation sur l'absence de préjudice subi par les demandeurs, alors pourtant qu'elle s'est appuyée sur des dispositions du Code civil, jamais invoquées en défense, desquelles il découlait que les demandeurs étaient réputés n'avoir jamais été propriétaires de l'office pharmaceutique dont ils estimaient la valeur dépréciée par la faute de l'Administration⁶⁰. En situant le litige sur le terrain juridiquement approprié en application des règles issues d'une décision du Conseil d'État, statuant au contentieux, postérieure à la date de la clôture de l'instruction, alors que les parties avaient exclusivement débattu, compte tenu des règles applicables avant cette décision, sur un autre terrain juridique, le juge se borne à exercer son office et ne soulève pas un moyen d'ordre public qu'il devrait communiquer aux parties. Toutefois, il ne peut, eu égard aux exigences de la procédure contradictoire, régler l'affaire sur un terrain dont les parties n'avaient pas débattu sans avoir mis celles-ci à même de présenter leurs observations sur ce point. Il lui incombe à cette fin, soit, de rouvrir l'instruction en invitant les parties à s'exprimer sur les conséquences à tirer de la décision du Conseil d'État, soit, de juger, par un arrêt avant dire droit, qu'il entend régler le litige, compte tenu de cette décision, sur le terrain juridiquement approprié et en demandant en conséquence aux parties de formuler leurs observations sur ce terrain. Il en va de même lorsque le juge déduit des motifs d'une décision administrative que l'Administration se trouvait en situation de compétence liée et écarte l'ensemble des moyens dirigés contre cette décision comme inopérants, il

⁶⁰ CE, 30 nov. 2005, n° 269546, Guitard et a. : *JurisData* n° 2005-069308 ; *Rec. CE* 2005, tables, p. 1059

ne relève pas d'office un moyen mais se borne à exercer son office en répondant aux moyens soulevés devant lui. Il n'est, par suite, pas tenu de communiquer, comme moyen d'ordre public, l'existence de cette situation de compétence liée sur le fondement de l'article R. 611-7 du Code de justice administrative⁶¹.

Mais dès lors que des conclusions indemnitaires doivent, pour être recevables, être assorties de l'indication du terrain sur le fondement duquel est recherchée la responsabilité du débiteur, le juge administratif ne peut soulever d'office un moyen d'ordre public que si la demande dont il est saisi est recevable. Ainsi, et alors même que la responsabilité sans faute constitue un fondement de la responsabilité des personnes publiques qu'il appartient au juge de soulever au besoin d'office, le juge ne peut, sans erreur de droit, relever en premier lieu, que la requérante n'avait pas précisé le fondement juridique de sa demande d'indemnisation, pour rechercher en second lieu, d'office, la responsabilité sans faute des personnes morales à l'égard desquelles une réparation était demandée⁶².

Il en va de même en cas de question préjudicielle. Ainsi, en vertu des principes généraux relatifs à la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction, il n'appartient pas à la juridiction administrative, lorsqu'elle est saisie d'une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte administratif, de trancher d'autres questions que celle qui lui a été renvoyée par l'autorité judiciaire. Il suit de là que, lorsque la juridiction de l'ordre judiciaire a énoncé dans son jugement le ou les moyens invoqués devant elle qui lui paraissent justifier ce renvoi, la juridiction administrative doit limiter son examen à ce ou ces moyens et ne peut connaître d'aucun autre, fût-il d'ordre public, que les parties viendraient à présenter devant elle à l'encontre de cet acte. Ce n'est que dans le cas où, ni dans ses motifs, ni dans son dispositif, la juridiction de l'ordre judiciaire n'a limité la portée de la question qu'elle entend soumettre à la juridiction administrative, que cette dernière doit examiner tous les moyens présentés devant elle, sans qu'il y ait lieu alors de rechercher si ces moyens avaient été invoqués dans l'instance judiciaire ⁶³.

⁶¹ (CE, 22 oct. 2014, n° 364000, Guessas : *JurisData* n° 2014-024970 ; *Rec. CE* 2014, tables, p. 817)

⁶² CE, 15 mai 2012, n° 331362, Sté Bourdeau, inédit : *JurisData* n° 2012-011575 ; [JCP A 2012, 394](#)

⁶³ CE, sect., 17 oct. 2003, Bompard, préc. n° 110

L'article R. 611-7 du Code de justice administrative prévoit que : *“Lorsque la décision lui paraît susceptible d'être fondée sur un moyen relevé d'office, le président de la formation de jugement ou, au Conseil d'État, la sous-section chargée de l'instruction en informe les parties avant la séance de jugement et fixe le délai dans lequel elles peuvent, sans qu'y fasse obstacle la clôture éventuelle de l'instruction, présenter leurs observations sur le moyen communiqué”*.

Lorsque le juge rejette comme irrecevable un pourvoi provoqué au motif qu'il a prononcé un non-lieu à statuer sur le pourvoi principal, ces dispositions de l'article R. 611-7 du Code de justice administrative ne trouvent pas à s'appliquer⁶⁴.

Il y a lieu de s'interroger sur le champ que recouvrent les différents moyens d'ordre public. D'abord, toute question qui touche à la compétence est d'ordre public. Celle-ci peut à la fois concerner la juridiction saisie et l'auteur de l'acte attaqué.

Tel est d'abord le cas des questions de compétence juridictionnelle. L'incompétence de la juridiction administrative est relevée d'office par le juge⁶⁵. L'incompétence territoriale de la juridiction de première instance était aussi d'ordre public. Mais les dispositions de l'article R. 351-9 du Code de justice administrative, issu du décret n° 2002-547 du 19 avril 2002, interdisent désormais au juge d'appel de soulever cette question. Il n'en demeure pas moins que le juge de première instance peut et doit toujours la soulever. Simplement, s'il omet de le faire et qu'aucune des parties ne l'a soulevé, la question ne peut plus se poser devant les juridictions supérieures. Par contre demeure l'incompétence matérielle d'un tribunal administratif. Commet ainsi une erreur de droit la cour administrative d'appel qui ne relève pas d'office l'incompétence matérielle d'un tribunal administratif pour connaître de la demande en annulation de la décision par laquelle un recteur d'académie refuse de reconnaître comme imputable au service le malaise cardiaque ayant entraîné le décès d'un professeur des universités praticien hospitalier. Une telle décision, relative à la

⁶⁴ CE, 17 déc. 2010, n° 329213, min. Écologie, Développement durable, Transports et Log. c/ Dpt Gard : JurisData n° 2010-025235 ; Rec. CE 2010, tables, p. 907

⁶⁵ T. confl., 23 nov. 1959, Colombani : Rec. CE 1959, p. 870. – CE, 13 juill. 1968, Vve Weiss : Rec. CE 1968, tables, p. 1067

situation individuelle d'un fonctionnaire nommé par décret du président de la République, ressortit en application du 3° de l'article R. 311-1 du Code de justice administrative, de la compétence de premier et dernier ressort du Conseil d'État⁶⁶. Enfin, l'incompétence négative tenant à ce qu'une juridiction ne remplit pas sa mission juridictionnelle se soulève aussi d'office⁶⁷.

Sont également d'ordre public les moyens tirés de l'incompétence des autorités administratives à prendre les décisions contestées devant le juge administratif, qu'il s'agisse de décisions unilatérales⁶⁸. Diverses hypothèses se rattachent à cette question d'ordre public. Sont d'ordre public les moyens relatifs à la compétence territoriale de l'auteur de l'acte attaqué. Il en va ainsi du moyen tiré de ce qu'une commission de remembrement excède sa compétence en englobant dans le périmètre du remembrement des parcelles situées sur des communes limitrophes⁶⁹. Sont d'ordre public les moyens relatifs à la compétence matérielle de l'auteur de l'acte attaqué. Ainsi, le défaut de certaines consultations est relevé d'office lorsque ces consultations touchent à la compétence de l'auteur de l'acte.

Sont d'ordre public les moyens relatifs à la compétence temporelle de l'auteur de l'acte attaqué. Ainsi, statuant sur la légalité d'un arrêté de reconduite à la frontière visant un ressortissant étranger, le juge de l'excès de pouvoir soulève d'office le moyen tiré de ce qu'un préfet était incompétent pour décider la reconduite à la frontière d'un ressortissant étranger sur le fondement du 3° du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée avant l'expiration du délai d'un mois fixé par cet article⁷⁰. Sont d'ordre public les moyens relatifs à l'illégalité d'une subdélégation.

Les moyens tirés du « champ d'application de la loi » sont d'ordre public. À ce titre, le juge administratif doit relever d'office l'inapplicabilité d'un texte afin d'éviter de faire lui-même application de ce texte inapplicable. Le fondement de cette notion de champ d'application de la loi est à rechercher dans la mission du

⁶⁶ CE, 30 déc. 2002, n° 220909, Olivier : *JurisData* n° 2002-064848 ; *Rec. CE* 2002, tables, p. 890

⁶⁷ CE, 6 oct. 1995, n° 157309, Hassini : *Rec. CE* 1995, tables, p. 1006

⁶⁸ CE, 10 févr. 1956, Thorame : *Rec. CE* 1956, tables, p. 725) ou d'actes contractuels (CE, sect., 28 janv. 1977, min. Éco. et Fin. c/ Sté Heurtey : *Rec. CE* 1977, p. 50

⁶⁹ CE, 17 juin 1959, secr. d'État agr. c/ Madeline : *Rec. CE* 1959, tables, p. 1071. – CE, 13 juill. 1961, min. Agr. c/ Laitre : *Rec. CE* 1961, p. 477. – CE, 27 nov. 1970, Épx Junchat et a : *Rec. CE* 1970, p. 706

⁷⁰ CE, 29 janv. 2003, n° 241574, Aslan : *JurisData* n° 2003-064818 ; *Rec. CE* 2003, tables, p. 947

juge qui est d'appliquer la loi, ce qui lui interdit de fonder ses propres décisions sur des normes inapplicables. Pour que le juge relève d'office un moyen au titre du champ d'application de la loi, deux conditions doivent être remplies. Il faut d'abord que ce moyen soit déduit de l'inapplicabilité de la norme juridique. Et il faut ensuite que le juge ne puisse statuer sur les moyens qui ont été invoqués sans méconnaître lui-même le champ d'application de la loi : le juge doit éviter d'être en situation de faire lui-même application de la norme inapplicable dans les motifs de sa décision.

Par le passé, le Conseil d'État avait admis que l'illégalité d'un texte emportait l'inapplicabilité de ce texte : il relevait d'office l'inapplicabilité du texte illégal sur le fondement duquel avaient été prises les décisions attaquées. Mais le plus souvent, l'illégalité relevée d'office procédait d'un vice d'incompétence. Quoi qu'il en soit, le Conseil d'État s'en tient désormais à une conception plus restrictive du champ d'application de la loi qui se limite aux seules questions d'applicabilité et non de légalité, sauf si l'illégalité résulte elle-même d'un cas d'ordre public. Il pratique une conception plus restrictive du champ d'application de la loi. Seule semble en cause l'applicabilité de la norme juridique et non pas sa légalité. Autrement dit, le juge soulèvera d'office le moyen tiré de ce qu'une norme n'est pas applicable ou qu'elle n'est pas opposable, mais se refusera à soulever d'office le moyen tiré de ce qu'une norme serait illégale, parce que contraire à une norme juridique supérieure. Telle est en tout cas la solution retenue récemment par le Conseil d'État, qui a refusé de relever d'office l'illégalité d'une réglementation nationale contraire aux objectifs d'une directive communautaire⁷¹. Toutefois, ce n'est que dans l'hypothèse où l'illégalité de l'acte procède elle-même d'un vice d'ordre public – notamment l'incompétence – que le juge relèvera d'office, au titre du champ d'application de la loi, l'inapplicabilité de ce texte illégal. Le champ d'application de la loi doit être entendu comme valant pour toute norme juridique, et non pas seulement pour les dispositions législatives. Elle englobe donc aussi la méconnaissance du champ d'application d'un règlement, voire d'un principe général du droit dégagé par la jurisprudence. Par contre, un traité international n'a pas été reconnu comme étant une norme entrant dans le champ d'application de cette notion⁷². Cette position a été

⁷¹ CE, sect., 11 janv. 1991, SA Morgane, préc. n° 135) ou à la Convention européenne des droits de l'homme (CE, 16 janv. 1995, n° 112746, SARL Constructions industrielles pour l'agriculture [CIPA] : *JurisData* n° 1995-042028 ; *Rec. CE* 1995, p. 35)

⁷² CE, sect., 11 janv. 1991, SA Morgane, préc. n° 135

constamment réaffirmée par la jurisprudence. Ainsi, la conformité de dispositions législatives, aux traités ou accords internationaux, y compris aux normes européennes, ne constitue pas une question d'ordre public⁷³.

Il faut examiner d'abord le champ d'application de la loi dans le temps, puis à raison de la matière, puis dans l'espace et enfin les cas où le juge n'a pas retenu l'illégalité comme entrant dans le champ d'application de la loi. Relèvent du champ d'application de la loi dans le temps : le moyen tiré de ce que des dispositions ont cessé d'être en vigueur⁷⁴. En relève aussi le moyen tiré de ce qu'un texte n'est pas opposable⁷⁵, parce qu'il n'a pas été notifié. Relève du champ d'application de la loi dans le temps l'obligation pour le juge d'examiner d'office s'il y a lieu de faire application d'une loi répressive nouvelle plus douce, en vertu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est notamment le cas en matière de pénalités fiscales. Le juge de l'impôt se place à la date à laquelle il statue, et il doit examiner d'office s'il y a lieu de faire application de la loi nouvelle plus douce⁷⁶.

Il incombe ainsi au juge administratif, lorsqu'une contestation relative à une pénalité est présentée devant lui, d'examiner d'office s'il y a lieu de faire application du principe, selon lequel la loi répressive nouvelle doit, lorsqu'elle abroge une incrimination ou prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée.⁷⁷ De même, un juge, saisi d'une contestation portant sur une sanction que l'Administration inflige à un administré, se prononçant comme juge de plein contentieux, doit faire application, le cas échéant, d'une loi nouvelle plus douce entrée en vigueur entre la date à laquelle l'infraction a été commise et celle à laquelle il statue⁷⁸. Est ainsi d'ordre public le caractère rétroactif d'un texte

⁷³ CE, ass., 6 déc. 2002, n° 239540, Maciolak : *JurisData* n° 2002-064846 ; *Rec. CE* 2002, p. 426

⁷⁴ CE, sect., 15 juill. 1964, *Sté papeteries Metenett et Sté papeteries Souche* : *Rec. CE* 1964, p. 437. – CE, 12 févr. 1992, n° 89630, *Ville Carcassonne c/ préfet Aude* : *JurisData* n° 1992-041376 ; *Rec. CE* 1992, tables, p. 1237

⁷⁵ CE, 2 oct. 1968, *Ville Vésinet* : *Rec. CE* 1968, p. 470. – CE, 6 juill. 1988, *SARL « Les résidences de la plage »* : *Rec. CE* 1988, tables, p. 971

⁷⁶ CE, sect., avis, 5 avr. 1996, n° 176611, *Houdmond* : *JurisData* n° 1996-042549 ; *Rec. CE* 1996, p. 116

⁷⁷ CE, 23 avr. 2008, n° 308865, *min. Budget, Comptes publics et Fonction publique c/ Sté Bisico France* : *JurisData* n° 2008-081331 ; *Rec. CE* 2008, p. 170

⁷⁸ (CE, ass., 16 févr. 2009, n° 274000, *Sté ATOM* : *Rec. CE* 2009, p. 25, concl. C. Legras

réglementaire⁷⁹. Il en est de même du moyen tiré de ce qu'une loi de pays, adoptée par le congrès de la Nouvelle-Calédonie en application de l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, ne peut faire l'objet de mesures d'application avant qu'elle ne soit promulguée. Par contre, la rétroactivité d'un acte individuel n'est pas d'ordre public.

Mais un moyen d'ordre public peut aussi être soulevé par le juge dans certains cas au motif de la méconnaissance manifeste du champ d'application de la loi à raison de la matière. Une telle méconnaissance peut, par exemple, résulter de ce qu'un arrêté d'expulsion est pris à l'encontre d'une personne de nationalité française⁸⁰. Ou encore lorsqu'une loi d'amnistie est intervenue, alors que les faits en cause entrent dans le champ d'application de cette loi⁸¹.

Comme vous le voyez, le juge administratif dispose d'un champ d'investigation qui lui est propre pour s'emparer de moyens qui ne sont pas soulevés devant lui, lorsque ces moyens s'imposent à lui pour justifier sa décision juridictionnelle, même si les parties ne les ont pas soulevés. Ces prérogatives tiennent à ce qu'il est gardien de la loi et, par suite, ne peut se soustraire aux illégalités les plus évidentes et les plus importantes, même dans les cas où elles ne sont pas soulevées devant lui. Toutefois, le Conseil d'Etat a, sur une longue période, strictement encadré les occurrences dans lesquelles il peut soulever d'office des moyens que les parties ne soulèvent pas, dans un litige porté devant lui. Le moyen d'ordre public doit s'imposer de lui-même.

⁷⁹ CE, sect., 8 nov. 1968, *min. Éco. et Fin. c/ Menez* : Rec. CE 1968, p. 557. – CE, sect., 5 févr. 1971, n° 76236, *Mégard* : Rec. CE 1971, p. 113. – CE, 11 juin 1971, n° 75239, *Assistance publique Paris c/ Duvoisin* : Rec. CE 1971, tables, p. 1160

⁸⁰ CE 29 octobre 1980 *Sassi aux tables* p. 845

⁸¹ CE 22 janvier 1960 *Rey*, Recueil CE p. 50

LE POUVOIR DISCRETIONNAIRE DE L'ADMINISTRATION ET LE CONTROLE MINIMUM DU JUGE ADMINISTRATIF

Par **M. Nouhoum BOUARE**,

Conseiller à la Cour suprême du Mali, Section administrative

INTRODUCTION

En décomposant le processus décisionnel, on se rend compte qu'une autorité administrative se pose deux questions fondamentales :

- savoir si elle doit prendre l'acte administratif. Cette question est relative à l'opportunité de la décision (opportunité d'agir) ;
- savoir comment elle doit prendre l'acte administratif. Cette question est relative au contenu de la décision.

A chacune de ces deux phases du processus décisionnel, l'autorité administrative compétente peut se retrouver dans deux situations différentes.

L'une correspond à la compétence liée et l'autre correspond au pouvoir discrétionnaire.

Lorsqu'il y a compétence liée, l'autorité administrative compétente n'a donc pas la possibilité de choix, ni d'appréciation. L'autorité administrative compétente est tenue de donner un contenu prédéterminé à sa décision.

Le pouvoir discrétionnaire correspond à la marge de liberté d'appréciation laissée par la réglementation à une autorité administrative lorsqu'elle prend une décision (voir CE, 27 octobre 1993, comité international de la croix rouge).

Ainsi, le Doyen d'une faculté ne peut se permettre d'apprécier l'opportunité de l'inscription d'un Etudiant en faculté, si toutes les conditions sont réunies pour le candidat (de fond, de procédure, de délai). La légalité y est extrême. La conduite de l'administration est dictée par le droit.

Le pouvoir discrétionnaire correspond à la situation inverse. L'agent qui reçoit compétence dispose d'une marge d'initiative ; il lui est loisible d'agir ou de ne rien faire, et s'il décide d'agir, de choisir le contenu de sa décision en fonction de son appréciation personnelle. L'opportunité de la mesure à prendre relève de son propre jugement. Face à un agent public ayant commis une faute disciplinaire, l'autorité dotée du pouvoir disciplinaire peut décider de prendre une sanction ou de laisser passer, et également choisir dans la gamme des sanctions, celle qui paraît la plus opportune : un large pouvoir discrétionnaire existe.

Le pouvoir discrétionnaire peut exister à deux stades différents du processus de prise d'une décision, au niveau des motifs de fait et des motifs de droit.

La liberté d'apprécier l'opportunité d'agir est subordonnée à l'absence de réglementation précise des **motifs de fait**. Exemple : pour un avancement au choix dans la fonction publique. De même, en dehors de toute faute commise par le cocontractant et dans l'intérêt du service public, la personne publique peut procéder à la résiliation d'un contrat administratif (CE, Ass.2 mai 1958, Distillerie du Margnac-Laval,)

Par contre, la liberté de choisir le contenu de la décision résulte de la réglementation des **motifs de droit de la décision** et est totalement indépendante des solutions relatives à la possibilité d'apprécier l'opportunité d'agir (le choix du contenu de la décision est libre) Ex : en matière disciplinaire, une gamme de sanction est proposée, dans laquelle il faut choisir.

Selon la définition de Michoud, le pouvoir discrétionnaire est « une certaine liberté d'action et de décision laissée à l'administration. Il y a pouvoir

discrétionnaire toutes les fois qu'une autorité agit librement, sans que sa conduite ne lui soit dictée à l'avance par une règle de droit »⁸²

Il n'y a pas d'incompatibilité entre pouvoir discrétionnaire et principe de légalité. Les règles qui forment la légalité laissent à l'administration une marge plus ou moins grande de choix pour prendre une décision, pour déterminer son contenu, pour fixer le moment de son édicition etc..... Cette latitude dépend des textes législatifs et réglementaires, mais aussi du contrôle du juge.

Le pouvoir discrétionnaire se distingue du pouvoir arbitraire, du fait que la liberté d'appréciation et d'action de l'autorité administrative résulte de l'indétermination de la réglementation de sa compétence.

Comme la compétence liée, le pouvoir discrétionnaire peut être plus ou moins large selon la marge de liberté laissée à l'administration « S'il fallait donner en quelques mots une définition du droit administratif, je dirais, laissant de côté la partie purement descriptive d'institution (.....) Qu'il est essentiellement l'étude du pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et de sa limitation en vue de la sauvegarde des droits des tiers ».

Ainsi, s'exprimait dans un article écrit en 1956 (EDCE), Marcel Waline⁸³, constat magistral qui met très justement en valeur l'importance de cette question aussi bien dans la vie quotidienne des administrations qu'au regard du contrôle exercé par le juge administratif. La question du pouvoir discrétionnaire de l'administration est l'une des questions les plus importantes du droit administratif dans tous les pays du monde à l'heure actuelle.

Ainsi, les administrations des pays d'Afrique francophone disposent t-elles d'une façon globale, de marge de pouvoir discrétionnaire nettement plus importante que l'administration française, le règlement de l'exercice des compétences est souvent moins précis et surtout la jurisprudence moins développée.

⁸² Michoud, le pouvoir discrétionnaire, Rev glé d'adminis, 1914

⁸³ Waline, le pouvoir discrétionnaire et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP 1930

Il est de l'essence même du droit administratif que l'administration puisse bénéficier de marge de liberté pour ne pas être une administration sclérosée. Le rôle du juge administratif étant de veiller à ce que sous l'autel de l'intérêt général, les libertés individuelles, les droits de propriété ne soient sacrifiés, de même que l'intérêt général ne soit compromis au bénéfice de l'intérêt particulier, l'étude du présent thème permet d'élucider le rôle du juge administratif en matière de contrôle du pouvoir discrétionnaire.

Lorsque le juge contrôle l'opportunité d'un projet d'utilité publique, il vérifie si une décision ne résulte pas d'une erreur manifeste d'appréciation. Bref, il pénètre dans le domaine du pouvoir discrétionnaire et se permet, à certains égards, de vérifier si les appréciations administratives sur l'opportunité des décisions sont bien correctes. Par-là, l'on vient à craindre que le juge sortant de son rôle de gardien de la légalité, s'érige en juge de l'opportunité des choix administratifs et se conduise en supérieur hiérarchique de l'administration.

Pour bien cerner le sujet de notre exposé, il y a lieu de parler des différentes positions de la doctrine au sujet du contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire (I) avant d'aborder le contrôle juridictionnel exercé du pouvoir discrétionnaire (II).

I- LES DIFFERENTES POSITIONS DE LA DOCTRINE

Nous avons l'école de Vienne (A) et l'école Kelsénienne (B) qui ont donné chacune une vision différente.

A- Les théoriciens de l'école de Vienne

Le pouvoir discrétionnaire n'est pas un phénomène spécifique de la fonction administrative. Il se retrouve identiquement dans toutes les fonctions de l'Etat. Le pouvoir discrétionnaire est en effet un élément nécessaire à la formation du droit. Comme cette formation s'opère de la même façon à chaque degré, comme les fonctions de l'Etat représentent, chacune, une étape de la formation du droit, le pouvoir discrétionnaire existe dans chacune des fonctions et il présente dans chacune, la même nature. « Entre le pouvoir discrétionnaire du juge et celui de l'administration, écrit Verdross, pas de différence juridique possible ».

Rien dès lors, ne fait obstacle à ce que le juge contrôle celui de l'administration ; le tribunal peut lui aussi interpréter tel ou tel aspect de l'intérêt général. M. Merkel surtout développera cette conséquence : « la jurisprudence administrative, écrit-il, n'est qu'un des procédés du contrôle administratif ; elle est le moyen de technique juridique qui permet de subordonner des organes dépendants à des organes indépendants »

Rien ne s'oppose à ce que le juge administratif s'approprie l'intégralité du pouvoir discrétionnaire que la réglementation législative a laissé subsister. Il faut même aller plus loin et dire qu'il est de la nature même de la juridiction administrative, de son essence, d'exercer ce pouvoir puisque l'un des objets essentiels de la fonction juridictionnelle est de concrétiser la règle légale, d'assurer l'adaptation de cette règle aux circonstances particulières des causes qui lui sont soumises. Selon Portalis : « C'est à la jurisprudence que nous abandonnons les détails trop variables et trop contentieux qui ne doivent point occuper le législateur et tous les objets que l'on s'efforcera inutilement de prévoir ou qu'une imprécision précipitée ne pourrait définir sans danger »⁸⁴

Rien ne fait donc obstacle à ce qu'au pouvoir discrétionnaire de l'administration, vienne se superposer celui du juge.

Si l'on développe toutes les conséquences logiques de la thèse de l'école Autrichienne, on doit admettre que le juge administratif doit contrôler la totalité du pouvoir discrétionnaire de l'administration, pour la raison très simple que si ce pouvoir s'analyse en une application du droit, la mission du juge lui commande de vérifier s'il a été fait de celui-ci une exacte application.

Il suffit d'énoncer cette ultime conséquence pour aussitôt prendre conscience du fait que la thèse que nous étudions, est en complet désaccord avec le droit positif français qui consacre l'existence d'un vaste pouvoir discrétionnaire au profit de l'administration.

B- La théorie Kelsénienne

⁸⁴ Portalis : discours préliminaire, Fanet, tome I

Nous entendons les auteurs qui considèrent que le pouvoir discrétionnaire répond à l'impossibilité pour le législateur de tout prévoir, recourir à des explications assez embarrassées : « le juge, écrit le doyen Duez, n'est pas de la maison administrative et il n'a pas pu vivre intégralement l'affaire qui lui est soumise »⁸⁵. M.Waline fonde l'incompétence du juge pour connaître de l'opportunité des actes qui lui sont déférés sur son inaptitude à contrôler un fait toujours lointain dans l'espace et dans le temps, ainsi que sur sa méconnaissance de la vie administrative concrète : « le juge est trop loin du lieu où se sont passés les faits, il statue trop tard et il n'a pas l'habitude des situations auxquelles il s'agit de parer »⁸⁶.

Selon cette théorie, il est conforme à la nature des choses que l'administration puisse agir librement en certaines circonstances. La loi ne peut pas et ne doit pas tout prévoir. Réglementer l'activité sociale dans ses moindres détails serait impossible et, à la limite paralyserait celle-ci. Dans ce domaine de liberté, le droit ne peut pénétrer et le juge doit refuser d'intervenir.

Il en est ainsi pour des raisons à la fois techniques et politiques :

- des considérations techniques interdisent ainsi par exemple au juge de se saisir de certains problèmes. Par exemple, le juge ne peut pas se substituer aux organes compétents de la comédie française pour apprécier si une œuvre théâtrale est susceptible ou non de figurer au répertoire (CE, 19 février 1954, Polaprat.REC 118). De même, en matière d'équivalence d'emploi ou de diplôme (CE, 27 avril 1954, Société Tony, REC P236).
- des considérations politiques interviennent aussi, qui interdisent par exemple au juge administratif d'apprécier les motifs de licenciement dont a été l'objet un agent qui est à la discrétion du gouvernement (CE, 13 mars 1959, Nègre. Rec p179).

⁸⁵ Le Doyen Duez : les actes de Gouvernement, page 12.

⁸⁶ M.Waline : le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel, RDP, 1930, P 197.

Dans tous les cas, on est en présence de pouvoirs discrétionnaires qui soulèvent des questions d'opportunité et dont il n'appartient pas au juge de connaître.

Outre qu'elles sont très éloignées d'emporter la conviction, ces explications qui s'appuient sur des considérations de pur fait sont, par là, insusceptibles de servir de fondement à une construction juridique.

Il faut pour lever la difficulté, rappeler que l'indétermination de la réglementation législative s'analyse dans certaines matières, en une consécration, une application exécutive de la règle de droit, mais correspond, en d'autres matières, à la marge de liberté qui est indispensable à l'autorité exécutive pour rendre efficace la responsabilité dont elle est investie.

On comprend dès lors que la juridiction administrative s'approprie dans certains cas, mais dans certains cas seulement, la liberté d'appréciation laissée par la règle légale. Et, en ce sens, il est légitime de dire que la juridiction exerce un pouvoir discrétionnaire, mais à la condition expresse de préciser que ce pouvoir s'analyse, en pareille hypothèse, en une concrétisation, une application exécutive de la règle de droit, en un « pouvoir d'indépendance par rapport aux textes » et qu'une différence de nature le sépare du pouvoir discrétionnaire proprement dit de l'administration « pouvoir de commandement », contrepartie nécessaire de la responsabilité de son détenteur.

II- L'ETENDUE DU CONTROLE JURIDICTIONNEL

Le juge se reconnaît de plus en plus le droit de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire : l'administration ne saurait utiliser son pouvoir d'appréciation de façon déraisonnable. Ainsi, les règles relatives à la compétence, à la forme et à la procédure sont toujours impératives (sous quelques réserves). Il en va de même du but : enfin la réglementation de l'objet de la décision et de ses motifs, dans la mesure où elle existe, devra toujours être respectée, en particulier, dans tous les cas, le juge contrôlera l'exactitude matérielle des faits, vérifiera s'il n'y a pas d'erreur de droit et si l'objet de la décision est compatible avec la réglementation.

Pour tenter de présenter le plus simplement possible la portée du contrôle juridictionnel sur le pouvoir discrétionnaire, la distinction sera faite entre les techniques traditionnelles (A) et celles apparues récemment et que l'on développera davantage : l'erreur manifeste et le contrôle de proportionnalité dit aussi « bilan » (les techniques modernes de contrôle) (B).

A- Les techniques traditionnelles de contrôle : le recours pour excès de pouvoir

Que la compétence soit liée ou discrétionnaire, le juge, dans tous les cas, contrôle la **légalité externe** et en sanctionne le non-respect : incompétence, vice de forme ou de procédure.

Dans l'arrêt n°214 du 07 août 2014, Ministère de la Défense et des Anciens Combattants contre l'arrêt n°102 du 18 avril 2014 de la Section administrative de la Cour suprême du Mali et Bouh Traoré et autres, la Cour qui avait été saisie d'un recours contre une décision de radiation de Bouh Traoré et autres qu'elle a annulée, après examen de la situation, a relevé : « qu'il est donc avéré que le Ministre de la Défense et des Anciens Combattants a, en violation de la procédure appropriée édictée par la loi n°02-055 du 16 décembre 2002 portant Statut Général des Militaires, radié les requérants » et a rejeté le recours contre l'arrêt d'annulation de la radiation.

Par cet arrêt, la Cour suprême du Mali, après avoir apprécié l'opportunité de la décision de radiation de Militaires, a annulé la dite radiation pour vice de procédure.

En ce qui concerne la **légalité interne**, seront aussi sanctionnés : le détournement de pouvoir, l'erreur dans la constatation matérielle des faits, l'erreur de droit.

Dans l'arrêt n°101 du 18 avril 2014, Affaire : les élèves Officiers de la 36^e promotion de l'EMIA contre le Chef d'État-major général des armées, la Cour suprême du Mali a annulé la décision portant exclusion des officiers d'Active de l'EMIA, motif pris de ce : « qu'il n'est produit au dossier aucune preuve

relativement aux faux diplômes ou diplômes falsifiés, preuve qui incombe au chef d'Etat-major général des armées ».

La matérialité des faits n'étant pas établie, la Cour suprême du Mali, après appréciation de l'opportunité de la décision d'exclusion, l'a annulée.

C'est dans la **qualification juridique des faits** que l'examen connaît des limites. S'il y a pouvoir discrétionnaire, le juge ne la contrôle pas, car il lui est difficile de confronter la situation de fait (afin de la qualifier juridiquement) à des dispositions textuelles très générales : cf. Dans la loi littorale de 1986, la condition légale s'exprime ainsi « espace remarquable », « urbanisation limitée », ce qui laisse à l'administration une certaine liberté dans l'interprétation de cette condition pour qualifier un terrain « espace remarquable » et estimer que l'urbanisation projetée est ou non « limitée ». Le contrôle du juge sera restreint.

Mais pour éviter que de discrétionnaire, cette compétence ne se transforme en arbitraire, le juge improvisera un « minimum » de logique, bon sens, équité, par l'application de deux techniques de contrôle récemment imaginées par lui.

B- Les techniques modernes de contrôle

La marge d'opportunité laissée à l'administration dans ses choix, est elle-même soumise à contrôle : **l'erreur manifeste d'appréciation (a)**. Le contrôle peut conduire le juge à dresser un **bilan** et à faire respecter un rapport de **proportionnalité (b)**.

a- Le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation

L'erreur manifeste d'appréciation est une erreur grave, grossière et si évidente qu'elle pourrait être décelée par n'importe quel profane. Disposer d'un pouvoir discrétionnaire, n'autorise pas l'administration à faire n'importe quoi. Si l'erreur d'appréciation est tolérée par le juge, en revanche, l'erreur manifeste est censurée.

Sans que l'on puisse se référer à un arrêt de principe et à une date précise, on constate que les premières décisions de jurisprudence accueillant le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation sont apparues dans les années 1960 à propos

des *équivalences d'emploi dans la fonction publique* : cf. arrêts « Denizet » (1953) et surtout « Lagrange » (1961). Jusqu'alors, le Conseil d'Etat se refusait à contrôler l'appréciation faite par l'administration de ces équivalences. Dans l'arrêt « Lagrange », il estime qu'il n'y a pas d'erreur manifeste d'appréciation dans la reconnaissance par l'administration d'une équivalence entre l'emploi de garde champêtre et celui de cantonnier, justifiant ainsi le reclassement du requérant dans son nouvel emploi. Depuis 1994 : CE, 29 avril 1994, « *Cougrand* », la compétence en cette matière est liée et le contrôle normal.

Introduite discrètement dans la jurisprudence, le juge n'use de l'erreur manifeste d'appréciation qu'avec prudence et ne constate que parcimonieusement l'existence d'une erreur manifeste, ce qui atteste de sa volonté de ne pas entraver outre mesure la liberté d'appréciation laissée à l'administration.

Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence a donné à ce contrôle un champ d'application vaste : remembrement rural ; notation des fonctionnaires et nominations au tour extérieur ; atteinte à un site du fait d'une construction : « *société Lotissement Plage de Pampelonne* », CE 29 mars 1968 ; évaluation des « besoins scolaires » d'une collectivité locale ; appréciation du choix d'une sanction disciplinaire infligée à un fonctionnaire par rapport à la gravité de la faute qui lui est reprochée : « *Lebon* » et « *Vinolay* », 1978 ; délivrance d'un permis de construire, atteinte à l'environnement littoral....

Erreur manifeste d'appréciation dans l'application d'une sanction disciplinaire à un fonctionnaire :

Une sanction de mise à la retraite d'office avait été prise à l'égard d'un Instituteur coupable de « *geste indécent /..../ sur les fillettes de sa classe* ». Le Conseil d'Etat applique pour la première fois le contrôle de l'erreur manifeste à l'appréciation de la proportionnalité de la sanction par rapport à la faute commise. En l'espèce, pas d'erreur manifeste. La mise à la retraite d'office est légale.

M. Vinolay, Directeur des services de la Chambre d'Agriculture du Gers, avait été révoqué (sanction grave) de ses fonctions pour défaut de « diligence et rigueur » dans la gestion de la maison du Gers et de l'Armagnac et pour retard dans l'envoi d'un rapport. Le conseil d'Etat estime qu'il existe une disproportion

manifeste entre la faute et la révocation, les « manquements » appelaient une sanction, mais moins grave. Annulation de la révocation.

Cette jurisprudence de l'erreur manifeste d'appréciation est désormais appliquée dans tous les cas où le juge se refuse à contrôler la qualification juridique des faits.

Le plus souvent, les textes ne précisent pas si le pouvoir est discrétionnaire ou lié. Si le constat ne s'impose pas de lui-même, c'est le juge qui fixera les frontières et la lecture des arrêts se fera de manière suivante : le juge a accepté de contrôler l'erreur manifeste, cela signifie qu'il n'exerce qu'un contrôle restreint, donc il s'agit d'un domaine où l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire.

Par ailleurs, pour un même objet, selon qu'il y a décision d'octroi ou de refus, le contrôle est normal ou restreint. Ainsi, en matière de permis de construire, l'octroi appelle un pouvoir discrétionnaire et un contrôle restreint, le refus, une compétence liée et un contrôle normal, les conditions légales du refus étant davantage précisées dans les textes.

Ainsi, au Sénégal, la Cour suprême a affirmé en matière d'adjudication ceci : « Attendu que si en vertu des dispositions de l'article 36 du décret n°67-657 du 16 juin 1967 réservant à l'administration la faculté de ne pas donner suite à un appel d'offre si elle n'a pas obtenu des propositions qui lui paraissent acceptables, l'autorité administrative dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser de conclure un marché avec tous les soumissionnaires, elle ne peut, par contre, après adjudication, conclure avec un soumissionnaire autre que celui qui a été désigné » (CS, 8 février 1989, RCFS c/ Anne)

Donc le pouvoir discrétionnaire de l'administration en matière d'adjudication contient une dose de compétence liée.

Le tribunal d'Agadir, au Maroc, a dans un jugement, affirmé que si le supérieur immédiat dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans l'évaluation du travail du fonctionnaire, ce pouvoir n'est pas absolu et peut être considéré comme lié. (Trib. Agadir 2 juillet 2008 Boudlal). Ce jugement a été rendu suite à un recours pour excès de pouvoir, exercé par un fonctionnaire contre sa notation.

Enfin, rien n'interdit au juge de passer *d'un contrôle restreint à un contrôle normal*, démarche qui semble s'être accentuée ces derniers temps. Une des explications à ce changement d'attitude tient à ce que, dans certains domaines, de nouveaux textes sont intervenus qui lient davantage l'administration. La compétence discrétionnaire devient liée. Plusieurs exemples peuvent être donnés :

- contrôle sur les décisions des Inspecteurs du travail autorisant le licenciement des salariés protégés ; CE Ass, 5 mai 1976, « SAFER d'Auvergne » (ainsi que le contrôle sur le licenciement économique des salariés ordinaires).

Par arrêt n°236 du 04 septembre 2014, Affaire Mamadou Dabo contre la Direction Nationale du Travail, la Section administrative de la Cour suprême du Mali, après avoir apprécié la légalité de la décision du Directeur National du Travail qui a rejeté le recours hiérarchique contre la décision de l'Inspecteur du Travail qui a autorisé le licenciement de 27 délégués syndicaux de Moolman LTA, a dit ceci : « qu'en l'espèce, le Directeur National du travail, au lieu d'indiquer aux requérants la voie contentieuse à emprunter, a apprécié des faits dont la connaissance est réservée au tribunal du travail de Kayes ; qu'en conséquence, le Directeur National a commis un acte manifestement illégal par sa décision de rejet du recours hiérarchique du 18 juillet 2013 évoquée ; »

- contrôle des équivalences d'emploi dans la fonction publique, CE.29 Avril 1994, « Cougrand »,
- contrôle des décisions refusant à un candidat à un concours de la fonction publique l'autorisation de se présenter aux épreuves, CE. 18 mars 1983 « *Mulsant* ».
- contrôle des arrêtés d'expulsion des étrangers « en urgence absolue », CE. 18 mars 1955, « *Hamou* ».

Le même constat peut être fait s'agissant du droit des étrangers et de certaines opérations d'aménagement et d'urbanisme où le contrôle devient entier. Le déclin de l'erreur manifeste s'explique ici par la consécration de la théorie du bilan et, plus généralement, par la progression du *contrôle de proportionnalité*.

Au Sénégal, le juge contrôle de plus en plus les appréciations discrétionnaires de l'administration. Il emprunte au juge français ses techniques de contrôle comme par exemple l'erreur manifeste d'appréciation (voir CE, 27 octobre 1993, comité International de la croix rouge, op cit ; CS, 2 mars 2010, Ibrahim Diagne, Abdoul Amith Gueye c/ Etat du Sénégal, Bulletin des arrêts de la Cour suprême n°2-3, 2010-2011, P 221).

Au Burkina Faso, on constate le refus du juge administratif d'apprécier l'opportunité de certaines décisions administratives. Il en va ainsi en ce qui concerne certaines décisions administratives comme :

- la décision d'affectation d'un fonctionnaire⁸⁷ ;
- la décision du chef de l'Etat de recourir à une procédure exceptionnelle de mise à la retraite d'office d'Officiers⁸⁸ ;
- la qualification d'une faute disciplinaire⁸⁹ ;
- l'importance (supposée ou réelle) de la faute et la sévérité ou proportionnalité de la sanction infligée⁹⁰, ou encore, suivant une terminologie différente, la rigueur de la sanction infligée à un agent⁹¹ ; tout au plus, dans ce dernier cas, le juge se bornera-t-il à vérifier la matérialité des faits allégués comme le délit de corruption passive imputé à un agent⁹², ou celui de détournement de deniers publics imputé à un autre⁹³ ;

La position du juge Burkinabè sur ce point est constante, mais le juge peut parfaitement chercher à savoir si les raisons invoquées pour prendre une mesure à l'encontre d'un agent donné ne sont pas erronées.

⁸⁷ 22 juin 1979-Bambara Oumar, Droit et pratique du contentieux administratif au BF de l'Indépendance à nos jours, 3^e ed fev 2015

⁸⁸ 8 juillet 1983-trois arrêts identiques du même jour : Garango Tiémoko Marc, Dakouré Antoine et Ouédraogo Mahamdou Adolphe ; la décision est virtuellement traitée par le juge comme un acte de gouvernement, Droit et pratique du contentieux administratif au BF de l'Indépendance à nos jours, 3^e ed fev 2015

⁸⁹ 9 janvier 1970-Nyamwéogo Jean, Inéd. Droit et pratique du contentieux administratif au BF de l'Indépendance à nos jours, 3^e ed fev 2015

⁹⁰ 8 mars 1974-Hien Lazare, Inéd.

⁹¹ 27 juin 1998-Bassono Bakibié Robert, Inéd.

⁹² 10 janvier 1995-Gansonré Saïdou, Inéd

⁹³ 27 juin 1998-Bassono B Robert.

Au Mali, le juge connaît de l'opportunité de certaines décisions, notamment :

- du droit à l'avancement ou à l'intégration des fonctionnaires.

Dans l'affaire Amadou Kondé et autres qui demandaient à être nommés comme Elèves Commissaire de police, la Cour suprême du Mali, après appréciation de l'opportunité de leur demande d'avancement, l'a rejetée comme mal fondée, motif pris de ce que : « Amadou Kondé et autres ne remplissent pas les conditions d'obtention de diplôme ci-dessus spécifiées, pour avoir obtenu leurs diplômes de maîtrise après juillet 2008, sans autorisation de formation, ni congé de formation »⁹⁴ ;

La Cour suprême du Mali, dans un autre arrêt relatif à une intégration au grade de Maître Assistant, a apprécié l'opportunité de la décision du Ministre de l'Enseignement supérieur et de la Recherche scientifique qui a refusé d'intégrer le Dr Moussa Fané dans le grade de Maître-Assistant, en annulant ladite décision, motif pris de ce « que manifestement Dr Fané est victime d'une rupture de l'égalité des citoyens devant la même loi, d'autant plus que des camarades à lui ont été reclassés sans avoir été inscrits sur une liste d'aptitude »⁹⁵

- de la révocation de fonctionnaires civils et militaires;

Dans l'affaire Ministère de la défense et des Anciens Combattants contre l'Arrêt n°102 du 18 avril 2014 de la Section administrative de la Cour suprême du Mali et Bouh Traoré et autres, après appréciation de l'opportunité de la révocation de Bouh Traoré et autres, la Cour a rejeté le recours en rétractation de l'arrêt qui a annulé la décision de radiation des intéressés⁹⁶.

Dans une autre affaire, Seydou Doumbia contre le Ministère du travail, de la fonction publique et des relations avec les Institutions, la Cour suprême du Mali, après appréciation des motifs de la révocation de l'intéressé, a estimé qu'aucune faute ne peut lui être reprochée et a annulé la révocation.⁹⁷

⁹⁴ Arrêt n°465 du 01/09/16, Aff Amadou Kondé et autres

⁹⁵ Arrêt n°263 du 05 novembre 2015, Aff. Moussa Fané contre le MESRS

⁹⁶ Arrêt n°102 du 18 avril 2014, aff. Bouh Traoré et autres c/ Ministère de la Défense et des anciens combattants.

⁹⁷ Arrêt n°097 du 18 avril 2014, aff Seydou Doumbia c/ Ministère de la Fonction publique et des Relations avec les Institutions.

- b- Le contrôle du pouvoir discrétionnaire peut conduire le juge à dresser un bilan et à faire respecter un rapport de proportionnalité

Ce contrôle peut conduire le juge à dresser un bilan et à faire un rapport de proportionnalité. L'apparition de ce contrôle est liée à la volonté du juge d'examiner de manière plus réaliste, les conditions dans lesquelles, interviennent les déclarations d'utilité publique précédant les expropriations (voir CE, 28 mai 1971 « ville nouvelle Est », GAJA n°107, « considérant qu'une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente »).

Le juge met en balance les avantages et les inconvénients, l'utilité et les désutilités. La jurisprudence a étendu ce contrôle aux dérogations aux règles d'urbanisme, aux décisions instituant des servitudes de passage des lignes électriques ou des zones de protection autour des sites classés, aux mesures d'éloignement des étrangers etc.....

1- La théorie du bilan

Le juge limitait son contrôle de l'utilité publique de l'opération projetée à un examen « *in abstracto* » ; le projet lui-même est d'utilité publique. Il se détermine désormais à un examen global de la situation, passant en revue l'ensemble des éléments du projet et se livrant à une sorte d'audit, comme l'administration expropriante aurait dû le faire.

Le débat, devenu *in concret* sur l'utilité publique, se déroule en trois temps et *trois questions successives* :

- l'opération projetée a-t-elle un intérêt public ? (la réponse est généralement positive) ;
- l'expropriation *est-elle nécessaire* ? (ne pourrait-on l'éviter en utilisant, par exemple, un autre terrain dont la collectivité dispose) ;

- enfin, les inconvénients : atteinte à la propriété privée, coût financier, et inconvénients d'ordre social ne sont-ils pas excessifs, par rapport aux avantages escomptés ?

Dans l'arrêt CE, 20 juillet 1971, « *Ville de Sochaux* » (à propos d'un projet routier dont les principaux bénéficiaires étaient les usines Peugeot), il est admis que l'utilité publique puisse être mise au service d'intérêts privés, à condition qu'ils ne soient pas exclusifs : en l'espèce, intérêt aussi pour le développement de l'économie et de l'emploi. Et, peu après, dans une autre décision importante : CE, Ass, 20 octobre 1972, « *Soc.civ. Sainte Marie de l'Assomption* », le Conseil d'Etat élargit son contrôle à « l'atteinte à d'autres intérêts publics » que l'opération est susceptible de prendre en compte. L'atteinte à l'environnement pourra dès lors tenir sa place dans le « bilan ».

Dès les origines, les promoteurs du « bilan », parfaitement conscients des risques encourus, les dénonçaient et annonçaient que le juge ne saurait exercer ce contrôle qu'avec « tact et mesure ». Certes, le Conseil d'Etat reste réservé à l'égard des opérations d'intérêt national de grande envergure, touchant par exemple à la défense nationale, aux lignes TGV, aux centrales nucléaires et on a pu dire ironiquement que ce contentieux était réservé au « seigle et à la châtaigne ». Mais cette technique de contrôle est loin d'être tombée en désuétude. On a observé l'annulation d'un projet autoroutier coûteux et non rentabilisable : CE, Ass, 28 mars 1997, « *Autoroute Transchablaisienne* », CE, 17 mai 2010, « *Ass, Alsace Nature Environnement* » à propos d'une autoroute de contournement de Strasbourg (le Rapporteur public avait proposé l'annulation).

- Le contrôle de l'utilité publique vient de s'enrichir de nouvel instrument de mesure : le principe de précaution. L'arrêt CE.Ass, 12 avril 2013 : « *Ass. Coordination interrégionale stop THT* » précise qu'une opération qui ne respecterait pas ce principe ne pourra être déclarée d'utilité publique.

2- Le contrôle de proportionnalité

La théorie du bilan est une manifestation particulière-*innervée l'ensemble du contentieux administratif*. Ce contrôle est particulièrement fécond au sein des

juridictions européennes. Il traduit une exigence d'adéquation entre l'intérêt général et les intérêts individuels et entre un objectif, *a priori légitime*, et les moyens mis en œuvre pour l'atteindre : il ne faut pas casser une noisette (but légitime) avec un marteau-pilon (moyen trop puissant). Il est plus qualitatif que quantitatif. Le juge administratif vérifie si la restriction apportée à l'exercice d'une liberté est justifiée dans son principe par une situation particulière, mais également si la mesure contestée n'excède pas ce qui est strictement nécessaire à la préservation de l'ordre public. Les restrictions sont-elles adéquates, pertinentes, nécessaires et strictement proportionnées au but poursuivi et aux circonstances de l'espèce ?

Le juge vérifie désormais la proportionnalité entre le but poursuivie et les moyens utilisés par l'administration, et apprécie également les avantages et inconvénients d'une décision dans le cadre de son contrôle de légalité de l'acte administratif (CE, 28 mai 1971, Ville nouvelle-est).

Plusieurs articles de la convention européenne des droits de l'homme (art, 8, 9, 10,11) font allusion au principe de proportionnalité et le droit français depuis longtemps, notamment en matière de police administrative.

La mesure de police ne devant pas dépasser ce qui est nécessaire au maintien de l'ordre public, le juge recherche si elle est strictement proportionnée à la gravité de la mesure (cf, CE, 10 mai 1933, arrêt « *Benjamin* »). Le juge transforme en compétence liée, un pouvoir conçu discrétionnairement par le législatif.

Dans l'affaire Née Gahou Maurice en RCI, la Cour suprême annula la décision administrative en raison de la disproportion entre la faute commise et la sanction (CS, 15 mars 1989). Pour la Cour « un retard de quelques jours mis par le fonctionnaire pour rejoindre son poste d'affectation, ne peut être regardé comme le refus de rejoindre son poste » qui « s'il constituait une faute disciplinaire, celle-ci ne pouvait justifier le licenciement du fonctionnaire ».

Au Mali, dans l'affaire Société Banga Immobilière et Komé Immobilière contre les décisions n°2015-230 et 2015-231/MDEAF-DNDC du 21/09/2015 portant radiation des inscriptions de l'échange de titres fonciers entre l'Etat du Mali et les Sociétés Banga Immobilière et Komé Immobilière au motif que lesdits

échanges constituent de graves violations des décrets n°09-190/P-RM du 04 mai 2009 et n°2011-090/P-RM du 02 mars 2011 portant autorisation et déclarant d'utilité publique les travaux de réalisation de logements sociaux de Tabacoro, la Cour suprême du Mali a relevé que l'utilité publique visée par lesdits décrets, n'est pas contraire à l'objectif visé par les deux sociétés immobilières, à travers ce considérant : « **que les programmes de ces deux sociétés s'inscrivent dans le programme plus vaste des logements sociaux que le gouvernement veut réaliser au profit des populations** ». Par conséquent, la Cour a annulé les radiations prononcées en exécution desdits décrets⁹⁸.

Signification de la volonté du juge administratif d'exercer un contrôle efficace du pouvoir discrétionnaire, les techniques de l'erreur manifeste et du contrôle de proportionnalité l'entraînent à étendre son *examen des faits*, afin de le rendre plus *réaliste*, moins abstrait et *plus équitable*, méthode qui recueillera d'autant plus l'adhésion que le juge saura, selon une formule bien connue, « jusqu'où il ne doit pas aller trop loin ».

CONCLUSION

La légalité ne résulte pas seulement de textes écrits, mais également de règles jurisprudentielles qui, par définition, sont exprimées lors de jugement de l'affaire qui donne lieu à un arrêt de principe.

L'extension du domaine de la légalité englobe parfois des éléments d'opportunité. Il est indéniable que le juge est parfois amené à contrôler l'opportunité d'une décision, vérifiant si une mesure d'interdiction d'une réunion était bien nécessaire compte tenu des données de l'affaire et des moyens dont disposait l'administration, ou si un projet d'expropriation se justifie bien, compte tenu des inconvénients qu'il comporte ; bref il vérifie l'adéquation de la mesure aux fins poursuivies. Ce faisant, néanmoins, le juge affirme l'existence de nouvelles règles qui font de l'opportunité de certaines décisions, la condition de leur légalité : la nécessité d'une mesure de police municipale est une condition de sa régularité ;

⁹⁸ Arrêt n°271 du 03 décembre 2015, Aff Banga et Komé Immobilière c/ MDEAF-DNDC

un projet d'expropriation ne doit pas trop déséquilibrer les intérêts en présence : ce sont là des normes générales nouvelles.

Dans les pays d'Afrique francophone, on constate une faiblesse de la jurisprudence en matière de contrôle du pouvoir discrétionnaire, en dépit du nombre peu élevé de réglementation, laissant le champ libre au pouvoir discrétionnaire des administrations.

Au Mali, le contrôle est absolu sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration, la Cour suprême se reconnaissant compétente pour apprécier la légalité des mesures prises dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire. Mais on constate un nombre très peu élevé d'arrêts rendus en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique. Le contentieux de la fonction publique, constitue l'essentiel des arrêts rendus en la matière.

Le présent thème intitulé « le pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle minimum du juge administratif » est inépuisable non seulement en raison de son importance, car englobant l'essentiel du droit administratif, mais aussi, en raison du temps trop limité qui m'était imparti pour le traiter.

Tout en me soumettant à vos critiques et contributions, je vous remercie de votre aimable attention !

LE POUVOIR D'ASTREINTE DANS L'EXECUTION DES DECISIONS DE LA JUSTICE ADMINISTRATIVE

Par **M. Patrick QUINQUETON**,

Conseiller d'Etat au Conseil d'Etat de France

Le juge administratif doit se préoccuper de l'exécution des jugements, arrêts ou décisions par lesquels il juge de la légalité de décisions administratives ou par lesquels – en plein contentieux – il statue sur une demande émanant d'un administré. Si l'administration bénéficie en principe du privilège du préalable, elle est tenue d'exécuter les décisions rendues par le juge administratif. Toutefois, si une difficulté survient, il est possible au juge administratif d'aider le bénéficiaire d'un jugement qui lui est favorable d'obtenir l'exécution de ce jugement grâce à différentes procédures. Dans le cas où l'administration n'a pas été condamnée à vous verser une somme d'argent, la procédure d'aide à l'exécution et d'astreinte peut être mise en œuvre. Et si l'administration a été condamnée à verser à une personne physique ou à une personne morale une somme d'argent, la procédure de la contrainte au paiement (ou procédure de paiement forcé) peut être mise en œuvre pour obtenir le paiement de la somme d'argent que l'administration a été condamnée à lui payer.

Le juge administratif français – et notamment le Conseil d'Etat – a mis en place dès les années 1980 un dispositif volontariste d'aide à l'exécution. La Section du rapport et des études du Conseil d'Etat a créé une cellule d'aide à l'exécution, auprès de laquelle les administrés bénéficiaires d'une décision de justice favorable peuvent chercher un appui pour les aider à obtenir de l'administration qu'elle tire toutes les conséquences d'une décision de justice qui lui est défavorable. Ce soutien pouvait prendre la forme d'une aide amiable à l'exécution, par intervention auprès de l'administration en cause. Elle peut aussi prendre la forme de la transmission à la juridiction d'une demande visant à

prononcer une astreinte, aux fins de versement d'une certaine somme par jour de retard.

Il a été procédé à une déconcentration de la procédure d'aide à l'exécution des jugements et arrêts des juridictions administratives. Les présidents de tribunal administratif et de cour administrative d'appel sont compétents pour connaître de l'exécution des décisions de justice qu'ils ont rendu et dont il est fait appel devant ces juridictions.

Le Conseil d'Etat a réalisé un guide de l'exécution, qui fixe et adapte au fur et à mesure des décisions en cette matière l'activité d'exécution et qui est mis à jour régulièrement. Le document joint à la présente intervention est un extrait de ce « guide de l'exécution » qui est relatif aux demandes qui tendent à l'exécution des décisions juridictionnelles.

Les demandes tendant à l'exécution d'une décision juridictionnelle, présentées par les bénéficiaires d'une décision juridictionnelle, tendent au prononcé d'injonctions ou d'astreinte *a posteriori*, en cas d'inexécution de cette décision.

L'article L. 911-4 du code de justice administrative concerne l'inexécution de jugements rendus par des tribunaux administratifs ou d'arrêts rendus par des cours administratives d'appel. En vertu de l'article L. 911-5 du même code : « *en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre des personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision* ».

Lorsqu'il n'a pas été saisi d'une demande d'injonction *a priori*, à l'occasion d'un recours pour excès de pouvoir, le juge administratif peut également statuer *a posteriori*, sur le fondement des articles L. 911-4 et L. 911-5 du code de justice administrative, pour faire procéder à l'exécution d'une décision. L'office du juge est dans ce cas strictement limité à la fixation de mesures destinées à assurer l'exécution de la décision inexécutée et il ne peut en aucun cas remettre en cause les mesures décidées par le juge de l'excès de pouvoir. (CE, 3 mai 2004, *Magnat*, n° 250730).

Bien sûr, le juge de l'exécution doit respecter le motif d'annulation⁹⁹. Le Conseil d'Etat a pris soin de préciser que « *l'autorité de la chose jugée fait obstacle à ce que le juge, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-4 du code de justice administrative d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle, puisse rectifier les erreurs de droit ou purement matérielles dont celle-ci serait entachée. Il n'appartient pas en principe au juge saisi d'une demande tendant à l'exécution juridictionnelle [...] d'interpréter cette décision. Toutefois, si cette décision est entachée d'une obscurité ou d'une ambiguïté qui, en rendant impossible la détermination de l'étendue des obligations qui incombent aux parties du fait de cette décision, font obstacle à son exécution, il lui revient alors de l'interpréter dans la mesure nécessaire pour en définir les mesures d'exécution* »¹⁰⁰.

S'agissant de l'articulation entre les injonctions *a priori* et les injonctions *a posteriori*, le Conseil d'Etat a jugé que « *si le juge de l'exécution saisi, sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-4 du code de justice administrative, d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle comportant déjà des mesures d'exécution édictées sur le fondement de l'article L. 911-1 peut préciser la portée de ces mesures dans l'hypothèse où elles seraient entachées d'une obscurité ou d'une ambiguïté, éventuellement les compléter, notamment en fixant un délai d'exécution et en assortissant ces mesures d'une astreinte, il ne saurait en revanche les remettre en cause* »¹⁰¹.

De plus, le Conseil d'Etat a rappelé que le contenu d'une injonction *a priori* devenue définitive ne peut être utilement contesté par l'administration devant le juge de l'exécution saisi en exécution de l'article L. 911-4 du code de justice administrative. (CE, *Commune de Rodilhan*, 6 mars 2015, n° 377573).

Le Conseil d'Etat a confirmé qu'il résulte des articles L. 911-1 et L. 911-4 du code de justice administrative que lorsque la juridiction, dont l'exécution du jugement ou de l'arrêt est demandée, n'a pas précisé les mesures impliquées par sa décision, il appartient au juge de l'exécution saisi sur le fondement de l'article L. 911-4 de les déterminer au regard des circonstances de fait et de droit existant à la

⁹⁹ CE 21 février 2011 « Sté Véolia Propreté », n°s 335306 et 335480

¹⁰⁰ CE, 23 novembre 2005, *Société Eiffage TP*, n° 271329

¹⁰¹ CE, 29 juin 2011, *SCI La Lauzière*, n°s 327080, 327256, 327332

date où il se prononce. Lorsque de pareilles mesures ont été déjà déterminées dans la décision en application de l'article L. 911-1 du code de justice administrative, le juge de l'exécution peut en préciser la portée si elles s'avéreraient être obscures ou entachées d'ambiguïtés. Le cas échéant il pourra en prononcer de nouvelles en se plaçant à la date de sa décision. Toutefois, il ne pourra remettre en cause celles qui étaient précédemment prescrites ni méconnaître l'autorité s'attachant aux motifs constituant le soutien nécessaire au dispositif de la décision¹⁰².

Le Conseil d'Etat a synthétisé également, dans cette même décision, les critères devant être pris en compte pour le prononcé éventuel d'une astreinte : il appartient au juge saisi sur le fondement de l'article L. 911-4 d'apprécier l'opportunité de compléter les mesures déjà prescrites ou qu'il prescrit lui-même par la fixation d'un délai d'exécution et le prononcé d'une astreinte suivi, le cas échéant, de la liquidation de celle-ci, en tenant compte tant des circonstances de droit et de fait existant à la date de sa décision que des diligences déjà accomplies par les parties tenues de procéder à l'exécution de la chose jugée ainsi que de celles qui sont encore susceptibles de l'être.

L'astreinte, procédé issu de la procédure civile et transposé pour la première fois en contentieux administratif par la loi du 16 juillet 1980, peut être définie comme « *une condamnation pécuniaire, accessoire et éventuelle, généralement fixée à tant par jour de retard, qui s'ajoute à la condamnation principale pour le cas où celle-ci ne serait pas exécutée dans le délai prescrit par le juge, et qui tend à obtenir du débiteur, par la menace d'une augmentation progressive de sa dette d'argent, l'exécution en nature d'une obligation supposant son fait personnel* »¹⁰³. L'astreinte est un procédé de nature coercitive et non pas réparatrice. Elle ne constitue donc pas une réparation du dommage subi par les requérants du fait d'un retard à exécuter de l'administration mais un moyen de pression destiné à favoriser cette exécution. Cette procédure permet de contraindre la personne publique condamnée par une décision juridictionnelle à exécuter complètement la chose jugée dans un délai prescrit, faute de quoi celle-ci

¹⁰² CE, 23 mars 2015, Mme Veysset, n° 366813

¹⁰³ Jacques Boré, Encyclopédie Dalloz de droit civil, fascicule *Astreintes*, n° 1.

devra verser une somme d'argent dont le montant sera proportionnel au nombre de jours de retard¹⁰⁴.

Comme en droit privé, le juge administratif dispose d'une totale latitude en matière d'astreinte. Il est libre de la prononcer ou non, de la supprimer, d'en déterminer le point de départ, la durée. La liberté du juge s'étend également au taux de l'astreinte, celui-ci n'étant pas lié par le montant proposé par le requérant. Ainsi, il peut décider de prononcer une astreinte d'un montant supérieur ou inférieur selon les cas de l'espèce, ou fixer lui-même le montant si le requérant n'a pas précisé le taux de l'astreinte qu'il souhaite voir prononcée¹⁰⁵. Le plus fréquemment, l'astreinte est demandée contre une personne publique normalement partie à l'instance. C'est l'éventualité la plus courante, mais il existe un cas où l'astreinte a été prononcée contre une partie qui n'était pas présente à l'instance. Le Conseil d'État a même admis la possibilité de prononcer une astreinte contre une commune au motif que celle-ci était tenue de prendre les mesures exigées par l'annulation de la servitude instituée à son profit par l'arrêté préfectoral annulé¹⁰⁶. Des astreintes peuvent également être prononcées à l'encontre de personnes privées à condition que l'administration ne dispose pas des pouvoirs lui permettant d'atteindre le même résultat¹⁰⁷. Il en est notamment ainsi en cas d'injonctions tendant à l'évacuation du domaine public ou à la cessation de travaux.

Seule l'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative est susceptible de fonder une condamnation à astreinte¹⁰⁸. Doit ainsi être regardée comme irrecevable toute demande d'astreinte tendant à l'exécution d'une décision émanant du juge judiciaire¹⁰⁹ ou d'une mesure administrative non juridictionnelle, même si elle émane d'un magistrat, comme l'ordonnance de taxe, s'agissant des honoraires des experts¹¹⁰.

Le Conseil d'État a retenu une conception large des personnes susceptibles

¹⁰⁴ CE, Section, 17 mai 1985, *Mme Menneret*, n° 51592

¹⁰⁵ CE, 22 octobre 2008, *M. Berrahou*, n° 308529

¹⁰⁶ CE, Section, 7 janvier 1994, n° 120263, concl. H. Toutée

¹⁰⁷ CE, Section, 13 juillet 1956, *OPHLM du département de la Seine*, n° 37656, p. 343

¹⁰⁸ CE, 1^{er} février 1984, *Société de promotion et de réalisation hospitalière*, n° 49583

¹⁰⁹ CE, 23 février 1990, *Mme Martinat*, n° 109748, p. 933

¹¹⁰ CE, 10 avril 1996, *Le Nestour*, n° 161057, DA 1996, n° 233

de demander une astreinte. Sont ainsi recevables les personnes bénéficiaires d'une décision de justice, même lorsqu'elles n'ont obtenu qu'une satisfaction partielle, et leurs ayants droits ainsi que toute personne directement concernée par l'acte qui a donné lieu à l'instance¹¹¹. Un tiers à la décision à exécuter peut donc être estimé recevable à solliciter le prononcé d'une astreinte. Il peut même s'agir de plusieurs tiers. Le juge est ainsi libre de prononcer plusieurs astreintes pour l'exécution de la même décision ou bien, compte tenu des circonstances de l'espèce, d'écarter les demandes au motif qu'il a déjà prononcé d'autres astreintes. Ce fut le cas, par exemple, dans une affaire concernant l'intégration de l'indemnité de résidence due aux agents contractuels des SGAR dans leur salaire¹¹². La notion de « *personne directement concernée* » est plus restrictive que celle de personne justifiant d'un intérêt pour demander l'annulation d'un acte. Il s'agit de la personne qui peut revendiquer un « *profit immédiat et direct* » de l'exécution de la décision. Tel est notamment le cas de l'agent placé dans la même position statutaire que celui ou ceux ayant demandé l'annulation d'une décision, par exemple le refus d'un texte permettant la titularisation. Il suffit cependant que l'agent ait droit à ce que sa vocation à titularisation soit examinée, même si les textes à prendre ne devaient pas nécessairement lui donner un droit à intégration. Les demandes d'astreinte sont dispensées du ministère d'avocat en application des articles R. 921-4 et R. 931-5 du code de justice administrative.

Il est intéressant d'examiner l'étendue des pouvoirs du juge quant à la réalité de l'exécution. Le juge de l'astreinte, comme cela a déjà été souligné, n'est jamais tenu de prononcer une astreinte quand les conditions en sont réunies. Il peut donc souverainement constater qu'une exécution est en cours alors même qu'elle reste, à l'instant où il statue, incomplète.

La jurisprudence estime qu'il n'y a pas lieu au prononcé d'une astreinte lorsque la décision juridictionnelle « *est en cours et que rien au dossier ne laisse supposer qu'elle ne puisse être menée à bonne fin* »¹¹³. Le Conseil d'Etat a également rejeté une demande de prononcé d'astreinte en tenant compte d'une exécution déjà partielle et « *de circonstances manifestant la volonté de*

¹¹¹ CE, Section, 13 novembre 1987, *Tusques et Marcaillou*, n° 75473, concl. M. Roux ; confirmé par CE, Section, 27 janvier 1995, *Melot*, n° 155647, AJDA 20 février 1995 p. 157

¹¹² CE, 16 juin 1997, *Boerlen*, n° 167410

¹¹³ CE, 15 novembre 1985, *M. Proust*, n° 60393, T. p 738

l'administration d'exécuter le jugement »¹¹⁴. Il convient cependant de souligner que les décisions de rejet ou de non-lieu n'ont, dans cette hypothèse, qu'une autorité relative de la chose jugée et que rien n'interdit à un requérant de présenter une nouvelle demande s'il estime que l'exécution n'est finalement pas intervenue.

La liberté du juge s'étend également au taux de l'astreinte, celui-ci n'étant pas lié par le montant proposé par le requérant. Le taux de l'astreinte peut s'avérer très variable selon les cas, dans la mesure où il n'existe pas de barème prédéterminé. Il est généralement fixé eu égard au budget de la personne publique sur laquelle il s'agit de faire pression. Le taux peut également être minoré ou majoré au fur et à mesure de l'avancement de la procédure en fonction d'éléments nouveaux. Ainsi, le juge peut décider de prononcer une astreinte d'un montant supérieur à celui demandé par le requérant ou inférieur. Il est rappelé qu'il en va différemment pour les astreintes prononcées concomitamment à la décision de justice, en application de l'article L. 911-3 du code de justice administrative.

Lorsque le juge de la contravention de grande voirie enjoint au contrevenant de libérer sans délai le domaine public, il peut, s'il l'estime nécessaire, prononcer une astreinte en fixant lui-même dans le cadre de son pouvoir d'appréciation, le point de départ de cette astreinte sans être lié par la demande de l'administration.

La demande d'astreinte peut être rejetée lorsque les conclusions excèdent les « *conséquences nécessaires* » de la décision juridictionnelle dont il est demandé l'exécution. Dans ce cas, le requérant est invité à présenter une nouvelle demande à l'administration et, le cas échéant, à demander au juge l'annulation de la nouvelle décision administrative défavorable. En effet, le juge de l'exécution ne doit pas être conduit à trancher un litige distinct de celui déjà tranché par le juge du fond. Comme l'indique un avis contentieux¹¹⁵: « *S'il appartient à l'autorité administrative de tirer toutes les conséquences du jugement par lequel un acte réglementaire a été annulé, l'exécution de ce jugement n'implique pas que le juge, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 8-4 précité, enjoigne à l'administration de revenir sur les mesures individuelles prises en application de cet acte. Il s'ensuit notamment que le juge n'a pas à ordonner le remboursement d'une*

¹¹⁴ CE, 28 mai 1986, *Société Notre-Dame-des-Fleurs*, n° 46108, Rec. p. 151

¹¹⁵ CE, Section, 13 mars 1998, Mme Vindevogel, n° 190751, p. 78

somme perçue sur le fondement d'une délibération à caractère réglementaire annulée pour excès de pouvoir ».

Dans le contentieux des étrangers, en matière de refus de visa, la décision prise par l'administration en exécution de la décision de justice se fonde souvent, pour rejeter à nouveau la demande, sur un motif autre que celui censuré par le juge. S'agissant d'un litige distinct, il appartient au requérant d'attaquer ce nouveau refus par la voie d'un recours pour excès de pouvoir. Cette question du litige distinct est d'un maniement malaisé même s'il existe quelques règles bien affirmées. La distinction la plus opérante est celle des recours en annulation et des recours indemnitaires. Même lorsque l'administration, comme c'est le cas dans l'hypothèse de l'annulation de l'éviction illégale d'un fonctionnaire, est tenue d'indemniser, en cas de demande de sa part, le préjudice tenant à la privation des émoluments, il s'agit là d'un litige distinct ¹¹⁶. Il en va autrement lorsque le requérant a présenté devant le tribunal des conclusions indemnitaires. Dans ce cas, l'exécution du jugement appelle le versement de l'indemnité.

Le juge contrôle la « loyauté » de l'exécution. Il a ainsi été jugé que l'injonction faite à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) de faire mention sur son site Internet de l'ordonnance du juge des référés qui a suspendu l'exécution d'une décision de son directeur général n'est pas exécutée lorsque, ayant assorti la référence à cette ordonnance d'un ensemble de commentaires et fait le choix de rappeler les motifs de la décision dont l'exécution a été suspendue dans le communiqué qu'elle a mis en ligne, l'Agence s'abstient d'y faire également état des motifs de cette ordonnance ¹¹⁷.

Il existe une différence importante entre astreinte provisoire et astreinte définitive. La juridiction qui prononce l'astreinte peut choisir entre les deux formules prévues aux articles L. 911-6 et L. 911-7 du code de justice administrative.

L'astreinte provisoire est révisable, c'est-à-dire qu'à l'expiration du délai imparti à l'administration pour s'exécuter, le chiffre de la condamnation peut être modifié selon le comportement de celle-ci. La juridiction peut ainsi « *modérer ou*

¹¹⁶ CE, 22 avril 1992, *Mlle Iban*, n° 108058

¹¹⁷ CE, 5 mai 2010, *SA Menarini France*, n° 336136

*supprimer l'astreinte provisoire, même en cas d'inexécution constatée »¹¹⁸. A l'inverse, l'astreinte est définitive lorsque la somme que le juge met à la charge de l'administration en cas de dépassement du délai d'exécution imparti est automatiquement due par elle (liquidation réduite à la simple opération arithmétique consistant à multiplier le nombre de jours de dépassement par le taux de l'astreinte), sans possibilité de révision « *sauf s'il est établi que l'inexécution de la décision provient d'un cas fortuit ou de force majeure* ». Cette astreinte définitive constitue donc un moyen de pression particulièrement efficace, l'administration ne pouvant miser sur la moindre clémence du juge au moment de la liquidation, elle n'est cependant jamais utilisée.*

La condamnation d'une personne publique au paiement d'une astreinte ne deviendra effective que lorsque, après l'expiration du délai imparti pour l'exécution, une nouvelle décision juridictionnelle aura liquidé, c'est-à-dire évalué et rendu exigible, le montant de la dette. A l'inverse, le juge pourra constater qu'à la date d'effet de l'astreinte les obligations de l'administration auront été remplies et prononcer un non-lieu à liquidation. Le régime applicable est le même, que l'astreinte ait été prononcée par le juge de l'injonction ou à l'issue d'une procédure engagée après l'intervention de la décision de justice.

Cette phase dite de liquidation est donc particulièrement importante. On examinera successivement le régime général de la liquidation, la procédure suivie, le contenu de la décision de liquidation et les conséquences attachées à cette décision. Ce régime est identique devant le Conseil d'État et devant les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel. L'article L. 911-7 du code de justice administrative prévoit qu'« *en cas d'inexécution totale ou partielle ou d'exécution tardive, la juridiction procède à la liquidation de l'astreinte qu'elle avait prononcée* ». Selon l'article R. 921-7 du même code : « *Lorsque à la date d'effet de l'astreinte prononcée par le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel, cette juridiction constate, d'office ou sur la saisine de la partie intéressée, que les mesures d'exécution qu'elle avait prescrites n'ont pas été prises, elle procède à la liquidation de l'astreinte dans les conditions prévues aux articles L. 911-6 à L. 911-8* ».

¹¹⁸ Cf dernier alinéa de l'article L. 911-7 du CJA

La juridiction compétente pour juger de l'opportunité de liquider une astreinte est toujours celle qui l'a prononcée. Le raisonnement suivi se fonde sur l'idée que la liquidation se rattache à la même instance contentieuse que celle qui a été ouverte par la demande d'astreinte, dont elle constitue un simple prolongement procédural. Il n'est donc pas attribué de nouveau numéro à l'affaire ¹¹⁹. Il en va pareillement en matière de référé.

La différence entre liquidation provisoire et liquidation définitive ne doit pas être confondue avec celle de l'astreinte provisoire ou définitive. Il s'agit simplement ici de déterminer si l'administration condamnée à astreinte a ou non exécuté pleinement la décision juridictionnelle. En cas d'exécution totale au-delà des délais prescrits et sans justification, ou, à l'inverse, de constat d'inexécution en dépit de liquidations provisoires, le juge pourra procéder à la liquidation définitive de l'astreinte¹²⁰. En cas d'exécution partielle, en revanche, le juge pourra prononcer une liquidation provisoire de la somme due depuis le jour d'expiration du délai d'exécution jusqu'au jour où il statue, et laisser en conséquence courir l'astreinte jusqu'à ce que l'administration obtempère. Plusieurs liquidations provisoires peuvent ainsi se succéder jusqu'à l'exécution complète de la chose jugée¹²¹.

Le Conseil d'Etat¹²² a précisé le statut des arrêts par lesquels une juridiction prononce la liquidation provisoire d'une astreinte : « *Lorsque le juge a liquidé une astreinte provisoire, cette liquidation ne peut être remise en cause à l'occasion de sa décision procédant à la liquidation définitive de l'astreinte ou en prononçant une nouvelle* ».

Le bénéficiaire de l'astreinte n'a pas l'obligation de présenter une demande de liquidation. Celle-ci peut être prononcée d'office par le juge dès lors que la liquidation est conçue comme le prolongement procédural de la demande d'astreinte. Dans le même esprit, la renonciation du requérant au versement des

¹¹⁹ CE, Avis, 30 avril 1997, *Marchal*, n° 185322, T. p. 1022 ; CE, 24 septembre 2003 *Bandesapt*, n° 230537 ; CE, 29 octobre 2003, *Van Bentum Plasse*, n° 259440

¹²⁰ CE, 14 décembre 2012 *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer [...] et Voies navigables de France*, n° 330996

¹²¹ CE, 17 juin 2005, *Geronimi*, n° 201765 ; CE, 20 décembre 2011 et 14 juin 2012, *Ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer [...] et Voies navigables de France*, n° 330996)

¹²² CE (23 octobre 2009, n° 310379 « *M. Bodier* »)

sommes résultant de la liquidation, ne fait pas obstacle à ce que le juge prononce cette liquidation de l'astreinte¹²³.

En revanche, le requérant peut obtenir que soient mis à la charge de la partie perdante les frais irrépétibles, à l'occasion d'une liquidation d'astreinte¹²⁴.

Le stade de la liquidation constitue souvent le moment décisif auquel intervient l'exécution. Jusqu'à cette date, l'administration n'est pas directement menacée dans ses deniers. Après la liquidation, la créance est exigible. Il est donc tout à fait essentiel pour le juge qui doit se prononcer sur la liquidation provisoire ou définitive de s'assurer des conditions d'exécution.

Il convient toutefois de rappeler que le juge de l'astreinte dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur les circonstances de l'espèce. Il n'est jamais tenu de liquider l'astreinte prononcée, dès lors qu'il ne lui a pas expressément conféré un caractère définitif. Aussi peut-il supprimer l'astreinte, la minorer ou la majorer. Il doit en revanche, dans ce cas, motiver sa décisions comme l'a précisé le Conseil d'Etat en jugeant *« qu'en application des dispositions des articles L. 9, L. 911-7 et L. 911-8 du code de justice administrative, la décision par laquelle la juridiction, ayant prononcé une astreinte provisoire, statue sur sa liquidation présente un caractère juridictionnel et doit, par suite, être motivée ; qu'en particulier, il appartient à la juridiction d'énoncer les motifs qui la conduisent, soit à ne pas faire droit aux moyens dont elle est saisie en vue d'une modulation de l'astreinte, soit à procéder d'office à une telle modulation »*¹²⁵.

Le juge de l'exécution saisi, sur le fondement des dispositions de l'article L. 911-7 du code de justice administrative aux fins de liquidation d'une astreinte précédemment prononcée peut supprimer l'astreinte, même en cas d'inexécution constatée, compte tenu notamment des diligences accomplies par l'administration en vue de procéder à l'exécution de la chose jugée. Mais, il n'a pas le pouvoir de remettre en cause les mesures décidées par le dispositif de la décision juridictionnelle dont l'exécution est demandée¹²⁶. Tel est le cas en particulier

¹²³ CE, 16 février 2000, *Viscontini*, n° 147650

¹²⁴ CE, 25 novembre 1998, *Consorts Lechêne*, n° 160215

¹²⁵ CE, 6 octobre 2010, *Commune du Castelet*, n° 307683

¹²⁶ CE, 5 septembre 2011, *Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration c/ Medina Bermudez et autres*, n° 351710

lorsque le délai d'exécution n'a été dépassé que d'une brève période ou lorsque l'administration a démontré qu'elle n'a pu respecter le délai imparti. Dans tous ces cas, le juge tient compte de l'ancienneté de la décision pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été prononcée. Il arrive en effet que la demande d'astreinte ne soit présentée que plusieurs années après le prononcé de la décision d'origine. Dans cette hypothèse, le juge de la liquidation aura naturellement tendance à se montrer plus rigoureux.

Dès lors qu'une astreinte a été prononcée, seule une nouvelle décision juridictionnelle pourra clore la procédure. Il convient de distinguer plusieurs hypothèses selon le degré d'exécution de la chose jugée. Si l'exécution est intervenue dans le délai imparti par la décision d'astreinte, la procédure débouchera sur un non-lieu à liquidation. Il en ira de même dans le cas d'un dépassement minime du délai ou, si compte tenu du large pouvoir d'appréciation du juge de la liquidation, celui-ci en décide ainsi. La jurisprudence apparaît toutefois assez stricte dans l'appréciation tant des retards à exécuter¹²⁷ que du comportement de l'administration (CE, 10 avril 2009, *M. Bayrou*, n° 299549). Dans cette dernière affaire, le Conseil d'État a expressément sanctionné l'attitude dilatoire du département. Il convient de mentionner que le non-lieu à liquider est toujours prononcé en l'état. Ainsi, si des circonstances de fait ou de droit démontrent qu'en réalité la décision n'a pas été exécutée, le non-lieu prononcé à tort peut être suivi d'une liquidation effective. S'il constate que la décision n'a pas été exécutée, le juge prononcera une liquidation provisoire de l'astreinte calculée à compter de la date de notification de la décision d'astreinte et jusqu'au jour du délibéré. La liquidation provisoire constitue un élément de pression non négligeable sur l'administration. Mais elle ne clôt pas la procédure d'astreinte et la condamnation journalière continue à courir. Une nouvelle liquidation pourra intervenir ultérieurement et ce, jusqu'à exécution complète de la chose jugée. Le Conseil d'État a même considéré que le juge administratif pouvait augmenter le taux de l'astreinte, après avoir procédé à une première liquidation provisoire, compte tenu de l'opposition persistante à l'exécution d'un jugement (CE, 22 novembre 1999, *Lothar*, n° 141236). Dans une autre affaire, la section du rapport et des études a proposé, suite à deux liquidations provisoires, que le taux de

¹²⁷ CE, 17 décembre 2008, Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers et praticiens hospitaliers universitaires, Fédération nationale des syndicats de biologistes praticiens hospitaliers et hospitalo-universitaires, n° 270327

l'astreinte de 150 € par jour de retard soit augmenté afin de mettre fin à la mauvaise volonté affichée par un office public d'HLM à exécuter une décision du Conseil d'État. En l'espèce, il était financièrement plus avantageux pour l'office public de s'acquitter de l'astreinte que d'exécuter la décision de justice. Cette menace a conduit ce dernier à procéder à l'exécution complète afin d'éviter une troisième liquidation, démontrant ainsi l'utilité de réviser le taux de l'astreinte afin de contraindre une administration récalcitrante.

En cas d'exécution partielle, la liquidation provisoire constitue la procédure la plus adaptée pour obliger l'administration à compléter son exécution. Le fait que l'administration ait partiellement exécuté son obligation peut être de nature à modérer le taux de l'astreinte provisoirement liquidée¹²⁸. On peut également envisager, de supprimer (ou liquider définitivement) l'astreinte initiale et d'en prononcer aussitôt une seconde pour la partie de l'exécution manquante, ce qui permet au juge de laisser un nouveau délai à l'administration à cette fin, en l'espèce, un nouveau délai de deux mois était laissé à l'administration pour reconstituer la carrière d'un agent licencié qui avait été réintégré mais dont la carrière n'avait pas été reconstituée. A également été admise la suppression d'une astreinte, malgré le fait que la décision de justice n'avait pas été, en droit strict, exécutée, dans le cas où un requérant avait obtenu un règlement amiable du contentieux l'opposant à une collectivité publique. Le requérant avait ainsi obtenu non le rétablissement de ses droits mais une compensation du défaut d'exécution dans un cas où l'exécution s'avérait impossible.

Une particularité originale : selon l'article L. 911-8 du code de justice administrative, « *la juridiction peut décider qu'une part de l'astreinte ne sera pas versée au requérant. Cette part est affectée au budget de l'Etat* ». Cette disposition ne s'applique qu'aux astreintes prononcées par le Conseil d'Etat, les cours administratives d'appel et les tribunaux administratifs à l'encontre d'une personne morale de droit public ou d'un organisme privé chargé de la gestion d'un service public¹²⁹. Il ressort *a contrario* de ce texte qu'à défaut de précision sur le bénéficiaire de l'astreinte, son produit revient intégralement au requérant. Celui-ci

¹²⁸ CE, 21 avril 2000, *Jouanneaud*, n° 190966

¹²⁹ CE, 5 février 2014, *Voies navigables de France*, n° 364561

ne peut en être totalement privé, hormis le cas susmentionné où il déclare renoncer à la liquidation.

Lorsque le juge estime ne pas devoir gratifier le requérant de la totalité de la somme liquidée, l'article L. 911-8 du code de justice administrative prévoit, dans sa rédaction issue de la loi du 30 décembre 2000, que celle-ci sera versée au budget de l'Etat. Néanmoins, lorsque c'est l'Etat qui est condamné, la somme est attribuée en totalité ou en partie au requérant. Selon le Conseil constitutionnel¹³⁰, les dispositions de l'article L. 911-8 du CJA ne portaient pas atteinte au droit à l'obtention de l'exécution des décisions juridictionnelles. Le Conseil constitutionnel a relevé qu' « *il résulte de la jurisprudence constante du Conseil d'État que le second alinéa de l'article L. 911-8 ne s'applique pas lorsque l'État est débiteur de l'astreinte décidée par une juridiction* » et s'est fondé sur le pouvoir d'appréciation du juge pour retenir la conformité à la Constitution de cet article. Il a donc écarté le grief tiré de l'atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif protégé par l'article 16 de la Déclaration de 1789 il les a déclarées conformes à la Constitution.

Le bon usage de ces procédures est une des conditions de l'effectivité de l'intervention du juge. En effet, les décisions de la justice administrative n'ont pas qu'une portée de principe. L'effectivité des conséquences de ce qu'elle juge est une des conditions de son autorité et de son indépendance, dans l'intérêt même des administrations publiques.

¹³⁰ décision n° 2015-455 QPC du 6 mars 2015

JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

LES POUVOIRS DU JUGE ELECTORAL : ETENDUE ET LIMITES

Par **Dr. Gilles BADET**,

Enseignant-Chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi.

Depuis presque trente ans, les Etats d'Afrique noire francophone se sont lancés dans la mise en place d'Etats de droit et de démocratie pluraliste. Or, il est admis que dans pareil système, c'est l'élection qui permet d'accéder au pouvoir. Ce serait remettre en cause le choix des électeurs, donc le fondement même de la démocratie, que de laisser sans sanctions des fraudes ou irrégularités dont les conséquences pourraient être de donner un mandat électif à une personnalité non choisie par le corps électoral. En effet, il ne faut pas qu'en démocratie des irrégularités ou fraudes n'entachent d'une part, la *liberté et l'égalité des candidats ou des électeurs*, d'autre part, la *sincérité des résultats*. Il faut un juge pour veiller à tout ceci. Ce juge sera chargé ainsi du contentieux électoral. Que faut-il entendre par là ?

Le contentieux électoral peut être défini comme l'ensemble des règles et procédures applicables aux contestations et à leur règlement en matière électorale. Il porte sur « *les litiges qui naissent à l'occasion de l'élection* »¹³¹. Cette définition large permet d'intégrer dans la matière les litiges de toute sorte, ceux portant sur les listes électorales comme ceux liés aux candidatures, ceux relatifs au financement de la campagne électorale comme ceux qui touchent au contentieux de la campagne électorale, ceux liés au scrutin lui-même comme ceux qui remettent en cause les résultats.

A la suite de la France dont ils se sont inspirés, plusieurs pays africains de l'espace francophone ont organisé des procédures et organes chargées de régler ces différents contentieux¹³². Au Togo par exemple, la Constitution indique

¹³¹ J-C. MASCLET, « Rapport introductif », in J-C. MASCLET, A. ZINZINDOHOUE et Ch. DESOUCHES, *Aspects du contentieux électoral en Afrique*, Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998, p. 34.

¹³² Jean du BOIS DE GAUDUSSON, « Les élections à l'épreuve de l'Afrique », CCC, N° 13, Janvier 2003, in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-13/les-elections-a-l-epreuve-de-l-afrique.52040.html>

que «La Cour constitutionnelle juge de la régularité des consultations référendaires, des élections présidentielles, législatives et sénatoriales. Elle statue sur le contentieux de ces consultations et élections » (Art. 104 alinéa 2). Mais la présente communication ne visera que les élections nationales, c'est-à-dire qu'elle exclut à la fois les référendums et les élections locales (régionales, municipales, cantonales, etc...). *Les premiers* sont des votations, mais pas des élections, puisqu'ils n'entraînent pas de choix d'individu pour exercer un mandat ou occuper une fonction. *Les deuxièmes* sont des élections, mais ne sont pas nationales, puisqu'elles ne visent qu'à pourvoir d'élus des organes locaux. Et surtout, en ce qui concerne ces assises, leur contentieux ne relève pas du juge constitutionnel qui sera le seul dont les pouvoirs seront examinés dans la présente communication.

Pour ces raisons, notre propos portera essentiellement sur les élections présidentielles et parlementaires.

Pour les premières, et en droit comparé, c'est-à-dire, dans les Etats qui connaissent *l'élection du chef de l'Etat au suffrage universel*, soit par exemple, la France, et plusieurs Etats d'Europe centrale, le juge constitutionnel intervient dans la vérification de la régularité de son élection¹³³.

C'est cette tendance que l'on retrouve en Afrique noire francophone. L'article 114 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose ainsi : « *La Cour constitutionnelle(...) veille à la régularité de l'élection du Président de la République; examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même relever et proclame les résultats du scrutin* ». Des dispositions semblables se retrouvent, par exemple, à l'article 84 de la Constitution du Gabon¹³⁴ ou à l'article 94 de la Constitution ivoirienne¹³⁵.

¹³³ Article 58 de la Constitution française : « Le Conseil constitutionnel veille à la régularité de l'élection du Président de la République. Il examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin. » ;

Exemples en Afrique francophone : Exemples en Europe centrale : Article 149 de la Constitution de Bulgarie : « La Cour constitutionnelle (...) se prononce sur des litiges concernant la régularité de l'élection du Président et du vice-président » ; Article 146, f. de la Constitution de Roumanie (2003) : « La Cour constitutionnelle (...) veille au respect de la procédure d'élection du Président de la Roumanie et confirme les résultats du scrutin ».

¹³⁴ « La cour constitutionnelle statue obligatoirement sur (...) la régularité des élections présidentielles et parlementaires et des opérations de référendum dont elle proclame les résultats. ».

¹³⁵ « Le Conseil constitutionnel statue sur (...) les contestations relatives à l'élection du Président de la République et des députés. Le Conseil constitutionnel proclame les résultats définitifs des élections présidentielles. ».

Dans ces différents pays, les pouvoirs du juge ne sont pas les mêmes, mais comprennent au minimum *les contestations nées du scrutin lui-même*¹³⁶.

En ce qui concerne les élections *parlementaires*, et dans la « tradition constitutionnelle européenne (...) vieille de plusieurs siècles (...) l'Assemblée fraîchement élue s'érige en juge de l'élection de ses membres. »¹³⁷. Cette tradition subsiste encore aujourd'hui dans l'Europe du nord-ouest, les Etats du Benelux, le Danemark, la Suède et l'Italie. Cette technique d'autocontrôle persiste ainsi même dans des Etats ayant opté pour l'avènement d'une Cour constitutionnelle comme la Belgique, l'Italie et le Luxembourg. Mais les défauts de cette option sont connus et nombreux. « *N'y a-t-il pas quelque hypocrisie ou quelque forme d'angélisme à considérer qu'une assemblée politique, habituée à se prononcer, chaque jour, en termes politiques sur des questions politiques, puisse se transformer, en un instant et sans autre précaution, en une cour de justice ? Est-elle vraiment la plus qualifiée pour remplir cette mission délicate ? Est-elle en mesure de l'assumer dans de bonnes conditions ? (...)* »¹³⁸. C'est pourquoi plusieurs démocraties occidentales ou africaines se sont plutôt penchées vers le contentieux constitutionnel à proprement parler, c'est-à-dire de type juridictionnel en la matière d'élection des parlementaires.

Quelque soit le système retenu, le contentieux électoral vise à assurer à la fois la régularité et la sincérité des élections. Cette dualité de la fonction de juger en matière électorale servira de guide à l'analyse comparée des pouvoirs des juges constitutionnels en matière électorale dans l'espace francophone en général et dans l'espace francophone africain en particulier.

Ce choix permet ainsi d'évoquer les pouvoirs du juge constitutionnel électoral francophone africain, d'une part s'agissant de la régularité des opérations électorales, d'autre part, en ce qui concerne la sincérité du scrutin. Dans le premier cas, les pouvoirs sont partagés. Dans le deuxième cas, les pouvoirs sont souverains.

¹³⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 2^{ème} édition refondue, Paris, PUF, 2006, p. 93.

¹³⁷ F. DELPÉRÉE, « Le contentieux électoral en Europe », C.C.C., N° 13, 2003.

¹³⁸ Ibid.

I- DES POUVOIRS PARTAGES EN MATIERE DE REGULARITE DES OPERATIONS ELECTORALES

Le juge constitutionnel, juge électoral, est dans une logique de partage des pouvoirs quand est en cause la recherche de la régularité des opérations électorales. Celle-ci n'est pas organisée de façon claire pour un profane. En effet, elle est généralement l'œuvre de plusieurs juges ou autorités entre lesquelles les répartitions de pouvoirs ne sont pas toujours bien fixées. De plus, elle donne parfois l'impression d'un enchevêtrement des procédures.

A- La pluralité d'autorités ou de juges

La matière du contentieux électoral, surtout quand elle est envisagée dans une perspective comparative, est complexe, non seulement en ce qui concerne les différents types de contentieux, mais aussi, en ce qui touche au(x) juge(s) compétent(s) pour en connaître. Tantôt, comme au Bénin, « *tout le contentieux électoral relatif aux élections présidentielles ou législatives est soumis à la Cour constitutionnelle qui statue conformément aux textes en vigueur.* »¹³⁹, tantôt, les attributions sont partagées entre divers juges et autorités.

Au Togo par exemple, si le contentieux électoral relève de la compétence de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne les élections présidentielle, sénatoriale et législative, le contentieux des listes et cartes relève en revanche de la compétence du juge de droit commun.

En fait et en général, au-delà du contentieux électoral – *stricto sensu*-, et *en dehors du contentieux répressif* qui porte sur la dénonciation et la sanction, par le juge pénal, des comportements irréguliers ou frauduleux d'individus, constitutifs d'infractions pénales aux termes de la loi, on peut se demander quel juge est compétent pour connaître du *contentieux des actes préliminaires* et quelle est la nature du contrôle qu'il opère de ce chef ?

Cette question se complexifie davantage quand on réalise qu'en la matière, on pourrait évoquer *le contentieux des listes électorales et cartes d'électeurs* dans

¹³⁹ Article 106 de la loi 2010-33 du 07 janvier 2011 portant règles générales pour les élections en République du Bénin.

lequel il convient encore de distinguer entre le contentieux de l'établissement de la liste électorale et le contentieux de l'inscription (ou plus exactement du refus d'inscription) sur (ou de la radiation de) cette liste, le *contentieux des candidatures* dans lequel on pourrait encore distinguer entre le contentieux de l'éligibilité, d'une part, et celui des éléments attachés à la candidature, tels les logos de partis politiques ,d'autre part, le contentieux de l'organisation du scrutin , le contentieux de la campagne électorale, etc...

Ces différents types de contentieux sont des *contentieux de la légalité* – et non de constitutionnalité, ce qui explique qu'en règle générale, ce n'est pas au juge constitutionnel que l'on confie ces contentieux- . Il s'agit pour le juge, qui n'est donc pas , en général, le juge constitutionnel, de constater, le cas échéant, la non-conformité à la loi des actes posés et d'annuler ces actes pour qu'ils soient repris conformément à la loi. En recevant, de requérants autorisés par la loi, des recours en annulation contre de tels actes dans des délais fixés dans un temps qui précède la tenue du scrutin, et en annulant , le cas échéant, les actes considérés comme irréguliers, le juge permet que l'élection se déroule de manière régulière et n'attend pas la période du *contentieux des résultats*, c'est-à-dire, après le scrutin , pour connaître – ou laisser un autre juge connaître- de ces irrégularités avec comme conséquence possible l'annulation et la reprise du scrutin.

Quelques exemples permettent d'illustrer ce propos :

S'agissant, par exemple, du *contentieux de l'inscription sur les listes électorales, au Sénégal*, l'électeur qui a fait l'objet d'une radiation d'office, dont l'inscription est contestée par l'autorité administrative compétente ou qui est omis sur la liste électorale peut intenter un recours devant le Président du tribunal départemental¹⁴⁰. Au *Niger*, les réclamations, en inscription ou en radiation, sont soumises à la Commission administrative compétente et les recours contre les décisions de ladite Commission sont portés devant le Président du tribunal d'instance ou le président du tribunal de grande instance du lieu d'établissement de la liste¹⁴¹.

¹⁴⁰ Article L. 41 du Code électoral sénégalais.

¹⁴¹ Article 34 et 35 du Code électoral du Niger.

En ce qui concerne *le contentieux des candidatures à l'élection présidentielle*, au *Niger*, ce n'est pas le juge constitutionnel qui reçoit les candidatures, mais le ministère chargé de l'intérieur. Quarante-cinq (45) jours avant l'ouverture du scrutin, le ministre arrête la liste des candidats et la transmet à la Cour constitutionnelle qui dispose d'un délai de quarante-huit (48) heures pour se prononcer sur l'éligibilité des candidats. La liste des candidats éligibles est immédiatement publiée¹⁴². En cas de contestation, le requérant dispose d'un recours devant la Cour constitutionnelle¹⁴³. De la même manière, au *Togo*, l'article 125 du Code électoral dispose que c'est la CENI qui reçoit le dossier du candidat à l'élection présidentielle, lequel peut se pourvoir devant la Cour constitutionnelle dans les 48 heures en cas de refus d'enregistrement de sa candidature par la CENI. Ici aussi, la Cour constitutionnelle est en dernier ressort compétente pour publier la liste définitive des candidatures. Elle traite les éventuels recours et règle donc au préalable le contentieux y afférent avant de publier la liste définitive des candidatures. Mais, au *Sénégal*, la déclaration de candidature est déposée directement au greffe du Conseil constitutionnel qui s'assure de la validité des dites candidatures et examine les réclamations y relatives, lesquelles ne peuvent provenir que d'autres candidats¹⁴⁴.

Si l'organe qui reçoit les dossiers de candidatures varie selon les pays quand il s'agit de l'élection présidentielle, il semble qu'il y a une certaine ressemblance des législations en matière de *contentieux des candidatures aux élections législatives*¹⁴⁵. Ici, les tâches administratives de réception et de contrôle de régularité des candidatures sont confiées presque partout à *une autorité administrative* compétente et le juge statue en cas de contentieux. Au *Bénin*, les candidatures sont déposées auprès de la Commission Electorale Nationale Autonome (CENA) ou d'une Commission électorale départementale. En cas de refus d'enregistrement ou en cas de contestation, les recours sont reçus par la Cour constitutionnelle qui statue dans un délai de huit (8) jours¹⁴⁶. La situation est

¹⁴² Article 113 du Code électoral du Niger.

¹⁴³ Articles 47 et 107 du Code électoral du Niger.

¹⁴⁴ Articles LO. 114, LO. 116 et LO. 118 du Code électoral sénégalais.

¹⁴⁵ Pour une étude comparative de cet aspect, cf. A. M. AJAVON, « Rapport introductif », in, J-C. MASCLÉ, A. ZINZINDOHOUE et Ch. DESOUCHES, *Aspects du contentieux électoral en Afrique*, Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998, pp. 131- 137.

¹⁴⁶ Articles 29 et 33 de la loi 2010-35 du 30 décembre 2010 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale.

identique au Niger en ce qui concerne la possibilité de dépôt des candidatures, au choix, entre le niveau central et le niveau déconcentré. Mais, l'autorité administrative concernée n'est pas la même dans les deux pays. *Au Niger*, les déclarations de candidatures aux élections législatives sont déposées au chef-lieu de la circonscription administrative dont dépend la circonscription électorale concernée ou au ministère en charge de l'intérieur. Ce dernier transmet les candidatures à la Cour constitutionnelle qui dispose de 21 jours pour se prononcer sur l'éligibilité des candidats. En cas de contestation, la même Cour statue¹⁴⁷. *Au Sénégal*, la situation est identique à celle du Niger en ce qui concerne l'autorité administrative qui reçoit, examine la régularité et transmet les candidatures au Conseil constitutionnel, mais il n'y a pas de possibilité de dépôt à une autorité administrative déconcentrée. En cas de contestation d'un acte du ministère de l'intérieur, les mandataires des listes de candidats peuvent, dans les vingt-quatre (24) heures suivant la notification de la décision, se pourvoir devant le Conseil constitutionnel qui statue dans les trois (3) jours qui suivent l'enregistrement de la requête¹⁴⁸.

On pourrait continuer les exemples.

Mais l'essentiel à retenir est que plusieurs juges ou autorités se chargent de rechercher la régularité des opérations électorales. La pluralité des organes en charge de la question peut donc ainsi être relevée.

Mais au-delà de cette pluralité d'organes, on assiste aussi à un enchevêtrement des procédures.

B- L'enchevêtrement des procédures

Pour illustrer cet enchevêtrement des procédures, il sera pris exemple sur le contentieux de l'éligibilité aux élections législatives. Le propos cherchera à gagner en clarté en s'adossant à un cas jurisprudentiel précis. Mais il convient de rappeler succinctement que l'éligibilité est l'aptitude légale à faire partie d'une assemblée

¹⁴⁷ Articles 47, 107 et 119 du Code électoral du Niger.

¹⁴⁸ Articles LO. 168 et LO. 174 du code électoral sénégalais.

dont les membres sont élus. L'inéligibilité est donc l'inaptitude à faire partie d'une Assemblée dont les membres sont élus.

En la matière, les règles sont relativement similaires en Afrique noire francophone, ce qui permet de prendre un exemple précis dans n'importe lequel des Etats en question. Pour rester au Bénin, il faut rappeler que les règles d'éligibilité sont prévues aux articles 11 et 12 de la Loi N° 2010-35 du 30 décembre 2010 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale auxquels il faut ajouter les articles 8, 9 et 32 de la loi N° 2010-33 du 07 janvier 2011 portant règles générales pour les élections en République du Bénin¹⁴⁹.

L'enchevêtrement des procédures résulte ici de ce que l'inéligibilité d'un candidat à la députation peut être sanctionnée de trois manières différentes par le même juge, la Cour constitutionnelle. Elle peut en effet rendre une décision d'inéligibilité ordinaire, une décision d'annulation ou d'invalidation, et, enfin, une décision de déchéance.

1- La décision d'inéligibilité ordinaire

C'est celle qui est rendue par la Cour constitutionnelle **avant le scrutin** suite à un recours fait par un candidat, un parti ou une alliance de partis et visant le rejet de la candidature d'un adversaire politique qui se présente aux mêmes élections législatives. Le recours doit avoir été fait au moins neuf jours avant le jour du scrutin pour être sûr que la Cour constitutionnelle qui dispose d'un délai maximal de huit jours pour se prononcer rendra sa décision avant le jour du scrutin.

En 1995, il y a eu une décision de la Cour constitutionnelle béninoise qui illustre cette hypothèse (la décision EL 95-092 du 19 mai 1995). En l'espèce, un requérant avait fait observer à la Cour que le candidat A. BABA MOUSSA ,

¹⁴⁹ La loi dispose que nul ne peut être candidat s'il n'est âgé de vingt-cinq (25) ans au moins dans l'année du scrutin si, Béninois de naissance, il n'est domicilié depuis un (01) an au moins en République du Bénin et si, étranger naturalisé Béninois, il n'est domicilié au Bénin et n'y vit sans interruption depuis dix (10) ans au moins. Ensuite, à moins de démissionner de ses fonctions douze (12) mois au moins avant la date du scrutin, nul ne peut être candidat dans une circonscription électorale dont le territoire comprend ou est compris dans une circonscription administrative où il exerce une fonction de commandement (préfet, secrétaire général de préfecture ou de mairie). Enfin, sont inéligibles les personnes condamnées lorsque la condamnation comporte la déchéance de leurs droits civils et politiques. De même, sont inéligibles : 1- les personnes privées par décision judiciaire de leur droit d'éligibilité, en application des lois en vigueur ; 2- les personnes condamnées pour corruption électorale, pour les crimes et délits économiques ; 3- les personnes pourvues d'un conseil judiciaire.

Si ces textes sont adaptés à l'examen des cas jurisprudentiels en cause, il convient de mentionner qu'un Code électoral du 25 Novembre 2013 a remplacé les dits textes sans que le contenu connaisse des modifications.

ancien Président de la Banque Ouest Africaine de Développement dont le siège est à Lomé a passé service à un autre Président en Décembre 1994 et qu'à supposer qu'il a rejoint Cotonou le même jour où il a passé service, il n'aurait pas rempli la *condition de domicile* d'une durée d'un (1) an prescrite par l'article 11 de la loi N°94-015 du 27 janvier 1995. Sur cette base Monsieur Dansou LOKOSSOU, le requérant, sollicitait l'annulation de la candidature de Monsieur A. BABA MOUSSA aux élections de 1995. La Cour, après ses investigations, a donné raison au requérant et a déclaré El Hadj A. BABA MOUSSA inéligible aux élections législatives de 1995. Cette solution s'imposait puisque la décision intervenait avant le scrutin. Et en application des dispositions de l'article 35 de la loi N°94-015, *le remplacement dans ce cas fut autorisé.*

En 2011, alors que *la déchéance* d'un député par rapport à son mandat 2007-2011 était prononcée par la Cour constitutionnelle, cette déchéance a occasionné en même temps son inéligibilité pour les législatives de 2011 (**Décision EL 11-005 du 13 avril 2011**). L'article 35, alinéa 2, de la loi N° 2010-35 du 30 décembre 2010 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale est clair. En cas de décès ou d'inéligibilité constaté d'un ou de plusieurs candidats avant le jour du scrutin, *le remplacement* du ou des candidats défaillants sera *autorisé*¹⁵⁰.

2- La décision d'invalidation

Elle est prononcée pour inéligibilité, mais le fait de constater cette inéligibilité, non pas avant le scrutin, mais après celui-ci, et dans les délais prévus pour solliciter l'annulation du scrutin, transforme ce constat d'inéligibilité en décision d'annulation de l'élection, ce qui entraîne donc, invalidation de l'élection du député en cause. Il y a annulation de l'élection ou invalidation de l'élection du député dans ce cas, en droit béninois, puisque la question de l'inéligibilité du député a été soulevée lors de la période de dix jours de contestation qui suivent la proclamation des résultats de l'élection. Dans ce cas, si la Cour décide de l'invalidation de l'élection du député, la loi prévoit (article 7, alinéa 2, de la loi N° 2010-35 du 30 décembre 2010 portant règles particulières pour l'élection des

¹⁵⁰ Dans le cas du candidat Désiré VODONOU en 2011, il a été remplacé par le candidat Lazare SEHOUETO qui a pris la place de tête de liste qu'occupait Monsieur VODONOU sur la liste U.N telle qu'elle était déposée avant la décision de la Cour constitutionnelle.

membres de l'Assemblée nationale) que l'invalidation s'entend de l'annulation de l'élection d'un député ou d'une liste de députés et **ses effets s'étendent aux suppléants**. En effet, ici, conformément à l'article 67 de la loi organique sur la Cour Constitutionnelle "*la Cour Constitutionnelle statue sur la régularité de l'élection tant du titulaire que du remplaçant ...*".

Cette hypothèse s'est présentée dans la décision EL 95-099 du 24 Mai 1995. Un adversaire politique a contesté l'élection d'un député (dans le délai de dix jours suivant la proclamation des résultats) au motif qu'il ne remplissait pas *la condition de résidence d'un (01) an avant la date du scrutin* comme l'exige l'article 11 de la Loi N°94-015 du 27 janvier 1995. La Cour a constaté que "*...les diverses pièces produites par le sieur GUEDOU, Béninois de naissance, n'établissent pas qu'il a résidé effectivement sur le territoire national pendant au moins un (01) an avant la date du scrutin du 28 Mars 1995 ; Qu'en conséquent, il y a lieu de dire et juger que le sieur GUEDOU Agossou Georges ne satisfait pas à la condition exigée par l'article 11 de la loi N°94-015 du 27 janvier 1995 pour être éligible ;*" . L'entière solidarité entre l'élu et son suppléant en la matière a pour conséquence que l'invalidation pour cause d'inéligibilité de l'élection du titulaire provoque l'invalidation de l'élection du suppléant. *Le remplacement ici n'est donc pas possible*. C'est pourquoi la Cour a annulé aussi bien l'élection de monsieur GUEDOU que celle de Madame DOSSOU, sa suppléante.

3- L'hypothèse de déchéance.

Selon l'article 14 de la loi n° 94-015 du 27 janvier 1995 définissant les règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée Nationale, modifiée par les lois n° 98-036 du 15 janvier 1999 et 99-016 et remise en vigueur par la loi n° 2003-01 du 08 janvier 2003 , et reprise aussi par la loi N° 2010-35 du 30 décembre 2010 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale : « ***Sera déchu de plein droit de la qualité de membre de l'Assemblée Nationale celui dont l'inéligibilité sera relevée après la proclamation des résultats de l'élection, ou qui, pendant la durée de son mandat se trouvera placé dans l'un des cas d'inéligibilité prévus par la présente loi. La déchéance est prononcée par la Cour Constitutionnelle*** ». Ici aussi, la Haute Juridiction a décidé par le passé, dans sa décision EL 95-129 du 17 Août 1995 que : « *Les pièces fournies par le député TODAN Justin n'établissent pas sa résidence effective et*

continue sur le territoire national pendant au moins un an comme l'exige la loi ... Qu'en conséquence, Monsieur TODAN Justin ne satisfait pas à la condition exigée par la loi pour être éligible et doit être déchu de sa qualité de membre de l'Assemblée Nationale ». Et conformément à l'article 7 de la loi 94-015 du 27 Janvier 1995, l'élu ainsi déchu a été remplacé par son suppléant, Mr ATINKPAHOUN Hilaire.

La décision portant sur le député VODONOU, citée déjà dans l'hypothèse d'inéligibilité ordinaire devrait aussi être citée car il correspond à deux situations différentes de sanction d'inéligibilité. En l'espèce, la Cour constitutionnelle reproche à l'honorable Désiré VODONOU de n'avoir pas rempli, au moment où il se présentait comme candidat aux législatives en 2007, l'une des conditions prévue par la loi électorale à savoir n'avoir pas été condamné à une peine de plus de trois mois pour un certain nombre d'infractions, dont l'escroquerie. Cette condition est une condition requise pour avoir la qualité d'électeur. Or nul ne peut être candidat s'il ne remplit les conditions générales pour être électeur ainsi que les conditions spécifiques pour être candidat à l'élection à laquelle il se présente. La Cour considère que suite au jugement n° 2621D du 09 novembre 2006 rendu par un tribunal français et qui, selon la Cour, est devenue définitive, malgré ce que prétend l'intéressé, jugement comportant une peine de trois (03) ans d'emprisonnement, Monsieur Désiré VODONOU qui n'aurait jamais pu, pour les raisons évoquées ci-dessus, être électeur ou candidat en 2007, mais dont l'inéligibilité vient seulement d'être établie par elle, perd sa qualité d'électeur et ne saurait par conséquent être éligible¹⁵¹. Plus exactement, il n'aurait jamais dû être considéré comme électeur et candidat. Pour cela, la Cour considère que maintenant qu'en 2011 le constat est fait qu'il ne remplissait pas les conditions requises pour être électeur ou candidat en 2007, il doit être déchu de sa qualité de membre de l'Assemblée Nationale et radié de la liste des électeurs. Il s'agit d'une déchéance dont la cause est une inéligibilité. Une inéligibilité qui n'a pas été constatée avant l'élection ou pendant la période de contestation des élections (10 jours après les résultats) ne peut être sanctionnée en cours de mandat du député

¹⁵¹ Selon les termes de l'article 7 de la loi n° 94-015 du 27 janvier 1995 définissant les règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée Nationale, modifiée par les lois n° 98-036 du 15 janvier 1999 et 99-016 et remise en vigueur par la loi n° 2003-01 du 08 janvier 2003 et ceux de l'article 7 de la loi N° 2010-35 du 30 décembre 2010 portant règles particulières pour l'élection des membres de l'Assemblée nationale, lorsqu'une vacance isolée se produit par décès, démission, nomination à une fonction ministérielle **ou toute autre cause qu'une invalidation**, le candidat suppléant personnel est appelé par le Président de l'Assemblée nationale à exercer le mandat du candidat titulaire. Ce remplacement, quelle qu'en soit la cause est définitif.

que par la déchéance. Si donc, à titre principal, la décision rendue au sujet du député VODONOU est une déchéance de son mandat qui court depuis 2007 et qui devrait s'achever le 22 avril 2011 à minuit, on note qu'il s'agit aussi d'une décision d'inéligibilité ordinaire dans la mesure où, même si la Cour évoque la déchéance du député, c'est par rapport à son mandat finissant. Mais, ce faisant, la Cour tire les conséquences de l'inéligibilité existant en 2007, établie en 2011, et qui entraîne la déchéance du mandat finissant. En effet, les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'inéligibilité découverte joue désormais contre toute nouvelle candidature de l'intéressé.

Par ailleurs, elle ordonne aux organes compétents (Commission politique de supervision, Mission indépendante de recensement électoral national approfondi et CENA) de radier Monsieur VODONOU de la liste électorale et de lui retirer sa carte d'électeur. En décidant aussi cela, il y a encore une autre conséquence immédiate sur l'éligibilité du député par rapport aux élections qui étaient en préparation en 2011. Une deuxième cause d'inéligibilité apparaît donc : Ayant perdu sa qualité d'électeur, et sachant que nul ne peut être candidat s'il n'est pas électeur, le postulant ne pouvait plus, au regard de cette deuxième cause d'inéligibilité, être candidat aux élections de 2011. C'est en cela que la décision de la Cour constitutionnelle béninoise, qui est à titre principal une décision de déchéance, se trouve aussi être une décision d'inéligibilité ordinaire, c'est-à-dire d'inéligibilité révélée et constatée par la Cour constitutionnelle avant l'élection législative (le jour du scrutin).

On le voit bien : la recherche de la régularité des opérations électorales entraîne tout à la fois une pluralité de juges et un enchevêtrement des procédures. Qu'en est-il pour la recherche de la sincérité du scrutin?

II- DES POUVOIRS SOUVERAINS EN CE QUI CONCERNE LA SINCÉRITÉ DU SCRUTIN

En la matière, on note en Afrique noire francophone, un choix partagé de règles et principes éprouvés, mais aussi une influence décisive des facteurs externes sur la qualité du travail du juge.

A- Le choix partagé de règles et principes éprouvés

Des règles telles que l'unité organique et le principe de l'influence déterminante caractérisent partout en Afrique noire francophone ce type de contentieux

1- L'unité organique

En droit comparé, le contentieux des résultats, que ce soit pour la présidentielle ou les législatives, relève du juge constitutionnel agissant comme juge électoral¹⁵². Le *contentieux des résultats*, c'est-à-dire celui de l'annulation –ou validation, ou réformation- des résultats¹⁵³ est un contentieux de la sincérité des résultats, de leur authenticité, de leur exactitude. Le juge a à vérifier que le vainqueur est bien celui qui devrait gagner. Ce contentieux ne vise pas à sanctionner – en elles-mêmes- des irrégularités, des fraudes, encore moins des immoralités. Il peut être tenu compte de ces « *anomalies* » quand elles ont une influence sur le résultat, ce qui peut dépendre de l'écart de voix entre le candidat ou la liste arrivé en tête et les candidats ou les listes qui suivent. Le juge électoral – dans le cadre du contentieux des résultats- est donc un juge de la sincérité des résultats et non juge de la légalité. Par ce contentieux, il s'agit pour le juge électoral d'aboutir « à la confirmation ou à l'annulation de l'élection, plus rarement à sa réformation »¹⁵⁴. C'est le contentieux le plus connu et certains n'hésitent pas à considérer qu'il s'agit là du seul contentieux susceptible d'être considéré comme contentieux électoral. La décision du juge revêt ici un caractère spectaculaire. Le résultat de l'élection peut paraître suspendu à son verdict¹⁵⁵. Il a à traiter parfois des centaines de requêtes dans des délais brefs. De plus, il est possible que, soit par manque d'organisation de contentieux des actes préliminaires, soit par non découverte des irrégularités à temps, soit encore, par épuisement des délais prévus pour saisir le juge compétent contre de tels actes dans le contentieux des actes préliminaires, des requérants soient amenés à évoquer des irrégularités portant sur des actes préliminaires dans leur recours en annulation du scrutin qui

¹⁵² Articles LO. 136, L. 185 du code électoral sénégalais, Article 107 du code électoral nigérien, Article 106 de la loi 2010-33 du 07 janvier 2011 portant règles générales pour les élections en République du Bénin.

¹⁵³ Th. HOLO, « Le contentieux des résultats, Benin », in, J-C. MASCLLET, A. ZINZINDOHOUE et Ch. DESOUCHES, *Aspects du contentieux électoral en Afrique*, Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998, pp.161-171 ; D. F. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *Pouvoirs* 2009/2, N° 129, pp. 139-155.

¹⁵⁴ J-C. MASCLLET, « Rapport de synthèse », in, J-C. MASCLLET, A. ZINZINDOHOUE et Ch. DESOUCHES, *Aspects du contentieux électoral en Afrique*, Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998, p. 222.

¹⁵⁵ J-C. MASCLLET, « Rapport introductif », in, J-C. MASCLLET, A. ZINZINDOHOUE et Ch. DESOUCHES, *Aspects du contentieux électoral en Afrique*, Actes du Séminaire de Cotonou, 11-12 novembre 1998, p. 34.

aurait déjà eu lieu. Une telle situation entraîne la fusion du contentieux des actes préliminaires dans le contentieux des résultats. Il appartiendra alors au juge électoral, d'une part, de vérifier l'existence des irrégularités dénoncées, d'autre part, d'apprécier, si par leur ampleur, lesdites irrégularités sont de nature à fausser les résultats du scrutin. Si oui, la décision d'annulation de l'élection sera prononcée. Sinon, le juge relèvera les irrégularités, mais validera l'élection.

2- Le principe de l'influence déterminante

Pour opérer le contrôle des résultats, les juridictions constitutionnelles africaines francophones se voient reconnaître par les textes et/ou se reconnaissent un *très large pouvoir d'appréciation des faits allégués et des preuves ou commencements de preuves produits*. Elles recourent, dans bien des espèces, à une technique spécifique au contentieux électoral, le principe de l'influence déterminante. Il signifie qu'une irrégularité n'entraînera l'annulation de l'élection qu'à la double condition d'avoir gravement altéré la sincérité du scrutin et de se combiner avec un faible écart de voix séparant les concurrents. Comme l'observe Stéphane BOLLE, « *incontournable mais critiquée et par les requérants et par une partie de la doctrine, la technique, d'un maniement délicat, ne permet pas toujours au juge, souvent perçu comme un acteur politique, parfois attaqué au seuil du procès électoral, de rendre une décision respectable et respectée.* »¹⁵⁶.

Mais ce principe est universellement admis. Même s'il laisse l'impression de donner une marge de manœuvre trop grande au juge, même s'il frustre le requérant qui constate que des irrégularités sont établies par le juge lui-même mais n'entraînent pas d'annulation ou de sanctions particulières, c'est un principe qui s'impose, partout, mais encore plus en Afrique. Comment en effet demander au juge électoral d'ordonner la reprise de tout scrutin chaque fois que la moindre irrégularité dénoncée devant lui s'avère établie. Peut-on s'offrir la reprise sans cesse de scrutins dont par ailleurs les coûts sont très élevés ?

Le vrai débat n'est pas là. Il consiste à se demander si le juge qui est doté de ce pouvoir redoutable est véritablement indépendant ou se laisse influencer par des facteurs externes.

¹⁵⁶ Stéphane BOLLE, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », Communication au 5^{ème} congrès de l'Association des Cours constitutionnelles ayant en partage l'usage du français, Cotonou, 22-28 juin 2009, p. 13.

B- La dimension décisive des facteurs externes

Le vrai problème auquel est confronté le contentieux électoral en Afrique noire est celui de l'influence décisive des facteurs externes sur le travail du juge.

C'est déjà au moment d'adopter les règles de la compétition électorale que certains pouvoirs ou majorités parlementaires en place décident de faire des textes électoraux « *une législation de guerre électorale* »¹⁵⁷, ne donnant d'autres choix au juge électoral que de consacrer l'arbitraire et la discrimination.

La Constitution ivoirienne adoptée le 1^{er} Aout 2000 comporte un exemple de disposition électorale subjective, orientée et grossièrement discriminatoire. Dans un environnement marqué par la montée de l' « *ivoirité* », concept trouvé par les adversaires de Monsieur Alassane OUATTARA pour tenter d'écarter sa candidature de l'élection présidentielle de 2000, la Constitution rédigée cette même année, et datée du 1^{er} Aout 2000, a retenu comme conditions d'éligibilité à l'élection présidentielle que (article 35) : « ... *Le candidat à l'élection présidentielle doit être âgé de quarante ans au moins et de soixante-quinze ans au plus. Il doit être ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine. Il doit n'avoir jamais renoncé à la nationalité ivoirienne. Il ne doit s'être jamais prévalu d'une autre nationalité....* »¹⁵⁸. Tous les observateurs de la vie politique ivoirienne s'accordent pour trouver que la portion de l'article 35 portant sur le fait que le candidat doit être « *ivoirien d'origine, né de père et de mère eux-mêmes ivoiriens d'origine.* » a été introduite dans la Constitution pour empêcher Monsieur Alassane OUATTARA, soupçonné – à tort ou à raison- par ses adversaires politiques de « *nationalité douteuse* », de parents dont la nationalité ivoirienne serait tout aussi douteuse, de se présenter à l'élection présidentielle projetée . Mais comme l'intéressé s'est toujours défendu, pièces et témoignages à l'appui, de nationalité ivoirienne authentique pour lui et pour ses parents, les rédacteurs de la Constitution, sur instruction du pouvoir, ont voulu sceller le sort – l'exclusion de la compétition électorale- de l'intéressé en donnant un tour de vis supplémentaire.

¹⁵⁷ Stéphane BOLLE, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », loc.cit., p.6.

¹⁵⁸ La suite de l'article 35 est ainsi libellé : « ... *Il doit avoir résidé en Côte d'Ivoire de façon continue pendant cinq années précédant la date des élections et avoir totalisé dix ans de présence effective. L'obligation de résidence indiquée au présent article ne s'applique pas aux membres des représentations diplomatiques et consulaires, aux personnes désignées par l'Etat pour occuper un poste ou accomplir une mission à l'étranger, aux fonctionnaires internationaux et aux exilés politiques. Le candidat à la Présidence de la République doit présenter un état complet de bien-être physique et mental dûment constaté par un collège de trois médecins désignés par le Conseil constitutionnel sur une liste proposée par le Conseil de l'Ordre des Médecins. Ces trois médecins doivent prêter serment devant le Conseil constitutionnel. Il doit être de bonne moralité et d'une grande probité. Il doit déclarer son patrimoine et en justifier l'origine.* ».

Ils ajoutèrent ainsi que tout candidat à l'élection présidentielle « *doit n'avoir jamais renoncé à la nationalité ivoirienne* » et ne « *doit s'être jamais prévalu d'une autre nationalité.* », essayant ainsi de miser sur le fait – quelque peu avéré- que Monsieur Alassane OUATTARA, courant une période de sa vie civile, a bénéficié de passeport burkinabé.

Une telle tentation de « légiférer pour faire l'élection »¹⁵⁹ touche plusieurs pays. Heureusement, dans certains d'entre eux, le juge constitutionnel, veille au grain. En sa qualité de juge de la constitutionnalité des lois. Au Bénin, par exemple, l'article 44 de la Constitution relatif aux conditions requises pour se présenter à l'élection présidentielle dispose entre autres que¹⁶⁰ : « *Nul ne peut être candidat aux fonctions de Président de la République s'il : - n'est de nationalité béninoise de naissance ou acquise depuis au moins dix ans ; (...) -ne réside sur le territoire de la République du Bénin au moment des élections ; (...).* ». En se fondant sur ces dispositions, le législateur a voulu, à deux reprises, exclure des compétitions électorales, d'une part, le candidat Nicéphore SOGLO, président en exercice en 1996, d'autre part, le candidat Boni YAYI, candidat annoncé à l'élection présidentielle de 2006. Ces deux tentatives ont échoué. Quels étaient les faits ?

En 1995, l'Assemblée nationale adopte la loi N°95-015 définissant les règles particulières pour l'élection du président de la République, le 22 septembre, en première lecture, et le 11 décembre 1995, en seconde lecture. L'article 5 de ce texte prévoit que : « *Au cas où un citoyen se trouve au bénéfice de plusieurs nationalités, il est tenu, lors du dépôt de sa candidature pour la fonction de président de la République, de renoncer officiellement à toute nationalité autre que celle du Bénin et d'en fournir la preuve en versant au dossier de candidature tous documents officiels pouvant faire foi* ». Deux députés saisissent la Cour constitutionnelle et demandent l'invalidation de la loi ou de cette disposition au motif que la loi votée en ces termes ajoute une restriction et une limitation à la condition de nationalité prévue à l'article 44 de la Constitution. En réponse à cette

¹⁵⁹ Stéphane BOLLE, « Les juridictions constitutionnelles africaines et les crises électorales », loc.cit., p.5.

¹⁶⁰ La disposition complète est ainsi libellée : « *Nul ne peut être candidat aux fonctions de Président de la République s'il : - n'est de nationalité béninoise de naissance ou acquise depuis au moins dix ans ; -n'est de bonne moralité et d'une grande probité ; -ne jouit de tous ses droits civils et politiques ; -n'est âgé de 40 ans au moins et 70 ans au plus à la date de dépôt de sa candidature ; -ne réside sur le territoire de la République du Bénin au moment des élections ; -ne jouit d'un état complet de bien-être physique et mental dûment constaté par un collège de trois médecins assermentés désignés par la Cour constitutionnelle.* »

requête, la Cour a retenu qu' « en procédant comme il l'a fait, l'article 5 de la loi (...) [querellée] crée une condition supplémentaire en matière de nationalité pour l'élection du président de la République, alors que la seule condition exigée à ce titre par la Constitution en son article 44 est d'être "de nationalité béninoise de naissance ou acquise depuis au moins dix ans" ». Selon la haute juridiction, « l'expression " s'il n'est de nationalité béninoise ou acquise depuis au moins dix ans" par laquelle s'exprime le constituant révèle son souci fondamental à savoir que le candidat à l'élection présidentielle doit nécessairement être de nationalité béninoise (...) qu'il ait ou non une autre nationalité ; (...) il en découle que le législateur impose une condition supplémentaire , au demeurant restrictive, de celle prévue par la Constitution ; qu'en conséquence l'article 5 doit être déclaré inconstitutionnel. »¹⁶¹.

En 2005, les députés parmi lesquels se trouvent plusieurs futurs candidats ou soutiens à des futurs candidats, de plus en plus inquiets de la montée en puissance du Dr Boni YAYI, Président de la Banque ouest africaine de développement (B.O.A.D.) dont le siège est à Lomé, capitale du Togo voisin, dans les cœurs des populations, votent une nouvelle loi électorale qui écarte de fait le probable candidat. Le texte prévoit que : « *Nul ne peut être candidat à l'élection présidentielle s'il : - (...) - ne réside sur le territoire de la République du Bénin au moment des élections. Le moment des élections durant lequel le candidat doit résider sur le territoire de la République du Bénin correspond à la période allant de l'installation de la Commission électorale nationale autonome (CENA) à la proclamation des résultats définitifs du scrutin » ; Il faut relever que la loi prévoyait pour cette élection présidentielle l'installation de la CENA, organe non permanent, aurait lieu six mois avant les élections. Or Mr Boni YAYI, au moment de l'adoption de cette loi, et même jusqu'à trois mois avant le scrutin, avait sa résidence à Lomé au Togo. Saisie par plusieurs requérants proches du futur candidat, la Cour répondra, par décision DCC 05 69 des 25 et 26 Juillet 2005, ce qui suit : « *Considérant que selon les requérants, le dernier alinéa de l'article 5 de la loi sous examen est contraire à l'article 44 de la Constitution en ce que, en décidant de préciser la notion de "moment des élections", le législateur crée par cette disposition des conditions nouvelles par rapport à celles prévues par l'article 44 de la Constitution ; (...)* ; *Considérant que la seule condition exigée par la Constitution**

¹⁶¹ DCC 96-002 du 5 janvier 1996, Recueil 1996, p. 17.

en son article 44 5è tiret est "de résider sur le territoire de la République du Bénin au moment des élections" ; qu'en procédant comme il l'a fait, le législateur crée une condition supplémentaire relative à la durée de résidence ; qu'en conséquence, le dernier alinéa de l'article 5 de la Loi 2005-26 sous examen doit être déclaré contraire à la Constitution ;». Le législateur, frustré par cette position de la Haute juridiction, n'a pas cru devoir corriger le texte voté, préférant laisser l'ancien texte électoral régir la présidentielle de 2006.

Ainsi, par l'action de la Cour constitutionnelle béninoise intervenant *a priori*, deux tentatives d'exclusion de candidats sérieux, dont le premier était en exercice, et le deuxième, le sera, ont échoué, permettant ainsi de ne pas déplorer au Bénin des cas flagrants d'instrumentalisation de la Constitution, de la loi ou de la justice, pour exclure des adversaires politiques de la possibilité d'accession à la gestion des affaires publiques de leur pays.

A comparer avec le cas ivoirien, on observe que dans ce dernier pays, avant même de parler de contentieux électoral, le ver était déjà dans le fruit puisque c'est dans la Constitution elle-même que de manière subjective, tendancieuse et discriminatoire, des dispositions étaient déjà prises pour empêcher la candidature d'un adversaire politique. Le juge électoral saisi, dans pareilles conditions ne pouvait que mettre en œuvre la norme constitutionnelle discriminatoire.

Mais il arrive que, compte tenu des pressions politiques, notamment du pouvoir exécutif, la vulnérabilité et l'impuissance du juge électoral ne se donnent à voir de manière patente, voire pathétique. Par exemple, en Centrafrique, en 2004, la Cour constitutionnelle de transition avait exclu de la course à l'élection présidentielle neuf des treize rivaux du Président de la République pour des motifs aussi divers que : certificat médical insuffisamment « *explicite* », pièces d'états civils à validité douteuse, titre non valide de propriété bâtie portant sur un bien indivis¹⁶². Pourtant il n'a pas fallu plus qu'un discours à la Télévision nationale au président BOZIZE pour, le 22 janvier 2005, repêcher, lui-même, trois de ses

¹⁶² Cour constitutionnelle de transition de Centrafrique, Décision du 30 décembre 2004, Le Citoyen, n°2069-31, décembre 2004. La Cour s'est appuyée sur le Code électoral, lequel développe l'article 24, alinéas 3 et 4, de la Constitution du 27 décembre 2004 : « *Ne peuvent être candidats à l'élection présidentielle que les hommes et les femmes, centrafricains d'origine, âgés de 35 ans au moins, ayant une propriété bâtie sur le territoire national et n'ayant pas fait l'objet de condamnation à une peine afflictive ou infamante. - Ils doivent jouir de leurs droits civiques, être de bonne moralité et capables d'assurer avec lucidité et efficacité les fonctions de leur charge* ».

adversaires initialement écartés par le juge électoral, lequel n'a rien trouvé à redire¹⁶³.

Enfin, on peut signaler les limites internationales qui peuvent s'élever contre les pouvoirs du juge constitutionnel en cas de crise et de mise en place de mécanismes de certification onusienne. Dans ce cas très rare, c'est la souveraineté même de l'Etat, plus que celui du juge constitutionnel qui est ébranlé.

En Conclusion

Le contentieux électoral est une matière complexe dans laquelle on assiste à une pluralité de juges et à un enchevêtrement des procédures, mais qui donne aussi à voir une certaine fragilité.

On pourrait ainsi retenir que c'est dans l'élaboration des textes que se trouvent déjà d'éventuelles bombes à retardement en matière de contentieux électoraux et de pouvoirs des juges constitutionnels. Pour éviter qu'elles ne finissent par exploser, il est souhaitable qu'un Etat dispose d'une Constitution rédigée de manière générale et objective, contenant les dispositions assimilables, quant à leur portée, aux normes internationales standards en matière de droit de participation aux élections dans une société démocratique¹⁶⁴, et qui ne cristallise pas, dans le texte le plus important de la République, les arrières pensées ou les ruses des maîtres du pouvoir, notamment leur désir d'exclure des adversaires politiques ou de fausser les résultats des élections.

Il faut aussi compter sur une Cour constitutionnelle, indépendante et impartiale, dotée de pouvoirs d'agir contre des lois – notamment électorales – contraires à la Constitution, voire dans certains cas, dotée de pouvoirs de régulation du fonctionnement d'institutions telles que le Parlement, le Gouvernement et l'administration électorale.

¹⁶³ Stéphane BOLLE, *loc.cit.*, p. 9.

¹⁶⁴ On pourrait ainsi se référer, par exemple, aux principes énoncés dans, Guy S. GOODWIN-GILL, *Elections libres et régulières*, nouvelle édition augmentée, Genève, Union interparlementaire, 2006, ou à ceux, semblables, contenus dans la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, adoptée par la huitième session ordinaire de la conférence de l'Union Africaine tenue le 30 janvier 2007 ou dans le Protocole de la CEDEAO A/SP1/12/01 du 21 décembre 2001 sur la démocratie et la bonne gouvernance additionnel au Protocole relatif au mécanisme de prévention, de gestion, de règlement des conflits, de maintien de la paix et de la sécurité.

Malheureusement, de telles possibilités ne sont pas toujours disponibles, ou lorsqu'elles le sont, elles ne sont pas toujours exploitées par les juges constitutionnels, d'où une certaine impuissance ou complaisance de leur part.

Pour tout dire, c'est entre les mains du juge constitutionnel, juge électoral que se trouvent les clés de la sincérité des élections, et donc de la paix.

LA PUBLICITE DE LA PROCEDURE DEVANT LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Par **M. NAHM-TCHOUGLI Mipamb Guy**,
Enseignant à la Faculté de Droit de l'Université de Lomé,
Juge à la Cour constitutionnelle du Togo

La question de la publicité de la procédure devant le juge constitutionnel pose le problème de la nature particulière de la juridiction constitutionnelle.

En France, la première question qui devait être réglée, le premier grand débat doctrinal touchant au Conseil constitutionnel concerna en effet, durant les années 1970, la question de savoir si le Conseil était ou non une juridiction.

La Constitution de 1958 l'instituait certainement comme l'un des pouvoirs publics constitutionnels de la nouvelle République. Mais nul mot de ce texte n'indiquait qu'à cet organe était attaché la qualité de juridiction. Il n'est nulle part qualifié de juridiction, ses membres ne sont pas dits «juges» mais «membres» seulement, sa fonction n'est pas précisée en tant que fonction juridictionnelle. Rien dans le texte ne va dans ce sens. Rien non plus ne va dans le sens contraire. Le débat doctrinal était donc très spéculatif par nécessité.¹⁶⁵

Mais le Conseil constitutionnel avait, quant à lui, besoin d'affirmer sa légitimité dans le système et la qualité de juridiction pouvait l'y aider: indépendance, impartialité, simple application du droit... Ce besoin rencontra celui d'une doctrine. Ces deux besoins se renforcèrent mutuellement et firent du Conseil constitutionnel une juridiction éminente. Une juridiction d'autant plus éminente qu'elle devait passer dans le schéma théorique ultime de légitimation, dans le

¹⁶⁵La doctrine se partageait. Le Conseil constitutionnel avait donné, très tôt, une indication, non absolument explicite mais un peu nette tout de même, en précisant comment il fallait analyser l'autorité de ses décisions (que l'art. 62 de la Constitution laissait dans la plus grande incertitude) d'une manière qui rappelait assez l'autorité de chose jugée. L'expression n'interviendra expressément dans la jurisprudence du Conseil qu'en 1988. C'est ainsi d'abord par auto-interprétation qu'il se fit «juridiction», prenant un peu le sens inverse de celui qu'avait emprunté la Cour allemande dans son célèbre *Status-Denkschrift*: la Loi fondamentale désigne expressément la Cour comme un organe de la *Rechtsprechung*, comme un organe juridictionnel, mais la Cour devait, au-delà, s'auto interpréter comme un «*Verfassungsorgan*», comme l'un des «*pouvoirs publics constitutionnels*» pourrait-on traduire en français; il s'agissait d'affirmer son identité de rang avec les autres organes constitutionnels dont elle avait à trancher les litiges, sa légitimité à décider souverainement sur des cas politiques de nature constitutionnelle et de donner à ses pouvoirs une base juridique d'où la Cour pouvait affirmer une «*maîtrise*» spécifique sur leur exercice, se qualifiant par exemple, sur cette base «*maîtresse de sa procédure*». Le Conseil constitutionnel devait faire en quelque sorte le chemin inverse.

«modèle kelsénien de la justice constitutionnelle», expression qui fut donnée pour équivalent de «modèle européen de justice constitutionnelle».¹⁶⁶

Ainsi, le «Conseil constitutionnel» se trouve ainsi définie : «Une juridiction créée pour connaître spécialement et exclusivement du contentieux constitutionnel, située hors de l'appareil juridictionnel ordinaire et indépendante de celui-ci comme des pouvoirs publics.»¹⁶⁷

Une telle définition ouvre sur plusieurs questions :

Un « procès » ? ! Devant la juridiction constitutionnelle ? ! Un « procès constitutionnel » ? Pourquoi pas, la juridiction constitutionnelle « Tribunal constitutionnel » ? ! La juridiction constitutionnelle « Conseil » ? Ou la juridiction constitutionnelle « Cour suprême » ? Ou encore la juridiction constitutionnelle « Cour » ! Même avec des guillemets, même avec des points d'interrogation, associer les mots « procès » et « constitutionnel » est, au mieux, vouloir provoquer, au pis, manquer de savoir juridique. Ou inversement. Car il est entendu que la juridiction constitutionnelle n'est pas une vraie juridiction, qu'il n'y a pas de litige ni davantage de parties devant elle, qu'elle statue sans code de procédure et que la Constitution n'a pas accordé à ses décisions la formule consacrée de l'autorité de la chose jugée, se contentant de disposer qu'elles « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Qu'est-ce que ce «contentieux constitutionnel» qui doit être spécialement et exclusivement de la compétence de la Cour constitutionnelle ? Une telle «définition» laisse de côté en outre l'ensemble des aspects touchant à la composition, l'organisation et la procédure et qui pourtant jouaient, dans le tableau kelsénien de la juridiction constitutionnelle un rôle vraiment important.

Cette juridiction doit-elle fonctionner comme les juridictions ordinaires ?

¹⁶⁶Le discours kelsénien sur la Cour constitutionnelle n'est pas et ne peut pas être un discours de la science du droit, car il est prescriptif et non descriptif ; il dit non pas que l'existence d'une Cour constitutionnelle se déduit d'un système juridique – ce qui serait évidemment absurde – mais que si l'on veut, dans un certain type (européen continental), assurer la hiérarchie des normes – qui est une notion plus complexe et dynamique que ce que la vulgate constitutionnaliste y entend – il serait bon d'introduire un organe spécifique et que, pour des motifs de politique juridique, étayés théoriquement par les apports de la théorie pure du droit, cet organe devrait prendre telle ou telle caractéristique. Si l'on peut parler de «modèle», ce n'est peut-être pas au sens où la doctrine française semble l'avoir généralement entendu : ce n'est pas un modèle pour la science du droit, mais un modèle pour la politique. Juridiquement, l'on ne peut rien déduire de ce modèle.

¹⁶⁷L. FAVOREU, *Les cours constitutionnelles*, Paris, PUF, 3^{ème} éd., 1996, p. 3.

La procédure devant elle doit-elle être publique ?

Le Conseil constitutionnel français, saisi d'un recours contre la loi qui prévoit la possibilité d'une reconnaissance préalable de culpabilité de la part de la personne prévenue a exigé que l'audience au cours de laquelle elle aura lieu soit publique.¹⁶⁸

Le principe de publicité de la procédure exige que les débats judiciaires et le prononcé des décisions aient lieu publiquement. Héritage révolutionnaire, il a été introduit en France par les lois des 16 et 24 août 1790. Il fait aujourd'hui partie des **principes** fondamentaux du « procès équitable » garantis par les conventions internationales.

A l'origine intrinsèquement lié au procès pénal, le principe du « procès équitable » s'applique aujourd'hui à la procédure civile avec certains assouplissements, et constitue un pilier incontournable de la justice d'un Etat de droit, dont la mise en œuvre suscite cependant de nombreux débats.

Le principe du « procès équitable » résulte d'un grand nombre de textes et notamment de l'article 10 de la DDDH qui prévoit que les justiciables ont droit à un procès public. Ce droit est également inscrit à l'article 6-1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) qui dispose que toute personne qui fait l'objet d'une contestation de ses droits ou d'une accusation en matière pénale a le droit à ce que sa cause soit entendue publiquement par une juridiction et que le jugement soit rendu publiquement.¹⁶⁹ De même, le droit à un procès équitable est repris par la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples en son article 7, paragraphe 1, *litera d*. En effet, cette disposition qui se particularise par sa

¹⁶⁸Décision du Conseil constitutionnel du 2 mars 2004.

¹⁶⁹La CEDH a dégagé plusieurs règles permettant de bien comprendre ce qu'il faut entendre par exigence de publicité de rendu de la justice. Elle n'est exigée que dans les procès où le juge va statuer en pleine juridiction (*en fait et en droit*).

Cette exigence de publicité est reconnue dans les trois droits procéduraux:

En matière de procédure civile : Les textes prévoient des exigences de publicité aux articles 22 et 433 du Code de Procédure Pénale. Elle se déroule en présence du public qu'il s'agisse des débats ou du rendu de la décision.

En matière de procédure pénale : La publicité du procès est prévue à l'article 306 du Code de Procédure Pénale s'agissant de la cour d'assise, à l'article 400 du Code de Procédure Pénale pour le tribunal correctionnel et à l'article 535 pour le tribunal de police et le juge de proximité.

En matière de procédure administrative : La jurisprudence du conseil d'Etat chargée de statuer sur des recours exercés contre des décrets règlementant la procédure civile a proclamé que la publicité était une exigence fondamentale dans la procédure.

brièveté, prévoit spécialement que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue. Ce droit comprend : [...] Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable par une juridiction impartiale. 2. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui ne constituait pas, au moment où elle a eu lieu, une infraction légalement punissable. Aucune peine ne peut être infligée si elle n'a pas été prévue au moment où l'infraction a été commise. La peine est personnelle et ne peut frapper que le délinquant* ». ¹⁷⁰

D'informel ou peu formalisé sous le contrôle *a priori*, le procès constitutionnel est devenu constitué et formalisé avec le contrôle *a posteriori*.

Sans prendre parti en faveur des définitions formelles ou matérielles du procès, les éléments reconnus par l'une et l'autre école sont suffisamment réunis pour qu'il soit juridiquement légitime de parler, aujourd'hui, de procès constitutionnel :

- d'abord, parce que la décision du Conseil est rendue à l'occasion d'une contestation de la loi ;
- ensuite, parce que la décision est prise en suivant une procédure qui garantit les intérêts des parties ;
- enfin, parce que la décision du Conseil met fin au litige avec l'autorité de la chose jugée.

A cet égard et par rapport à la conception judiciaire de la publicité, il convient de savoir si le procès constitutionnel peut s'accommoder de ce principe fondamental de la justice ?

La publicité est un principe fondamental du fonctionnement de la justice. Il se justifie par le fait que la justice étant rendue « au nom du peuple », les citoyens doivent pouvoir en contrôler l'exercice quotidien.

¹⁷⁰Voir aussi Art. 2 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques (PIDCP) de 1966. Cf. en droit conventionnel comparé, art. 13 de la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme (CEDH) de 1950 et son Protocole n° 11 de 1998.

Il existe un principe général de publicité des débats judiciaires et du prononcé des jugements. Cependant, la mise en œuvre de cette règle fondamentale permet d'en aménager la portée :

- la publicité des débats peut être aménagée en fonction de considérations tenant à l'intérêt général (ordre public, sécurité nationale, sérénité de la justice) ou à l'intérêt des parties (protection des mineurs, protection de la vie privée). Sauf les cas où la loi le prévoit (comme devant les juridictions pour mineurs), il revient au président de statuer sur l'éventualité d'un huis clos ;
- la publicité du prononcé de la décision ne souffre, par contre, aucune exception, qu'il soit fait par lecture à l'audience ou par dépôt au greffe. Dans tous les cas, les tiers peuvent se faire délivrer gratuitement une copie de la décision.

Le principe de publicité de la justice pose enfin la question de sa médiatisation, et notamment celle de la diffusion audiovisuelle des débats judiciaires. Si les journalistes possèdent un libre accès aux salles d'audience, l'enregistrement des débats est interdite (sauf procès historique ou autorisation spéciale). La pression des médias audiovisuels est aujourd'hui forte pour obtenir, au nom de la transparence, le droit de diffuser les procès. Mais quelles en seraient les conséquences sur la qualité du service public de la justice ?

En ce qui concerne le procès constitutionnel, plus spécialement, la publicité doit subir sans aucun doute des aménagements particuliers du fait de sa spécificité mais doit aussi s'inscrire dans les exigences du procès équitable et du tribunal neutre et impartial.

Les règles du procès équitable sont déclinées comme suit :

- *La règle du contradictoire* qui est assurée par la possibilité pour les parties de présenter leurs observations.¹⁷¹

¹⁷¹ **Les règles du procès équitable** sont déclinées aux articles 1^{er}, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 et 12 règlement de procédure de la QPC. Lorsqu'une QPC est transmise au Conseil, l'affaire est inscrite au greffe et le secrétaire général fixe un délai à la partie requérante, au gouvernement et aux autorités intervenantes pour produire leurs observations et les pièces au soutien de leurs prétentions, assure la circulation de ces documents entre les parties, y compris les observations en réponse. Pour des raisons de célérité – le Conseil doit statuer dans un délai de trois mois –, ces échanges sont notifiés par voie électronique. Le Conseil peut ordonner des mesures

- *La règle de la publicité des débats* assurée par l'ouverture de la salle d'audience au public ou l'aménagement d'une salle réservée au public.
- *La règle de l'oralité* est assurée par la plaidoirie des avocats de la partie requérante et l'intervention d'un représentant du gouvernement.
- *La règle du secret du délibéré* selon laquelle, seuls les membres présents à l'audience publique peuvent participer au délibéré ; la décision indique le nom des parties et de leurs représentants, celui du rapporteur et des membres présents.

Si tels sont les éléments essentiels du procès équitable, la place de la publicité est importante et requiert des modalités particulières. En effet, la justice constitutionnelle comporte essentiellement deux volets :

- le contrôle de la constitutionnalité de la loi dans la perspective de la protection des droits des citoyens et,
- le contentieux électoral.

Ces deux grandes matrices du contentieux constitutionnel sont-elles susceptibles de publicité ?

Nous verrons d'une part la publicité du procès constitutionnel sous contrôle de constitutionnalité (I) et d'autre part, la publicité sous l'angle du contentieux électoral (II).

I- LA PUBLICITE DU PROCES CONSTITUTIONNEL SOUS L'ANGLE DU CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

Le contrôle de constitutionnalité est un contrôle juridictionnel pour s'assurer que les normes de droit interne (loi, règlement), mais également externe (traité)

d'instruction, soulever un moyen d'office et demander l'audition de personnalités qualifiées ; dans ces hypothèses, le règlement de procédure oblige le Conseil à en informer toutes les parties et autorités intervenantes et à leur donner la possibilité d'y répondre.

respectent la Constitution, qui est placée au sommet de la hiérarchie des normes. On distingue différents types de contrôle :

- par "voie d'action": Modèle offensif voulu par le juriste autrichien Hans Kelsen et portant l'idée d'une centralisation associée à un organe ad-hoc, le contrôle par voie d'action consiste en procès fait à la loi *a priori*, c'est-à-dire entre le moment où elle est votée au Parlement et celui où elle est promulguée (soit avant qu'elle n'entre dans l'ordre juridique). Bien qu'abstrait, ce modèle est efficace en ce que la loi proclamée inconstitutionnelle ne sera pas promulguée.¹⁷²
- par "voie d'exception": Système américain consistant à se défendre contre une loi que l'on pense inconstitutionnelle dans un procès. Ce modèle défensif est plus démocratique et concret, et implique que l'on fasse une exception d'application de la loi : elle ne sera pas appliquée dans le cadre du cas d'espèce mais reste valide et partie intégrante de l'ordre normatif bien qu'il s'agisse en fait d'un appel pour que le Conseil la retire.¹⁷³

Ces deux aspects n'obéissent pas aux mêmes exigences. Mais, vu sous l'angle de la procédure, on note une absence de publicité des saisines et une forte publicité des décisions (A) et une absence totale de publicité des débats. (B)

A- Une procédure très peu publique

Le procès constitutionnel est une véritable procédure qui comporte différentes phases : l'instruction qui fait partie de l'instance, analyse du recours, délibérations et prononcé d'une décision. Toutes ces phases de la procédure sont rarement publiques. Le plus souvent, seule la décision est publique. Il apparaît que

¹⁷²La France a fait le choix de ce dernier entre 1958 et 2010 malgré une hostilité initiale due à l'histoire. En effet, au moment de la Révolution, Emmanuel Sieyès avait pensé à la mise en place d'un "jury constitutionnaire" pour protéger la Constitution de l'époque mais cela n'avait pas été concluant, pas plus que ne fut efficace l'idée de confier sa protection à la vigilance des pères de familles. Sieyès avait donc vendu sa première idée à Napoléon qui l'avait retenue sous forme d'un Sénat impérial repris dans la Constitution de l'an VIII. Les problèmes sont survenus lorsque celui-ci a entrepris de le détourner pour affaiblir le Parlement : dès lors, lorsque Napoléon et ce contrôle par voie d'action vont disparaître, plus personne si ce n'est Napoléon III n'osera y revenir. Ainsi, si un tel contrôle avait dû être remis en place plus tôt, il y aurait eu un rejet politique

¹⁷³Pour qu'il soit mis en œuvre, ce mécanisme nécessite la présence de juges du fonds dont est très bien dotée la France en raison du double degré de juridiction. Pourtant, ce modèle a été également rejeté car sous la Restauration et jusqu'au second Empire il n'y avait pas de contrôle de constitutionnalité mais les juges en disposaient de la possibilité depuis 1814 de contrôler les ordonnances royales. S'ils avaient voulu ils auraient eu pour cela un fondement textuel puisque les droits de l'homme étaient alors rédigés pour apparaître aux yeux de tous et donc pour que les réclamations des citoyens soient fondées sur des principes stables/incontestables : pourtant, ils ont eu peur de s'ériger en contre-pouvoir du fait de l'histoire de la magistrature.

dans la procédure de saisine et d'instruction, la publicité est absente alors que la décision est toujours publiée.

1- L'absence de publicité de la saisine

La saisine de la juridiction constitutionnelle passe par le greffe. Le Greffe est dirigé par un greffier en chef, assisté souvent d'un greffier suppléant. Le Greffe reçoit et enregistre les requêtes et toutes les pièces relatives à l'exercice des compétences de la Cour.

En outre, le Greffe tient les registres des ordonnances, décisions de la Cour, avis, de prestation de serment, déclarations et vérifications des biens, le plunitif des audiences.

Le Service du greffe est chargé d'enregistrer les requêtes ou les saisines. Il est ensuite chargé de constituer les dossiers, d'en assurer la reproduction, la notification aux parties, la diffusion aux membres et enfin recueille les observations des parties.

Il convient de souligner qu'au Bénin, le secrétariat général de la Cour apparaît comme la cheville ouvrière de la juridiction. Y entrent toutes les requêtes et en sortent les délibérations de la Cour.¹⁷⁴ Aux termes des dispositions du décret n°96-34 du 5 février 1996, «le Secrétariat général de la Cour constitutionnelle fait office de Greffe de la Cour constitutionnelle».

Ces différents actes du greffe sont-ils publics ?

Dans la majorité des Etats d'Afrique noire francophone, ces différents actes ne sont pas rendus publics. La procédure constitutionnelle dans la plupart de ces pays est de type inquisitorial et non accusatoire, affranchit le citoyen de l'accomplissement de formalités notamment en termes de frais de justice. A cet effet, l'art.26 du Règlement intérieur de la Cour constitutionnelle du Bénin précise que : « *La procédure devant la Cour constitutionnelle est écrite, gratuite, secrète. Elle est contradictoire selon la nature de la requête* ». Il en résulte quatre

¹⁷⁴Décret n°94-012 du 26 janvier 1994 portant attributions, organisation et fonctionnement du Secrétariat général de la Cour constitutionnelle, modifié par le décret 97-294 du 9 juin 1997organise le Secrétariat général, fixe son fonctionnement et détaille ses attributions. Le Secrétariat général est dirigé par un Secrétaire général nommé par un décret pris en Conseil des ministres sur proposition du président de la Cour constitutionnelle. Avant d'entrer en fonction, le Secrétaire général prête serment devant les membres de la Cour.

caractères suivants de cette procédure : l'écrit, la gratuité, le secret ou la confidentialité et le contradictoire.

2- L'absence de publicité de l'instruction

La phase de l'instruction dans le procès constitutionnel n'est pas aussi une phase soumise à publicité. Le but de *l'instruction* est de permettre à la juridiction constitutionnelle de mettre les affaires dont elle est saisie en l'état d'être jugées. Elle est conduite dans le secret même si elle se déroule dans le respect du principe du contradictoire. Les parties ou leurs représentants, de même que les autorités politiques ont l'occasion de développer leurs argumentations par rapport à l'objet de la requête. Ainsi, le Conseiller désigné Rapporteur dans une affaire peut diligenter des enquêtes, procéder à des auditions. En dehors des parties, le Conseiller-Rapporteur peut auditionner toute personne et solliciter des avis par écrit le tout dans le but de produire un bon rapport.

3- La publicité des décisions de la juridiction constitutionnelle

Les décisions des juridictions constitutionnelles sont définitivement rendues à l'issue des débats. Prises à la majorité simple des participants, dans la plupart des cas, l'abstention n'étant pas admise lors d'un vote, elles sont portées à la connaissance du public une fois que la Cour a fini de délibérer.

La forte publicité des décisions réside dans la nature de leurs destinataires et de leurs effets. En effet, dans tous les cas, les décisions des juridictions constitutionnelles sont insusceptibles de recours et s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles et aux citoyens.¹⁷⁵

B- Une procédure susceptible de publicité

¹⁷⁵ V. Art. 62 al. 2 de la Constitution française du 04 octobre 1958, révisée le 23 juillet 2008 et l'art. 23-11 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel français.

V. Art. 124 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et l'art. 33 al. 2 de la loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour Constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001.

V. Art. 106 de la Constitution du Togo du 14 octobre 1992 et l'art. 25 de la loi organique n° 2004-04 du 01 mars 2004 sur la Cour Constitutionnelle.

Le caractère secret des délibérations du juge constitutionnel est renforcé par l'obligation qui est faite aux conseillers, membres des juridictions constitutionnelles, de garder le secret des délibérations selon la formule du serment qu'ils prêtent avant leur entrée en fonction. Ainsi, au Bénin, les membres de la Cour Constitutionnelle « 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 »¹⁷⁶. Il en est de même au Sénégal, au Togo et en France, puisque dans ces trois Etats, les membres de la juridiction constitutionnelle « jurent de bien et fidèlement remplir leurs fonctions, de les exercer en toute impartialité dans le respect de la Constitution et de garder le secret des délibérations et des votes et de ne prendre aucune position publique, ... »¹⁷⁷. En outre, le juge constitutionnel sénégalais jure en plus « de se conduire en tout comme un digne et loyal magistrat »¹⁷⁸. Mais, en amont, une publicité est possible comme c'est le cas en France.

En effet, depuis son installation en 1959, le Conseil constitutionnel français a constamment évolué. Sur l'initiative du Président Daniel Mayer en 1986, il est décidé de publier les recours des requérants au Journal Officiel en même temps que la décision du Conseil.

La publicité de la procédure est parachevée en 1994, lorsque sur demande du Président Robert Badinter, il est fait de même des mémoires en défense de la loi par le gouvernement. Cette publicité donnée aux mémoires des parties constitue un progrès important.

En outre, la phase de l'instruction du procès constitutionnel telle que conduite par le Conseil Constitutionnel est plus complexe, notamment dans le cadre de la QPC.

¹⁷⁶ Art. 7 al. 2 de la loi n° 91-119 du 31 mai 2001 portant loi organique sur la Cour Constitutionnelle du Bénin.

¹⁷⁷ Art. 7 al. 1er de la Loi organique n° 92-93 du 30 mai 1992 sur le Conseil Constitutionnel du Sénégal, modifiée par la Loi n° 99-71 du 17 février 1999, *ibid.*, p. 560. – Art. 3 de la Loi organique n° 2004-004 du 1er mars 2004 sur la Cour Constitutionnelle du Togo. - Art. 3 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 07 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil Constitutionnel français.

¹⁷⁸ Art. 7 al. 1er de la Loi organique n° 92-93 du 30 mai 1992 sur le Conseil Constitutionnel du Sénégal, modifiée par la Loi n° 99-71 du 17 février 1999, *ibid.*, p. 560.

En effet, puisque le Conseil est saisi sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation, il avise les parties et les autorités politiques appelées à présenter des observations des décisions de ces Hautes juridictions françaises de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, puis copies de ces observations et des pièces y annexées sont notifiées aux parties et aux autorités politiques qui peuvent y répondre par des observations qui, elles, ne sont pas publiées.

Il s'est même développée une véritable judiciarisation de la procédure¹⁷⁹ en France où la phase de l'audience est une phase beaucoup plus publique et cette publicité connaît une nouveauté avec l'avènement de la QPC et ce, sur trois points.

- D'abord, le Conseil constitutionnel français accueille les parties et leurs avocats.
- Ensuite, le public et les juristes curieux peuvent suivre la retransmission en direct du déroulement des audiences de QPC.
- Enfin, sous l'influence de la pratique processuelle de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), le Conseil « a prévu la possibilité de visionner l'audience en différé à partir de l'après-midi sur son site Internet »¹⁸⁰.

A titre d'exception, la publicité de l'audience peut être restreinte dans certains cas limitativement prévus par les textes. C'est ce qui ressort du règlement

¹⁷⁹ *Au niveau de l'instruction, un juge est désigné comme rapporteur pour étudier les mémoires écrits (députés et/ou sénateurs, en général), tout en se référant aux débats parlementaires publiés au Journal Officiel qui éclairent la portée de la loi et le sens des controverses auxquelles elle donne lieu. Puis le rapporteur organise une réunion d'information avec les représentants du secrétariat général du gouvernement et des ministères concernés.*

A la suite de la réunion avec le secrétariat général du gouvernement, qui est un temps fort de l'instruction, le Gouvernement transmet au Conseil son mémoire en défense, lequel est communiqué aux requérants qui peuvent répondre. Et ainsi s'échangent, par écrit seulement, les arguments des uns et des autres. Ce contradictoire s'est considérablement développé devant le Conseil Constitutionnel. Il s'est même enrichi. Outre les mémoires des " plaignants " auteurs du recours et ceux du secrétariat général du gouvernement qui intervient en défense, le Conseil reçoit de plus en plus souvent des contributions émanant de groupes d'intérêt sous la forme notamment de consultations demandées à d'éminents représentants de la doctrine.

Il est important pour le juge d'aller quérir l'information là où elle se trouve pour être en mesure d'apprécier le contexte dans lequel se situe la loi. Le juge va jusqu'à auditionner des experts, professeurs de droit notamment, de même que des représentants professionnels, associatifs ou syndicaux. L'absence de formalisme de la procédure d'instruction devant le Conseil Constitutionnel autorise une grande liberté dont ne bénéficient pas les juges des cours étrangères. D'autant que les auditions qui ont lieu dans ces cours devant la formation collégiale et en audience publique - entendre par exemple des amicus curiae - se pratiquent au Conseil dans le secret du Palais Royal.

¹⁸⁰ GRANGER (M.-A.), « Secret et publicité dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, n° 29-34, 16 juillet 2012, p. 1463, note 38.

intérieur applicable devant le Conseil pour les QPC : « Le Président peut, à la demande d'une partie ou d'office, restreindre la publicité de l'audience dans l'intérêt de l'ordre public ou lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des personnes l'exigent. Il ne peut ordonner le huis clos des débats qu'à titre exceptionnel et pour ces seuls motifs »¹⁸¹.

Cette pratique du juge constitutionnel français atténuée après coup le secret des débats en ce qui concerne le contrôle de la loi, mais ne s'étend pas au contentieux électoral¹⁸².

II- LA PUBLICITE DU PROCES CONSTITUTIONNEL SOUS L'ANGLE DU CONTENTIEUX ELECTORAL

En matière de contentieux électoral, le juge ne tranche pas un litige entre particuliers ni un procès fait à un acte. En effet, le contentieux des élections a pour objet la vérification de la régularité des actes électoraux et de la validité des résultats des scrutins. Il peut aboutir à la confirmation, à la réformation ou à l'annulation de l'élection. Son originalité réside essentiellement dans la nature des pouvoirs conférés au juge.¹⁸³

Dans la plupart des pays francophones d'Afrique noire, la Constitution confie le contrôle de la régularité des élections présidentielles, législatives et des opérations référendaires aux juridictions constitutionnelles. Elles ont la compétence en premier et dernier ressort qui s'étend sur le contentieux préélectoral et post-électoral.

Toutefois, cette compétence n'est pas exhaustive et peut être partagée avec d'autres juridictions, par exemple, les tribunaux d'instance pour le contentieux des listes électorales, les juridictions administratives pour les candidatures aux élections législatives, le Conseil d'État pour les opérations préparatoires.

¹⁸¹ Art. 8 al. 3 du Règlement intérieur du 04 février 2010 sur la procédure suivie devant le Conseil Constitutionnel français pour les QPC.

¹⁸² Le contentieux électoral se définit comme l'ensemble des litiges ou contestations qui peuvent naître des opérations électorales.

¹⁸³ Jean-Claude MASCLET, *Droit électoral*, Presses Universitaires de France, Paris, 1989, p. 312

En Afrique, le contentieux électoral est la figure emblématique de la juridiction constitutionnelle. Elle est la mieux connue des citoyens. Malheureusement, elle est caractérisée par une opacité.

Le contentieux électoral comporte essentiellement deux aspects :

- le contentieux préélectoral qui regroupe le contentieux des listes électorales, le contentieux des candidatures et le contentieux de la campagne électorale et
- le contentieux post électoral qui est le contentieux des résultats.

Le contentieux des candidatures est souvent l'objet de publicité. Dans la plupart des pays, la juridiction constitutionnelle arrête et publie la liste des candidats et statue sur les contestations portant sur les candidatures. C'est donc au niveau du contentieux post électoral que se pose la question de la publicité de la procédure. Deux tendances se dessinent sur la question ; une dominante qui est inquisitoire (A) et une autre publique mais avec un goût d'inachevée (B).

A- La tendance dominante : une procédure inquisitoire

On distingue traditionnellement deux modèles procéduraux et institutionnels permettant de comprendre l'organisation des juridictions pénales et la place qu'elles réservent aux différents acteurs de la scène judiciaire répressive : le modèle accusatoire et le modèle inquisitoire.

Le **modèle inquisitoire** privilégie la position de surplomb d'un juge représentant l'intérêt général et chargé de diriger l'enquête afin de faire triompher la vérité. Dans ce système, le juge est un magistrat professionnel doté de pouvoirs importants destinés à lui permettre de diligenter lui-même les investigations à charge et à décharge. Les parties ne sont donc pas directement obligées d'assurer l'enquête au soutien de leurs prétentions.

Ce modèle appuie sa légitimité sur l'idée que la justice répressive ne se limite pas à arbitrer un litige entre des plaideurs mais qu'elle intéresse la société même. En conséquence, la procédure inquisitoire est généralement écrite (établissement d'un procès-verbal d'audience), souvent secrète (l'accusé ne

connaît pas les charges qui pèsent sur lui, les témoins ne savent pas dans quelle affaire ils témoignent) et plutôt non contradictoire (l'accusé y joue un rôle passif) ; le juge étant lui-même chargé de produire une vérité judiciaire, la place laissée aux parties y est naturellement réduite. Elle s'oppose au modèle accusatoire.¹⁸⁴

Dans la majorité des pays africains de l'espace francophone, le règlement du contentieux électoral procède de la procédure inquisitoire, un héritage français.

En effet, le Conseil constitutionnel français est compétent pour les élections considérées comme politiquement les plus importantes : élection présidentielle¹⁸⁵, élections législatives et sénatoriales¹⁸⁶ ou encore référendums¹⁸⁷. Ainsi, le Conseil constitutionnel est appelé à intervenir à plusieurs étapes de l'élection présidentielle et des référendums dans le cadre d'un rôle consultatif¹⁸⁸.

En ce qui concerne son rôle purement contentieux, le Conseil constitutionnel statue sur la validité des votes contestés puis proclame l'élection du Président de la République ou les résultats du référendum; aucune contestation des résultats n'est possible après la proclamation des résultats.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel a fait preuve d'innovation par rapport aux textes en ce qui concerne le contrôle contentieux préalable aux élections

¹⁸⁴ Le **modèle accusatoire** privilégie le rôle des parties. Le procès y est conçu comme un affrontement contradictoire, public et largement oral entre l'accusation et la défense. Si chacune des parties se trouve à égalité avec son adversaire, chacune doit également prouver les faits au soutien de sa cause. Le pouvoir du juge consiste en conséquence à arbitrer, davantage qu'à instruire : il s'agit d'une part de veiller à la loyauté du procès, et d'autre part de départager les plaideurs en fonction de leurs prétentions, arguments et preuves. Au sein du système accusatoire, il existe une faible différence procédurale et institutionnelle entre la justice civile et la justice pénale : dans les deux cas, il s'agit pour le juge – dont le rôle peut d'ailleurs sans mal être occupé par un jury – d'arbitrer entre des intérêts contradictoires.

¹⁸⁵ L'article 58 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que le Conseil constitutionnel « veille à la régularité de l'élection du Président de la République, examine les réclamations et proclame les résultats du scrutin. ».

¹⁸⁶ Aux termes de l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue également « sur la régularité de l'élection des députés et sénateurs ».

¹⁸⁷ Et, aux termes de l'article 60 de la Constitution, le CC « veille à la régularité des opérations de référendums ».

¹⁸⁸ -Avant l'élection, le Conseil constitutionnel doit être consulté sur tous les actes préparatoires, adoptés, en vue d'organiser le scrutin, par le Gouvernement ou par les instances administratives concernées.

- Le Conseil constitutionnel établit et rend publique la liste des candidats à l'élection présidentielle. À cette fin, il est rendu destinataire des parrainages signés par les élus en faveur des différents candidats. Lors des deux dernières élections, ce sont plus de 16 000 parrainages qui sont parvenus au Conseil et qui ont été vérifiés. Le contrôle du Conseil constitutionnel consiste à vérifier que les conditions légales encadrant la candidature sont réunies, notamment que chaque candidat a fait l'objet d'au moins cinq cents « parrainages » émanant d'élus habilités d'au moins 30 départements ou collectivités territoriales ou entités géographiques assimilées à un département pour l'application de cette législation.
- Le jour du scrutin, le Conseil constitutionnel suit le bon déroulement des opérations électorales dans les 65 000 bureaux de votes. Pour ce faire, il désigne des délégués (environ 1400 magistrats) qui procèdent à ce contrôle sur l'ensemble du territoire national.
- Au lendemain de chaque tour de scrutin, le Conseil constitutionnel procède au recensement des votes, il examine les réclamations et les rapports de ses délégués

référendaires et présidentielles. Depuis 2000 (décisions *Hauchemaille, Larrouiturou et Pasqua*), le Conseil constitutionnel a accepté de contrôler au contentieux les décrets relatifs à l'organisation du référendum portant sur l'organisation des opérations de vote et celui régissant la campagne électorale¹⁸⁹.

Par ailleurs, en vertu de l'article 59 de la Constitution, le Conseil constitutionnel statue également « *sur la régularité de l'élection des députés et sénateurs* ». En matière d'élections parlementaires, le Conseil constitutionnel s'est également attribué un rôle contentieux *a priori*. Ainsi, il statue sur les requêtes mettant en cause des élections à venir. Par exemple, il accepte la contestation par le biais d'un recours pour excès de pouvoir inconnu des décrets de convocation des électeurs aux élections générales (sur lesquels le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent).

Toute cette activité du Conseil constitutionnel français se déroule selon une procédure bien rodée. Les requêtes peuvent être rejetées sans instruction lorsqu'elles sont irrecevables ou manifestement infondées. Dans le cas contraire, elles sont confiées à un rapporteur adjoint, non membre du Conseil constitutionnel, et instruites et examinées par une section de trois membres du Conseil constitutionnel avant d'être jugées par le Conseil dans son ensemble.

Les séances ne sont pas publiques mais le Conseil peut entendre le demandeur et le défendeur. Aussi, la Cour européenne des droits de l'homme, en cette matière, exige-t-elle de respecter les prescriptions de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹⁹⁰.

La question n'est pas anodine pour le Conseil constitutionnel car l'article 17 du règlement intérieur de procédure prévoit que ses séances ne sont pas

¹⁸⁹ A l'origine le Conseil constitutionnel avait considéré qu'il ne pouvait pas statuer sur les actes préalables à ces élections car il entendait le terme réclamation visé par les textes au sens strict comme impliquant simplement de rendre un avis. Le Conseil d'Etat qui s'était déclaré compétent en raison du refus du Conseil constitutionnel s'est alors effacé.

¹⁹⁰ Article 6.1 « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

publiques, ce qui le met en délicatesse avec la Convention¹⁹¹, et néanmoins avec elle seule car aucun principe général du droit ne l'impose au juge électoral. Le Conseil constitutionnel a dès 1988 jugé que les protestations électorales n'entraient pas dans le champ de l'article 6 § 1 de la convention, n'étant ni du contentieux pénal ni des contestations sur des droits et obligations en matière civile¹⁹².

Toutefois, sans aller jusqu'à s'engager vers la publicité des audiences, puisque rien ne la lui imposait, le Conseil constitutionnel a ainsi jugé utile en 1995 de compléter l'article 17 de son règlement de procédure pour prévoir que le requérant et le défendeur puissent, le cas échéant avec leur conseil, demander à être entendus à l'audience¹⁹³. Lors de la dernière modification, cette rédaction a été amendée pour confier au Conseil constitutionnel le soin de décider de les entendre.

Et, nous verrons avec l'exemple de deux pays que ce schéma est réédité à l'identique dans beaucoup de pays d'Afrique francophone.

Ainsi, par exemple, en Côte d'Ivoire, aux termes de l'article 15 de la loi organique sur le Conseil constitutionnel, ce dernier siège en toute matière à huis clos. Seules les parties, leurs représentants, les experts et conseils participent aux débats. Le paragraphe deuxième de cet article dispose que les décisions du Conseil sont rendues en audience publique.

En effet, dès réception d'une requête, l'instruction est confiée à un conseiller-rapporteur.

¹⁹¹ La Cour européenne des droits de l'homme admet que les impératifs d'efficacité dispensent le juge d'une procédure orale : CEDH, 24 juin 1993, *Schuler-Zgraggen c/ Suisse*, n° 14/518/89. Il n'est pas certain toutefois que le juge électoral pourrait dans tous les cas s'en prévaloir.

¹⁹² *Cons. const., déc. n° 88-1113 AN du 8 novembre 1988, A.N., Seine-Saint-Denis (6e circ.), cons. 1, Rec., p. 197.*

¹⁹³ - Article 17 : «L'inscription d'une affaire à l'ordre du jour du Conseil est décidée par le président du Conseil constitutionnel.

Les séances du Conseil constitutionnel ne sont pas publiques. Cependant le Conseil constitutionnel peut entendre les personnes visées aux articles 3 et 9 du présent règlement à leur demande ou d'office.

Le secrétaire général et le rapporteur de l'affaire assistent aux délibérations du Conseil. Le rapporteur met en forme la décision résultant de ces délibérations.»

Celui-ci instruit l'affaire à un premier niveau qui est son étude du dossier, peut ordonner une enquête et impartir un nouveau délai au demandeur en vue d'apporter d'autres pièces supplémentaires.

Dans cette instruction, il peut entendre le requérant sur des points qui lui paraissent obscurs. De même, il peut entendre toute personne qu'il estime devoir lui fournir les renseignements utiles à la compréhension de la cause. Aucune administration publique ou privée ne peut lui opposer un secret professionnel. Il peut même entendre tout membre du Gouvernement. Il peut se faire assister d'experts.

Le conseiller-rapporteur est tenu alors de donner connaissance aux parties adverses de la teneur du dossier en le tenant à leur disposition pendant 48 heures¹⁹⁴.

Dès réception de toutes les observations à la fin des délais qu'il a impartis aux parties pour compléter le dossier, le conseiller-rapporteur peut clore son instruction et le président choisira une date d'audience.

Lorsque l'audience est ouverte par le président, la parole est donnée au conseiller-rapporteur pour donner lecture de son rapport, de son dossier et du projet de décision.

Les questions essentielles discutées au cours de chaque audience sont relatives à la recevabilité de chaque affaire, à la compétence du Conseil ; et enfin au fond de l'affaire.

En présence des parties, des experts et des conseils, s'instaure un deuxième niveau d'instruction où les points invoqués ci-dessus sont discutés si une partie élève une protestation. Chaque point fait l'objet d'un vote.

De même, au Bénin, aux termes des articles 49, 81 alinéa 2, 82 alinéa 2 et 117 de la Constitution, des articles 42 alinéa 2, 52 et 54 de la Loi n° 91-009 du 04 mars 1991 portant loi organique sur la Cour Constitutionnelle modifiée par la loi du 31 mai 2001 et les différentes lois électorales, la Cour constitutionnelle est juge de

¹⁹⁴ Article 37 de la loi organique

la régularité, de la validité des opérations électorales. Celle-ci proclame les résultats définitifs des élections législatives et présidentielles au Bénin.

L'article 117 de la Constitution dispose : « La Cour Constitutionnelle :

- veille à la régularité de l'élection du président de la république ; examine les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu par elle-même relever et proclame les résultats du scrutin ;...
- statue en cas de contestation sur la régularité des élections législatives. ».

La loi organique sur la Cour Constitutionnelle reprend cette disposition et énonce respectivement en ses articles 42 et 52 : « Les attributions de la Cour Constitutionnelle en matière d'élection à la Présidence de la République sont déterminées par la Constitution dans ses articles 49 et 117 et par les lois électorales en vigueur.

La Cour veille à la régularité de l'élection du Président de la République, examine-les réclamations, statue sur les irrégularités qu'elle aurait pu, par elle-même relever et proclame les résultats du scrutin conformément aux dispositions de l'article 49 de la Constitution. » ;

« Conformément aux dispositions de l'article 81 alinéa 2 de la Constitution, la Cour Constitutionnelle statue souverainement sur la validité de l'élection des députés, ainsi que sur la régularité des élections législatives en cas de contestation comme il est prévu à l'article 117 alinéa 3 de la Constitution ».

La compétence de la juridiction constitutionnelle est assez étendue en matière d'élection présidentielle, puisqu'elle doit veiller à la régularité de l'élection du Président de la République, examiner les réclamations, statuer sur les irrégularités qu'elle aurait pu par elle-même relever et proclamer les résultats du scrutin c'est-à-dire depuis les opérations préalables (établissement de la liste électorale, présentation des candidatures, déroulement de la campagne électorale), en passant par le déroulement du scrutin, jusqu'au règlement du contentieux électoral.

La question est de savoir si toute cette procédure est publique ?

La procédure devant la Cour Constitutionnelle est écrite, secrète, gratuite, contradictoire et inquisitoriale. En application des articles 28 et 29 du Règlement Intérieur, 57, 61, 62, 64 et 65 de la loi organique sur la Cour Constitutionnelle, toutes les pièces d'un dossier en contestation d'une élection sont communiquées au mis en cause pour ses observations.

L'étude des recours se fait par les Conseillers assistés de rapporteurs adjoints nommés par ordonnance du Président de la Cour parmi les professeurs de droit et les praticiens du droit public conformément aux dispositions de l'article 58 alinéa 2 de la même loi organique. Les requêtes sont affectées par le Président. Les rapporteurs instruisent les affaires dont elles sont chargées et présentent leur rapport en plénière.

Il résulte de cette procédure que le contentieux électoral au Bénin comme dans la plupart des pays de l'espace francophone africain (comme par exemple le Togo, le Sénégal ou autres) est fortement inquisitoire. Mais certains tentent néanmoins la publicité de la procédure avec des fortunes diverses.

B- Une procédure publique au goût inachevé

La publicité de la procédure dans le cadre du contentieux constitutionnel paraît osée en ce sens qu'elle n'a pas le même impact que la publicité dans la procédure judiciaire classique. Les exemples du Gabon et du Cameroun permettront de mettre en évidence ce goût d'inachevé.

D'abord, le Gabon est un des rares pays d'Afrique noire francophone qui a tenté de judiciariser la procédure devant la Cour constitutionnelle. En effet, depuis la révision constitutionnelle de 1997, la Cour constitutionnelle de la République gabonaise est juge de la régularité de toutes les élections politiques. Il faut dire qu'avant ladite révision, la Cour n'était compétente que pour le contrôle des élections nationales. Cette révision a élargi le champ de compétences de la Cour au contrôle des élections des membres des conseils départementaux et des conseils municipaux.

L'organisation administrative des élections politiques relève de la compétence à la fois du ministre chargé de l'Intérieur et de la Commission

nationale électorale¹⁹⁵ . Aussi, la Cour ne connaît-elle que du contentieux post électoral mais qui peut porter sur toutes les phases du processus électoral¹⁹⁶ .

L'instruction est la phase au cours de laquelle la Cour procède à l'analyse des requêtes qui lui sont adressées. Au cours de l'instruction, la Cour examine à la fois les mémoires déposés par le requérant et ceux en réplique établis par la partie défenderesse. Elle auditionne les parties et entend les témoins si besoin. Elle peut aussi, si la situation l'exige, se transporter sur les lieux.

- L'affaire est instruite de façon contradictoire. Le conseiller-rapporteur dispose de nombreux moyens d'investigation. Il peut, entre autres, consulter les procès-verbaux, soit du bureau de vote litigieux, soit de centralisation des résultats transmis par la Commission nationale électorale permanente. De même, il peut consulter le rapport de mission établi par les délégués de la Cour¹⁹⁷.
- À la fin de l'instruction, le conseiller-rapporteur établit de façon contradictoire son rapport. Rappelons aussi, que lorsque le conseiller rapporteur le juge nécessaire, il peut décider d'approfondir ses investigations. Cette situation oblige la Cour à rendre une décision avant dire droit. Et dans ce cas, le délai accordé à la Cour pour rendre sa décision est prorogé. Une fois cette étape terminée les affaires sont enrôlées en fonction de leurs situations. Le rôle indique les affaires à traiter et la date des audiences publiques.
- Le déroulement des instances est simple, huit conseillers gardent leur qualité de juge, le neuvième devient pour la circonstance le commissaire à la loi. C'est à ce dernier que revient la tâche de proposer, en audience publique, la solution du litige. Celle-ci peut être suivie ou pas.
- Pendant l'instance, le conseiller rapporteur lit contradictoirement son rapport après que la parole lui soit donnée par le président de la Cour. Ensuite, il est

¹⁹⁵ L'article 7 du code électoral gabonais précise bien que: «La préparation et l'organisation des élections incombent respectivement à l'administration et à la Commission nationale électorale.»

¹⁹⁶ De nombreux griefs se rapportant au fonctionnement des opérations de la phase administrative peuvent être soulevés devant le juge électoral notamment les actes préparatoires et ceux ayant des effets immédiats accomplis au moment du scrutin.

¹⁹⁷ La Cour constitutionnelle déploie des délégués observer le déroulement des élections dans les toutes les provinces du pays. Le rapport établi par les délégués servent à éclairer le juge sur la position à adopter en cas de contentieux.

demandé aux parties qui le souhaiteraient d'ajouter un élément ou de préciser un fait. La partie peut alors le faire par elle-même ou par son représentant. Il est accordé à chacune d'elles pour ce faire 5 à 7 minutes. Par ailleurs, la Cour peut exceptionnellement demander à l'une des parties de déposer une note en délibéré avant de fixer la date du délibéré de l'affaire. L'exigence de la règle du contradictoire, règle de valeur constitutionnelle, est ainsi respectée.

Ce qui caractérise cette phase est la procédure de judiciarisation ne va pas jusqu'à son terme parce que d'une part, le règlement de ce contentieux est enfermé dans des délais rigoureux et d'autre part parce que les débats sont fortement limités. C'est ce qui ressort également de la gestion du contentieux électoral au Cameroun où elle est encore du ressort de la Cour suprême.

En effet, avant la révision constitutionnelle du 18 janvier 1996, la Cour suprême du Cameroun, en sa formation plénière, faisait office de juge constitutionnel.¹⁹⁸ Ce contentieux, selon la jurisprudence de la Cour suprême du Cameroun siégeant aux lieu et place de la Cour constitutionnelle, ne relève pas de cette dernière institution¹⁹⁹ mais, « *La formation des chambres réunies statue selon les délais prévus à l'article 49 de la Constitution et applique la procédure prévue par la loi no 2004/004 du 21 Avril 2004 portant organisation et fonctionnement du Conseil constitutionnel.* ».²⁰⁰

En matière de contentieux électoral, la procédure applicable durant l'instance contentieuse est essentiellement dressée par la loi 2004/004 précitée.²⁰¹

La procédure est la suivante.

¹⁹⁸ *Institué par la loi organique sur la Cour suprême, il est l'organe chargé d'assurer à titre transitoire les missions dévolues au Conseil constitutionnel jusqu'à la mise sur pied effective de celui-ci. Organe nouveau, il n'a vu le jour qu'avec la réforme de 2006 et a remplacé dans ce rôle de juge constitutionnel transitoire la Chambre Constitutionnelle érigée simultanément par la constitution de 1972 et l'ordonnance 72/6 du 26/08/1972 fixant l'organisation de la Cour Suprême.*

¹⁹⁹ *Arrêt n°29/CE du 17 juillet 2002 Affaire: S.D.F., M.D.P., U.N.D.P., c/ État du Cameroun.*

²⁰⁰ *La formation des chambres réunies se compose du premier président de la Cour, il préside la formation des présidents de Chambre et des présidents de section. Ce qui donne un total de 16 membres statutaires. Cette formation siège en audience publique en matière électorale et en chambre de conseil (huis clos) dans tous les autres cas de saisine. La procédure suivie devant elle est en principe celle prescrite par la loi 2004/004 notamment son Titre III, le Code électoral et la Constitution.*

²⁰¹ *Chapitre VII de son Titre IV intitulé : « Des autres formes de procédure ». Ledit chapitre définit la procédure applicable devant le Conseil relativement à l'introduction d'instance, l'instruction de la requête, l'adoption de la décision et son prononcée en matière électorale, référendaire et pour tous les autres contentieux.*

- Le requérant doit saisir le Conseil sur simple lettre adressée par voie postale ou par dépôt au secrétariat général dudit Conseil, la requête est enregistrée à son arrivé et un récépissé de dépôt est remis au requérant. La requête doit par ailleurs être signée et datée par le requérant et contenir un exposé sommaire des faits et moyens qui la fondent.
- Le secrétaire général informe l'élu ou les élus visé(s) par une requête et lui imparti un délai pour répondre au mémoire qui le met en cause.
- Dès réception de la requête par le Conseil, le président désigne un rapporteur parmi les conseillers pour instruire l'affaire. Celui-ci peut entendre le cas échéant les parties, peut demander la production de pièces à conviction, ordonner une mesure d'instruction ou une enquête, solliciter un avis ou entendre toute personne susceptible de l'éclairer. A la fin de l'instruction, il rédige un rapport aux modalités fixées par la loi accompagné d'un projet de décision qu'il soumet au président du Conseil. Ce dernier fait transmettre le rapport et le projet de décision aux autres membres du Conseil par les soins du secrétaire général.
- Le Conseil se réunit ensuite au jour d'audience fixé par son président et juge toutes les affaires inscrites à l'ordre du jour. Une seule audience est tenue pour traiter l'ensemble du contentieux. Ceci s'explique par la nécessité de vider tout le contentieux avant la proclamation des résultats. Cette audience se tient dans les formes ordinaires des audiences de la Cour suprême.

L'audience est publique, les parties et avocats sont admis à présenter leurs observations de plaidoiries.

A la fin de l'audience, les conseillers se retirent pour délibérer et adopter une décision. A cet effet, ils examinent et adoptent le projet de décision ou l'amendent au besoin, l'adoption se fait à la majorité simple des conseillers présents.

- La décision est obligatoirement rendue au cours d'une audience publique et immédiatement exécutoire. Elle est insusceptible de recours excepté pour

rectification d'erreurs matérielles. La décision est notifiée au requérant et aux parties intéressées.

Ces deux derniers exemples démontrent assez nettement les limites de la publicité de la procédure devant le juge constitutionnel. Mais, cela ne veut pas pour autant dire que cela est impossible.

En guise de conclusion : plaider pour la publicité de la procédure de certains aspects du contentieux constitutionnel

Le contentieux constitutionnel recouvre plusieurs aspects que nous pouvons regrouper en trois grandes rubriques à savoir le contrôle *a priori* de la loi, le contrôle *a posteriori* de la loi et le contentieux électoral.

Chacune de ces rubriques a sa spécificité dont il convient de savoir si la publicité de sa procédure devant le juge constitutionnel y est judicieux ou pas.

D'abord, la publicité de la procédure lorsqu'il s'agit du contentieux électoral ne paraît pas évidente comme cela a été abordée dans le cadre de cette étude.

Ensuite, la publicité de la procédure lorsqu'il s'agit du contrôle *a priori* de la loi ne peut s'imposer car il s'agit d'un contrôle abstrait qui ne met pas aux prises des protagonistes.

Enfin, il y a le contrôle *a posteriori* c'est-à-dire l'exception d'inconstitutionnalité, dont la procédure peut se prêter à la publicité. Dans la mesure où il s'agit d'une procédure incidente à l'occasion d'un procès devant le juge ordinaire, la poursuite de la procédure, même de façon incidente, doit se faire dans le respect des règles du procès équitable.

En droit français, la phase de l'instruction du procès constitutionnel telle que conduite par le Conseil Constitutionnel dans le cadre de la QPC est plus complexe. En effet, puisque le Conseil est saisi sur renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de Cassation, il avise les parties et les autorités politiques appelées à présenter des observations des décisions de ces Hautes juridictions françaises de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, puis copies de ces observations et des pièces y annexées sont notifiées aux parties et aux autorités politiques qui peuvent y

répondre par des observations qui ne sont pas publiées²⁰². Et comme le souligne si bien le Professeur Dominique ROUSSEAU : « En disposant que la QPC peut être soulevée « à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction », le nouvel article 61 pose la nécessité d'un procès ordinaire et, à l'intérieur de ce procès, la nécessité de la contestation par une partie de la constitutionnalité de la loi. « Contestation », « par une partie », les deux premiers éléments constitutifs du procès sont donc ici réunis. Le juge, administratif ou judiciaire, est sollicité par une partie au procès d'une contestation portant sur la constitutionnalité de la loi et, s'il la juge recevable, cette contestation-là est portée par la partie qui l'a soulevée devant le Conseil constitutionnel. Ce n'est évidemment pas le juge qui a déclaré la QPC recevable qui vient plaider devant le Conseil, mais l'avocat de la partie qui a constitué le litige. Et ce litige constitutionnel est lié au litige au fond puisqu'il n'est recevable que si la disposition législative contestée est « applicable au litige », selon les termes mêmes de la loi organique du 10 décembre 2009. Le litige constitutionnel est la continuité nécessaire du litige ordinaire.»²⁰³

Par conséquent, la procédure relative à l'exception d'inconstitutionnalité doit être soumise aux exigences du procès équitable et du tribunal neutre et impartial et donc peut être publique.

²⁰² GRANGER (M.-A.), « Secret et publicité dans la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité devant le Conseil constitutionnel », in *La Semaine Juridique, Edition Générale*, n° 29-34, 16 juillet 2012, p. 1461.

²⁰³ Dominique ROUSSEAU : *Le procès constitutionnel in Pouvoirs*, *Le Seuil* 2011/2, n° 137, pages 256 et sv.

LA PLENITUDE DE JURIDICTION DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Par **M. Kassoum KAMBOU**,

Président du Conseil constitutionnel du Burkina Faso

INTRODUCTION

La plénitude de juridiction se définit comme étant l'aptitude d'une juridiction à connaître de toutes les affaires relevant de sa compétence sans être obligée d'être confrontée à une difficulté qui la conduirait à surseoir à statuer pour confier cette difficulté à une autre juridiction. Cette notion n'est pas à confondre avec la distinction généralement faite entre compétence de droit commun et compétence d'attribution.

Les attributions du Conseil constitutionnel sont limitativement fixées par la Constitution où par des textes spécifiques. En effet, aux termes de l'article 152 de la Constitution, le Conseil constitutionnel est l'institution compétente en matière constitutionnelle et électorale. Il est chargé de statuer sur la constitutionnalité des lois, des ordonnances ainsi que la conformité des traités et accords internationaux avec la Constitution. Il interprète les dispositions de la Constitution. Il contrôle la régularité, la transparence et la sincérité du référendum, des élections présidentielles, législatives et est juge du contentieux électoral. Il proclame les résultats définitifs des élections présidentielles et législatives. Il en résulte que le Conseil constitutionnel ne peut être qualifié de juridiction de droit commun à l'image des juridictions de l'ordre judiciaire ou administratif. Le Conseil constitutionnel a une compétence d'attribution.

L'examen du thème « la plénitude de juridiction du juge constitutionnel » nous conduit à répondre à trois préoccupations :

- La nature juridictionnelle des institutions constitutionnelles ;
- L'étendue de la compétence du juge constitutionnel ;

- La nature du contentieux devant le juge constitutionnel.

I- LA NATURE JURIDICTIONNELLE DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

Les principales missions du Conseil constitutionnel sont le contrôle de la constitutionnalité des lois, mécanisme par lequel le juge constitutionnel assure la conformité de la loi à la Constitution et le contrôle de la régularité et la sincérité des élections nationales.

Cela suffit-il pour affirmer que le Conseil constitutionnel est une juridiction ?

Ce débat relève plutôt de la doctrine par ce qu'aujourd'hui la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel ou de la Cour constitutionnelle n'est plus contestée. En effet, même si certaines Constitutions le prévoit expressément, comme c'est le cas au Niger (article 116 alinéa 2 de la Constitution qui dispose que « le pouvoir judiciaire est exercé par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'état, la Cour des comptes, les Cours et tribunaux »), dans certains pays les acteurs eux-mêmes l'ont reconnu dans certaines décisions, comme c'est le cas au Burkina Faso, dans une décision rendue en 2009 relative à la détermination des vacances judiciaires des membres du Conseil constitutionnel. En l'espèce, le juge constitutionnel burkinabè affirme qu'il « ressort des dispositions de l'article 159 alinéa 2 de la Constitution du 11 juin 1991 que le Conseil constitutionnel est une juridiction en ce qu'elle statue en droit et que ses décisions qui ont autorité de la chose jugée s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles et qu'elles ne sont susceptibles d'aucun recours ». Même ses avis lient l'autorité qui l'a demandé.

Mais est-ce pour autant que le Conseil constitutionnel, en tant que juridiction, exerce la plénitude de juridiction sur les domaines de compétences que lui confèrent principalement la Constitution et certains textes spécifiques qu'il convient d'analyser.

II- L'ETENDUE DES COMPETENCES DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Exception faite des domaines dans lesquels le Conseil constitutionnel joue un rôle purement consultatif, (en matière d'empêchement du Président du Faso, article 43 al 2 de la Constitution, en matière de pouvoirs exceptionnels du

Président du Faso article 59 de la Constitution et en matière d'ordonnances d'habilitation article 107 de la Constitution) le Conseil constitutionnel exerce ces compétences juridictionnelles sur deux principaux types de contentieux :

- en matière de contrôle de la constitutionnalité des lois ;
- en matière de contrôle de la régularité des élections nationales (référendum, élections présidentielle et législatives) ;

1- Du contrôle de la constitutionnalité des lois

Aux termes de l'article 152 de la constitution (burkinabè), « le Conseil constitutionnel est l'institution compétente en matière constitutionnelle ... Il est chargé de statuer sur la constitutionnalité des lois, des ordonnances, ainsi que la conformité des traités et accords internationaux avec la Constitution.

Il interprète les dispositions de la Constitution... ». Il convient d'emblée de retenir que lorsque le Conseil constitutionnel exerce cette compétence, il ne la partage avec aucune autre juridiction, puisqu'aucune autre juridiction n'a reçu compétence pour contrôler la conformité d'une loi à la Constitution. Il s'ensuit que le Conseil constitutionnel a plutôt un monopole de juridiction et non une plénitude de juridiction sur le contrôle de la Constitutionnalité des lois. Il exerce ce contrôle à deux niveaux à savoir le contrôle *à priori* et le contrôle *à posteriori*.

S'agissant du contrôle *à priori*, le Conseil constitutionnel exerce de façon systématique son contrôle sur les lois organiques et les règlements des assemblées. Ainsi selon 155, alinéa 1 de la Constitution, les lois organiques et les résolutions portant adoption ou modification des règlements des chambres du Parlement doivent obligatoirement être déférées au Conseil constitutionnel aux fins de contrôle de leur conformité avec la Constitution. L'alinéa 2 poursuit qu'aux mêmes fins que les lois organiques et les règlements du Parlement, les lois ordinaires et les traités soumis à la procédure de ratification peuvent être déférés au Conseil constitutionnel.

Le contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois par le Conseil constitutionnel s'exerce principalement par la voie de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui permet au Conseil constitutionnel de contrôler, sur

renvoi d'une juridiction ordinaire, si une disposition législative déjà en application et mise en cause à l'occasion d'une instance en cours, porte atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution (*articles 157 al. 2 de la Constitution et 25 de la loi organique*). Ainsi, la juridiction saisie est tenue de sursoir à statuer en attendant que le Conseil constitutionnel se prononce sur la constitutionnalité de la norme incriminée.

Le Conseil constitutionnel peut également, depuis la révision constitutionnelle de 2015, exercer ce contrôle par la saisine directe des citoyens.

L'étendu du contrôle

Il y a lieu de relever que lorsque le Conseil constitutionnel exerce son contrôle, il ne se limite pas au seul contrôle de la norme qui lui a été déféré mais le faire sur l'ensemble de l'acte déféré en vertu de son pouvoir d'auto saisine s'il le juge nécessaire. Il n'est donc pas tenu de statuer sur les seules demandes dont il est saisi. En somme, il n'est pas lié par les termes de la requête. Le contentieux des normes particulièrement de la loi, est un contentieux d'ordre public qui autorise en principe le Conseil constitutionnel à statuer sur des questions mêmes non évoquées par l'auteur d'une saisine. Dès lors, le juge constitutionnel recouvre sa mission constitutionnelle de s'interroger de sa propre initiative sur toute disposition qu'il suspecte d'inconstitutionnalité.

Les types de contrôle

Le Conseil constitutionnel exerce deux types de contrôle sur les normes législatives :

- Le contrôle de la constitutionnalité externe. Le contrôle ici est relatif d'une part à l'incompétence de l'auteur de l'acte et au vice de procédure qui a entouré le processus de l'adoption de l'acte ; le premier cas sanctionne l'intervention du parlement dans un domaine qui n'est pas le sien (le domaine de la loi et du règlement sont déterminés dans la loi fondamentale ; dans le second cas le conseil constitutionnel s'assure si la loi a été élaborée selon les règles constitutionnelles (notamment les consultations préalables imposées par la constitution avant le vote de certaines lois) ;

- Le contrôle de la constitutionnalité interne. Le Conseil ici vérifie si la Constitution n'a pas été violée. Certes l'incompétence et le vice de procédure constituent des violations de la constitution. Mais il faut comprendre ici, les atteintes portées aux droits et libertés fondamentales.

Les effets de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une norme

Dans le cas où le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi, contient une disposition contraire à la Constitution et inséparable de l'ensemble de cette loi, celle-ci ne peut être promulguée (article 49 de la loi organique).

Si par contre, le Conseil constitutionnel déclare que la loi dont il est saisi contient une disposition contraire à la Constitution, sans constater en même temps qu'elle est inséparable de l'ensemble de la loi, le Président du Faso peut, soit promulguer la loi à l'exception de cette disposition, soit demander à l'Assemblée nationale une nouvelle lecture (article 50).

Si le Conseil constitutionnel déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou de l'approuver ne peut intervenir qu'après la révision de la Constitution.

Dans la procédure relative à la question prioritaire de constitutionnalité, la norme déclarée anticonstitutionnelle l'est ***erga omnes*** et a autorité absolue de la chose jugée.

2- Le contentieux électoral

Conformément à l'article 152 de la Constitution, le Conseil constitutionnel contrôle la régularité, la transparence et la sincérité du référendum, des élections présidentielles, législatives et est juge du contentieux électoral. Aux termes de l'article 37 de la loi organique n° 011-2000/AN du 27 avril 2000, les attributions du Conseil constitutionnel, en matière d'élections présidentielles et législatives, sont déterminées par la loi relative à cette élection. La loi n° 0014-2001/AN du 03 juillet 2001 ensemble ses modificatifs portant Code électoral, contient les dispositions réglant le contentieux en matière d'élections présidentielles et législatives. Il résulte de ces dispositions que le contentieux des élections locales échappe de la

compétence du Conseil constitutionnel et pour être dévolu aux juridictions administratives.

Malgré leur caractère national, chacun de ces types d'élection comporte des spécificités telles que les contentieux qui pourraient en résulter, reçoivent, à l'évidence, des traitements différents et selon une procédure qui leur est propre. En tout état de cause, les attributions du Conseil constitutionnel se résument aux actions suivantes :

- veiller à la régularité des élections présidentielles, examiner les réclamations et proclamer les résultats du scrutin (*article 154 al. 1 de la Constitution*). Il reçoit aussi le serment du Président du Faso conformément à l'article 44 de la Constitution (*article 37 de la loi organique*).
- juger le contentieux relatif à l'élection ou à la nomination des membres du parlement (*article 154 al. 2 de la Constitution*). A ce titre, le code électoral, en ses articles 193-195, confère trois titres de compétence au Conseil constitutionnel : les recours contre l'éligibilité des candidats ou des suppléants, les recours contre la régularité du scrutin, les recours contre la régularité du dépouillement. Ces titres de compétence qui ne concernent que le contentieux relatif aux élections législatives doivent être distingués de la validation et de la publication des déclarations de candidatures qui, elles, relèvent d'abord de la compétence de la CENI et les contestations contre les actes pris par la CENI dans le cadre de ce processus doivent être portés devant le juge administratif (*articles 176-182 du Code électoral*). Il en est de même des infractions pénales constatées lors des élections et qui sont de la compétence du juge pénal.

Qu'il s'agisse du contrôle de la constitutionnalité de la loi ou de la régularité des scrutins nationaux, le Conseil constitutionnel exerce une compétence essentiellement juridictionnelle. Cependant, peut-on en conclure que le contentieux devant le Conseil constitutionnel obéit aux normes du procès respectant le principe du contradictoire qui gouverne la procédure devant les juridictions ?

III- LA NATURE DU CONTENTIEUX DEVANT LE JUGE CONSTITUTIONNEL

Il est évident que dans le cadre du contentieux normatif, le Conseil constitutionnel se limite au contrôle de constitutionnalité des lois, à la répartition des compétences entre la loi et le règlement, ainsi qu'à la régularité de la procédure de révision de la Constitution. Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle abstrait dont le but est de confronter la loi aux exigences de la Constitution. Il est difficile de parler de procès dans la cadre de ce contrôle obligatoire (lois organique, règlements des Assemblées), le saisissant n'ayant aucun contradicteur en face de lui. Du reste, le respect du principe du contradictoire n'est nulle part inscrit dans les dispositions réglementant le contrôle de constitutionnalité des normes.

L'article 45 du règlement intérieur en disposant cependant que « la procédure devant le Conseil constitutionnel est gratuite, écrite et, le cas échéant, contradictoire », donne la liberté au Conseil constitutionnel de respecter le contradictoire **toutes les fois qu'il le juge nécessaire** (il n'y a pas d'obligation pour le Conseil constitutionnel). L'examen des procédures spécifiques à chaque type de **contrôle** permet d'apprécier le respect du contradictoire par le Conseil constitutionnel.

Lorsque le Conseil constitutionnel exerce un contrôle *a priori*, dans le cadre du contrôle de droit portant sur les lois organiques et les résolutions portant adoption ou modification des règlements des chambres du Parlement, la question du respect du principe du contradictoire n'est pas posée. Ce contentieux ne cherche pas à trancher un conflit subjectif entre deux prétentions opposées. Il n'y a pas de contradicteur à l'origine. Or le principe du contradictoire n'a de sens que lorsque deux ou plusieurs parties font valoir des prétentions opposées devant un juge. Il n'y a véritablement pas de litige. Le recours ici est introduit par les autorités administratives habilitées par la loi.

Dans le cas du contrôle facultatif exercé sur les lois ordinaires et les traités, le contrôle a un caractère objectif. Le respect du principe du contradictoire n'a pas été expressément prévu par les dispositions réglementant la procédure devant le Conseil constitutionnel. L'article 51 du règlement intérieur prévoit seulement que lorsqu'une loi ou un engagement international est déféré au Conseil constitutionnel sur l'initiative des députés, le Président du Conseil constitutionnel en informe immédiatement le Président du Faso, le Premier Ministre et le Président de

l'Assemblée Nationale. Cette information reste une formalité et n'a pas pour effet de provoquer un débat contradictoire entre les saisissants et les personnalités concernées. Cependant, dans la pratique il est instauré un échange d'écriture entre l'administration auteur de l'acte incriminé et les auteurs de la saisine. Le Conseil constitutionnel dans le cadre des recours introduits par un dixième (1/10) des membres du **Conseil National de la Transition (CNT) en 2015** contre d'une part la modification de la loi n° 014-2001/AN du 03 juillet 2001 portant Code électoral par la loi 005-2015/CNT du 07 avril 2015; d'autre part sur la mise en accusation des anciens dignitaires du régime déchu **de Monsieur Blaise COMPAORE**, a notifié les différents recours au Président du CNT et au Ministre de l'Administration Territoriale, auteurs des différents textes, alors qu'aucune disposition légale ne l'y obligeait.

Lorsque le Conseil constitutionnel exerce un contrôle à *posteriori*, il se limite uniquement à la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques devant les juridictions. Dans ce contentieux, le principe du contradictoire trouve à s'appliquer difficilement car le requérant se plaint de la violation d'un droit subjectif et doit préciser dans sa saisine quelle disposition de la Constitution a été violée. Le Conseil constitutionnel n'est pas cependant tenu d'observer les règles régissant le procès contradictoire. Le règlement intérieur organise la procédure contradictoire autour du membre rapporteur qui procède à l'instruction du dossier (article 48 du règlement intérieur) avec le respect de la possibilité des échanges des conclusions entre le requérant et le gouvernement.

CONCLUSION

On peut conclure que dans le contentieux constitutionnel n'y a pas de parties au procès au sens de procès devant le juge judiciaire en tant que tel, et le principe du contradictoire trouve difficilement à s'appliquer. Et le juge constitutionnel burkinabé se refuse à proposer une rédaction nouvelle en remplacement de la disposition déclarée anticonstitutionnelle, en vertu du principe de séparation des pouvoirs.

Dans le contentieux électoral le pouvoir du juge constitutionnel est partagé.

On ne peut donc pas parler de plénitude de juridiction mais de monopole de juridiction.

JURIDICTIONS DES COMPTES

CONTROLE DES AIDES PUBLIQUES AU DEVELOPPEMENT : CAS DES APPUIS BUDGETAIRES, DES DONS ET DES EMPRUNTS

Par **M. Justin BLOKOU**

Ancien Président de la Chambre des comptes de la Cour Suprême du Bénin.

INTRODUCTION

Comme la plupart des pays en développement engagés dans les réformes soutenues par les Institutions de Bretton-Woods, les pays de l'espace AA-HJF, ont recours à l'aide publique pour favoriser leur croissance économique et améliorer le niveau de vie de leur population.

Cette aide désigne des concours de natures et de formes variées, apportés aux pays en développement par ceux du nord et les organismes internationaux. Elle peut être d'origine publique ou privée²⁰⁴, mais seule l'aide accordée par les organismes publics, appelée aide internationale au développement ou aide publique au développement (APD) entretient des rapports directs avec les systèmes financiers des pays bénéficiaires.

Selon le Comité d'aide au développement (CAD) de l'OCDE, l'APD désigne « tous les apports de ressources fournis aux pays et territoires sur la liste des bénéficiaires d'APD, par les institutions multilatérales », et qui répondent aux critères ci-après :

- émaner d'organismes publics, y compris les États et les collectivités locales, ou d'organismes agissant pour le compte d'organismes publics ;
- avoir pour but essentiel de favoriser le développement économique et l'amélioration du niveau de vie des pays en développement ;

²⁰⁴ L'aide d'origine privée est constituée par les investissements de capitaux effectués par des sociétés étrangères (sous forme de prises de participations, de prêts bancaires) ou par des transferts en natures ou en espèces effectués par des organismes à but non lucratif comme les ONG et les associations ;

- être assortie de conditions favorables et comporter un élément de libéralité au moins égal à 25 %.

En sont exclus, les concours non financiers qui prennent la forme de coopération technique au développement.

L'APD peut être bilatérale, lorsque l'Etat fournisseur transfère lui-même les flux d'aide au profit de l'Etat bénéficiaire ; ou multilatérale, lorsque les transferts s'effectuent par l'intermédiaire des organismes internationaux (multilatéraux).

Dans ses composantes actuelles, l'aide publique au développement comprend les appuis budgétaires, les dons et les emprunts. Dans les pays en développement demandeurs d'aide publique, les dépenses courantes absorbent l'essentiel des ressources budgétaires et rendent difficile le financement du Programme d'Investissement Public (PIP). Le Ministre chargé des finances est donc habilité par l'Assemblée Nationale à rechercher les voies et moyens pour assurer l'équilibre financier du budget de l'Etat et négocier avec toute source de financement intérieur et extérieur. Il s'ensuit que le budget de l'Etat bénéficie de façon structurelle d'un apport substantiel de ressources extérieures qui viennent combler le besoin de financement.

Dans le cas de la présente communication, l'accent sera mis sur les appuis budgétaires, les dons et les emprunts qui financent le budget des pays de l'espace AA-HJF et les modalités de leur contrôle par les juridictions financières de ces pays.

Dans cette perspective, les développements qui suivent s'articulent autour des points ci-après :

- le concept d'appui budgétaire, ses éléments caractéristiques et les conditions d'éligibilité à ces ressources.
- les procédures de mobilisation et d'encaissement ;
- les contrôles effectués sur ces fonds et les résultats.

1- Le concept de l'appui budgétaire, ses caractéristiques et les conditions d'éligibilité à ces ressources

L'appui budgétaire et ses composantes

L'appui budgétaire

L'appui budgétaire (AB) peut être défini comme la méthode de financement du budget d'un pays partenaire par le transfert de ressources d'un Partenaire Technique et Financier sur le compte du gouvernement (compte du Trésor Public) de ce pays tenu à la Banque Centrale²⁰⁵. Les fonds transférés sont fongibles et sont donc gérés selon les procédures budgétaires nationales (propre système d'allocation, d'acquisition des biens et services et de comptabilité) du pays bénéficiaire. Le décaissement de ces ressources est conditionné par un catalogue de réformes et d'indicateurs, dont la définition et l'examen régulier sont l'objet d'un dialogue politique entre bailleurs et pays partenaires.

Sont exclus de cette définition, les fonds transférés au Trésor Public pour le financement de projets ou de programmes gérés selon des procédures budgétaires différentes de celles du pays partenaire (pays bénéficiaire) avec l'intention de cibler les ressources pour des utilisations spécifiques.

On distingue deux types d'appuis budgétaires : l'appui budgétaire général et l'appui budgétaire sectoriel.

L'Appui Budgétaire Général (ABG) implique des transferts d'argent au budget général, sans affectation à des dépenses pré-identifiées et couvre la stratégie d'ensemble du pays bénéficiaire. Il se traduit par des résultats concrets au niveau macroéconomique, en matière de gestion des finances publiques, de réduction de la pauvreté ou de réformes économiques et sociales.

Les Appuis Budgétaires Sectoriels (ABS) impliquent aussi des transferts d'argent au budget général sans affectation à des dépenses pré-identifiées. Mais à l'inverse des ABG, ils soutiennent la mise en œuvre d'une politique dans des

²⁰⁵ CAD/OCDE, 2006, « Harmoniser l'aide pour renforcer son efficacité », volume 2

secteurs spécifiques. Le dialogue, les conditions et les obligations de résultats s'appliquent à ces secteurs particuliers.

L'appui budgétaire général se distingue de l'appui budgétaire sectoriel par le niveau du dialogue entre les bailleurs de fonds et le gouvernement du pays bénéficiaire. Pour cet appui, le dialogue est focalisé sur les questions de politique et de priorités budgétaires globales.

Qu'il soit général ou sectoriel, cet appui est mis en place, sous forme de dons et de prêts à des taux concessionnels et est conditionné par la mise en place d'un programme approuvé par les bailleurs de fonds.

L'ABG est un instrument novateur de la coopération financière au développement. Elle a émergé à la fin des années 1990. Son apparition est le résultat des enseignements tirés de l'application des anciennes formes d'appuis financiers, de nature macroéconomique.

L'appui budgétaire général a succédé à l'aide à la balance des paiements qui était fournie épisodiquement à des pays faisant face à des déséquilibres soudains et marqués de leurs comptes extérieurs, par exemple à la suite de chocs défavorables sur leurs termes de l'échange. L'objectif était alors centré sur la stabilisation macroéconomique à court terme, par un apport en devises permettant le financement d'importations pour permettre à l'économie de continuer de fonctionner. Dans certaines instances, ce financement était « lié », dans la mesure où l'on ne finançait que des importations en provenance du pays bailleur de fonds. Le contrôle et l'interaction entre pays bailleur et pays bénéficiaire pouvaient ainsi se limiter essentiellement à une vérification des factures d'importation à concurrence du montant d'aide octroyé, le dialogue politique étant essentiellement « délégué » aux programmes des institutions financières internationales (Fonds monétaire international et Banque mondiale). Même si l'objectif poursuivi, à savoir, contribuer à éviter une crise de la balance des paiements, était atteint à court terme, ce type d'appui ne s'avérait guère soutenable dans la durée et n'offrait pas de réel soutien à la mise en œuvre d'une politique de développement social et économique à moyen terme.

Avec l'apparition, au cours des années 1990, des stratégies de réduction de la pauvreté et d'une réflexion plus globale sur les politiques de développement, se sont développés des instruments de nature programmatique, visant à une plus grande cohérence entre l'action décentralisée, parfois isolée, des projets et les appuis macroéconomiques.

Cette nouvelle approche qui traduit l'engagement multilatéral des bailleurs en faveur de l'aide a été formalisée avec la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide du 2 mars 2005 et le Programme d'actions d'Accra du 4 septembre 2008.

Elle a recentré la finalité de l'aide sur les problématiques de lutte contre la pauvreté et parachevé le processus de réflexion entamé depuis les années 1997. Après l'adoption des Objectifs du Millénaire pour le Développement en 2000, il est apparu impératif de rechercher des résultats à grande échelle. Les appuis programmatiques, tel l'appui ou l'aide budgétaire, ont précisément pour dessein de mettre en cohérence les objectifs des politiques macroéconomiques et des politiques sectorielles au travers du budget des Etats partenaires.

La plupart des pays africains à faible revenu ainsi que les bailleurs de fonds y intervenant ont adhéré à la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au développement. Les rapports entre bailleurs et pays bénéficiaires s'organisent désormais autour de cinq (5) principes promouvant l'efficacité de l'aide que sont : l'appropriation, l'alignement, l'harmonisation, la gestion axée sur les résultats et la responsabilité mutuelle quant aux résultats obtenus en matière de développement.

Les dons et les emprunts

Les dons sont des apports de ressources sans contrepartie qui ne nécessitent pas de remboursement. Ils sont à l'opposé des emprunts qui doivent être remboursés dans les conditions prévues par les conventions signées par les parties.

Même s'ils prennent la forme de dons (exclusivement dans le cas de certains partenaires comme la Suisse), ces appuis ne sont pas pour autant des «chèques en blanc », puisque leur décaissement dépend de la réalisation d'un certain nombre de critères de performance communément agréés entre pays

bailleurs et bénéficiaires et faisant l'objet d'un examen régulier. Le choix de ces deux types de ressources dépend de la nature des programmes soumis au financement, de la situation financière du bénéficiaire et de la politique habituellement appliquées par le bailleur.

Les emprunts programmes inclus dans les appuis budgétaires sont des ressources à des conditions de faveur octroyées généralement par les institutions de Brettons Wood (FMI, Banque Mondiale) aux pays sous un programme approuvé par ces bailleurs. Il faut les distinguer des autres ressources qui peuvent être mobilisées (emprunts obligataires) par le Trésor public, en application des dispositions de la loi de finances, pour gérer la trésorerie de l'Etat. Les emprunts obligataires qui sont des opérations souvent cautionnées par le Banque centrale sont destinés à capter une partie de la trésorerie disponible tant dans la zone monétaire du pays qu'en dehors de celle-ci et de la mettre à la disposition du Trésor Public. Ils permettent de mesurer la qualité de la signature de l'émetteur (Trésor Public) et partant du pays concerné. Périodiquement, plusieurs Etats y ont recours et arrivent à collecter des fonds à des montants qui dépassent les prévisions.

Habituellement, les dons-programmes et les emprunts-programmes sont considérés comme des appuis budgétaires et comptabilisés comme tels. Le tableau ci-après qui présente la situation des décaissements des appuis budgétaires au Burkina Faso au 31 décembre 2013 en donne une illustration.

Tableau n°1 : Situation de suivi des décaissements des appuis budgétaires au 31 décembre 2013

Montant en FCFA

Partenaires	Nom du programme	Prévisions 2013	Montants décaissés	Taux de décaissement
1-Dons programmes		154 801 022 550	120 658 719 112	77,94%
Allemagne		262 382 800	2 312 182 829	881,22%
Danemark		11 861 648 000	10 925 039 106	92,10%
Pays Bas		11 807 226 000	11 807 226 000	100,00%
France		4 457 227 000	4 315 220 234	96,81%
Suède		2 943 467 450	2 893 819 724	98,31%
Suisse		4 000 000 000	4 234 000 000	105,85%
BAD				
Banque Mondiale		60 000 000 000	34 119 390 464	56,87%

Union européenne		59 469 071 300	50 051 840 755	84,16%
	II-Emprunts Programmes	29 800 000 000	4 830 124 425	16,21%
FMI		4 800 000 000	4 830 124 425	
Banque Mondiale		25 000 000 000		0,00%
TOTAL		184 601 022 550	125 488 843 537	67,98%

Source: DGCOOP / DSPF

Les caractéristiques générales et les avantages de l'appui budgétaire

Les appuis budgétaires présentent plusieurs avantages.

Les ressources mobilisées sont directement fournies aux gouvernements partenaires et s'intègrent dans leurs systèmes d'allocation, de passation de marchés et de comptabilité.

Pour les pays bénéficiaires, ils contribuent à la responsabilisation des autorités. En effet, ces appuis sont toujours inscrits dans les lois de finances et sont par conséquent, soumis aux mêmes processus de décision et de contrôle parlementaire ainsi que les contrôles a priori et a posteriori prévus pour l'exécution des recettes internes et des dépenses de ces pays. C'est donc le Parlement- instance démocratique- qui, en définitive, joue un rôle important dans le processus d'allocation du budget.

Les transferts financiers effectués par les appuis budgétaires sont gérés par les pays bénéficiaires en utilisant les procédures et les modalités budgétaires qui sont celles du gouvernement. L'appui budgétaire est donc plus «facile» à gérer pour les pays bénéficiaires puisque les procédures suivies et les modalités budgétaires sont propres au gouvernement.

Les appuis budgétaires répondent mieux aux principes d'harmonisation (évite les procédures et les exigences différentes de chacun des donateurs), d'alignement (permet à l'aide apportée de correspondre aux priorités fixées par le pays bénéficiaire) et de renforcement des systèmes nationaux (renforce les capacités, y compris dans le domaine de la gestion des finances publiques, puisque la gestion se fait directement par le pays bénéficiaire).

Le passage à un appui budgétaire général répond enfin, du point de vue des bailleurs, à un enjeu de réduction des coûts de gestion. Ceux-ci s'en remettent aux administrations et aux procédures des Etats, au détriment des structures souvent ad hoc de gestion des aides-projets et des aides-programmes.

Les conditions d'éligibilité à ces ressources

Pour bénéficier de ces ressources, les pays candidats, doivent avoir :

- une politique et une stratégie nationale ou sectorielle bien définie ;
- une politique macroéconomique axée sur la stabilité ;
- un programme crédible et pertinent visant à améliorer la gestion des finances publiques.
- la transparence et le contrôle de l'exécution du budget de l'Etat.

Concrètement, tout pays à bas revenu désirant bénéficier de l'aide financière, ou de l'allègement de sa dette dans le cadre de l'Initiative en faveur des pays pauvres très endettés (IPPTE), doit au préalable préparer et soumettre à l'approbation du Conseil d'administration du FMI et de la Banque mondiale, un document programme, notamment le Document Stratégique de Réduction (ou Lutte contre) de la Pauvreté (DSRP). Dans ce document, il doit y définir ses

programmes, objectifs et actions de lutte contre la pauvreté et les modalités d'amélioration de son système de gestion budgétaire. En réponse, les bailleurs impliqués dans l'IPPTE s'engagent dès lors à annuler partiellement la dette de ce pays en contrepartie de la réallocation des ressources dégagées vers les dépenses prioritaires réductrices de la pauvreté.

Parmi les premiers pays éligibles à l'IPPTE figurent de nombreux pays africains de l'espace AA-HJF, notamment, le Bénin, le Burkina Faso, le Mali, le Niger et le Sénégal qui ont ainsi rédigé leur DSRP pour bénéficier de l'allègement de la dette. Les politiques contenues dans le DSRP sont définies avec la participation de la société civile.

L'exigence des bailleurs, notamment le FMI et la Banque mondiale, a été également à l'origine de deux autres types de documents budgétaires dans les pays cités. Il s'agit des Cadres de dépenses à moyen terme (CDMT) et des budgets-programmes élaborés au Burkina Faso, au Mali, au Bénin puis au Sénégal dès le début des années 2000. Suivant les exigences de ces bailleurs, les CDMT doivent assurer l'allocation pluriannuelle et sectorielle des dépenses publiques dans une perspective de gestion axée sur la performance. Ils répondent ainsi au problème de la programmation pluriannuelle des politiques et des ressources de mise en œuvre des DSRP, déjà préconisée par les mêmes bailleurs sous forme de budgets pluriannuels. Les budgets-programmes concrétisent l'orientation de la gestion vers l'atteinte de résultats, mesurables par rapport à des objectifs préalablement fixés.

Mais, l'introduction de ces nouveaux documents orientant le système de gestion vers la performance n'est en réalité qu'une « traduction concrète de la budgétisation par objectifs préconisée par les bailleurs multilatéraux qui, jusqu'alors insatisfaits de la conduite des approches sectorielles initiées au cours des années 90, se montrent désormais plus précis dans leurs recommandations qui établissent de manière claire leur préférence en faveur d'une classification des dépenses par catégories de « programmes », « de sous-programmes et « d'activités.

La modernisation des systèmes budgétaires des pays bénéficiaires de l'aide vers la recherche de performance est devenue une exigence de la quasi-totalité

des bailleurs multilatéraux et bilatéraux. Les pratiques de conditionnalité de performance comportent cependant des conséquences négatives sur les systèmes financiers des pays concernés.

2- Les procédures de mobilisation et d'encaissement de ces appuis

Dans le cas du Bénin par exemple, les procédures suivantes sont suivies :

Un compte Trésor Public est ouvert dans les livres de la Banque Centrale des Etats de l'Afrique de l'Ouest (BCEAO). Ce compte de dépôt enregistre les fonds provenant :

- de la clôture des comptes du Trésor Public domiciliés dans les banques privées ;
- des appuis budgétaires des partenaires techniques et financiers ;
- de l'escorte des véhicules d'occasion ;
- des loyers issus de la mise en location gérance de la SCB Lafarge.

Selon la Direction Générale du Trésor et de la Comptabilité publique, deux signatures sont obligatoires pour toute opération sur ledit compte. Il s'agit de:

- la signature du Directeur Général du Trésor et de la Comptabilité Publique (DGTCP) ou de son adjoint ;
- la signature du Receveur Général des Finances ou de celle de son fondé de pouvoir.

Ce compte fonctionne selon les règles classiques de fonctionnement d'un compte de disponibilités à savoir :

- opérations d'encaissement au crédit du compte ;
- opérations de décaissement au débit du compte.

Les encaissements se font par dépôt de chèque, par versement direct de numéraire, de bon de virement ou par ordre de virement bancaire comme c'est le cas des appuis des partenaires techniques et financiers.

Les décaissements sur le compte se font par virement de fonds au profit d'un autre compte intitulé Trésor Public du Bénin ouvert à la BCEAO pour l'exécution des dépenses courantes. Ils interviennent suivant les conditionnalités et les modalités prévues à l'accord signé entre les parties.

L'une des critiques formulées par la Chambre est que ce compte Trésor Public (fonds de dépôt) reçoit, en plus des appuis budgétaires des PTF, les fonds provenant de l'escorte des véhicules d'occasion, des loyers et des fonds résultant de la clôture des comptes du Trésor Public domiciliés dans les banques privées.

Cette situation n'est pas de nature à assurer une bonne lisibilité des appuis budgétaires qui portent sur des montants assez importants.

Face à ce constat, la Chambre a recommandé l'ouverture d'un compte spécifique aux appuis budgétaires de façon à favoriser son suivi.

3- Les contrôles effectués sur ces fonds et leur résultat.

Comme souligné plus haut, l'un des avantages des appuis budgétaires est qu'ils sont toujours inscrits dans les lois de finances et, par conséquent, sont soumis aux mêmes processus de décision et de contrôle parlementaire ainsi que les contrôles a priori et a posteriori prévus pour l'exécution des recettes internes et des dépenses des pays.

Chargées du contrôle du budget de l'Etat, les juridictions financières des pays de l'espace AA-HJF sont compétentes pour vérifier non seulement la mobilisation et l'encaissement de ces ressources mais également les opérations qui y ont été exécutées suivant les procédures prévues par leurs textes organiques.

Dans la pratique, le contrôle de ces appuis se fait à deux niveaux. Le premier niveau est celui de l'encaissement effectif de ces ressources qui est une

préoccupation des bailleurs de fonds et le deuxième niveau, celui de la régularité et de la sincérité des opérations qui y ont été imputées.

Le contrôle de l'encaissement effectif des appuis budgétaires par le Trésor public

Ce type de contrôle est développé par certaines juridictions de l'espace qui s'appuient sur les Termes de référence définis par le Ministère chargé des Finances, en application du protocole d'accord signé avec les PTF.

Ainsi au Bénin, il est procédé à l'audit des flux financiers suivant les termes de référence transmis par lettre en date du 3 décembre 2008 à la Chambre des comptes de la Cour Suprême et élaboré en application du point 8.7 du protocole d'accord entre le Gouvernement du Bénin et les Partenaires au Développement relatif aux appuis budgétaires . Ce protocole a été signé par le Ministre béninois des finances et les partenaires que sont : la Commission européenne, le Royaume des Pays Bas, l'Allemagne, le Danemark, la France, l'Agence Française de Développement, la Suisse, la Banque Africaine de Développement et la Banque Mondiale.

Suivant les termes de ce protocole, « le Gouvernement fera faire par la Chambre des Comptes, un audit des flux financiers au titre des appuis budgétaires octroyés à travers le compte du Trésor ouvert au nom de l'Agent comptable central du Trésor. Cet audit vise à s'assurer, que les appuis budgétaires ont été effectivement encaissés par le Trésor public et que les dépenses sont exécutées conformément aux règles et procédures en vigueur au Bénin. Il fournira aux PTF une situation des mouvements de fonds sur ledit compte ».

Suivant les TDR, la Chambre devra :

- décrire les procédures en vigueur pour l'encaissement et le décaissement de fonds sur le compte « Trésor public : fonds de dépôt »;
- faire pour chaque partenaire le point des décaissements d'appuis budgétaires, en monnaie locale de décaissement et en francs CFA;
- faire le point de l'encaissement des appuis budgétaires par le Trésor public;

- expliquer les raisons d'un écart éventuel entre les montants déclarés décaissés par les partenaires et ceux ayant effectivement été reçus par le Trésor Public ;
- présenter l'état récapitulatif des décaissements relatifs aux opérations budgétaires (virements sur le compte ordinaire du Trésor Public, autres opérations budgétaires) et les décaissements concernant les opérations non budgétaires (montant global des remboursements des dépôts et consignations) effectués sur le compte ;
- adresser au Ministre de l'Economie et des Finances un rapport final (un original et cinq copies) en fin de mission.

Un dispositif similaire est en place au Burkina Faso où il est prévu également un audit des flux financiers mais plutôt par un cabinet d'audit sélectionné dont la mission est :

- de collecter de l'information financière sur les appuis auprès de la BCEAO, du Trésor public et des PTF ;
- d'exécuter des contrôles généraux.

Les contrôles prescrits à ce cabinet sont exécutés suivant les Termes de référence et consiste à rassurer les PTF de la budgétisation des appuis alloués.

A l'exception de la Cour des comptes du Sénégal qui est en discussion avec le Luxembourg pour l'audit des flux financiers soutenus par ce pays, un tel dispositif n'existe pas dans les autres pays de l'espace AA-HJF présents à cette formation. Les ISC de ces pays s'en tiennent aux compétences qui leur sont dévolues par la loi pour contrôler la gestion de l'ensemble des ressources budgétaires quelle que soit leur origine.

Au niveau de la juridiction financière béninoise, la mission est effectuée au moyen de questionnaires adressés à toutes les parties concernées (PTF, Direction Générale du Trésor et de la Comptabilité Publique, Cellule de Suivi des programmes économiques et financiers) complétés par l'examen des documents

produits, des registres tenus et les entretiens notamment avec le Receveur Général des Finances (RGF) et certains cadres du Ministère chargé des finances.

Dans son rapport, la Chambre rappelle dans quel cadre s'inscrit sa mission et émet son avis sur le fondement de ses attributions conférées par la loi n° 2004-07 portant composition, organisation, fonctionnement et attributions de la Cour suprême qui en son article 45 dispose : « la Chambre des comptes peut procéder à des enquêtes et formuler des avis à la demande du Gouvernement et du Parlement sur toutes questions d'ordre financier et comptable relevant de ses compétences ».

La version provisoire de ce rapport est adressée au MEF et aux PTF aux fins de recueillir sous délai les informations non fournies lors de l'instruction ainsi que leurs commentaires sur les constatations de la Juridiction.

Le rapport définitif est arrêté après exploitation des éléments de réponses fournis par les intéressés. Dans son contenu, ce rapport, en dehors du contexte et de la justification, présente le compte bancaire ouvert à la BCEAO, le point des ressources des PTF enregistrés sur le compte, le point des opérations portées en débit ainsi que l'opinion et les recommandations de la Chambre des Comptes

Le contrôle de la régularité et de la sincérité des opérations exécutés sur ces appuis.

Comme l'a rappelé la Chambre dans son rapport sur les flux financiers au titre des appuis budgétaires de 2008 et 2009, les appuis budgétaires sont fongibles. Les retraits de fonds ne portent pas spécifiquement sur les appuis. Le Trésor puise sur ses disponibilités en comptes sans qu'il ne soit possible d'identifier les fonds d'appuis. Ces fonds sont dès lors comptabilisés dans les comptes du Trésor et utilisés conformément aux procédures d'exécution des dépenses publiques en vigueur.

A l'instar des autres dépenses du budget général de l'Etat, les dépenses financées par les appuis budgétaires ne pourront être examinées par la Juridiction que dans le cadre d'un contrôle de la gestion ou de l'apurement des comptes du Receveur général des finances, comptable principal de l'Etat. Ces contrôles

nécessitent une planification de la mission, une évaluation des risques et le choix des critères et des procédés de vérification adaptés.

Il reste surtout à espérer que ce contrôle soit effectué dans des délais raisonnables pour ne pas décourager les PTF. Les dispositions prévues à la nouvelle loi organique relative aux lois de finances, qui enferment l'apurement des comptes des comptables publics dans un délai de cinq ans, sont une invitation à ces juridictions afin qu'elles examinent rapidement les comptes qui leur sont soumis. Cela suppose qu'elles soient soutenues dans leur fonctionnement et bien étoffées sur le plan des effectifs.

Les résultats

Comme on peut le constater, l'intervention des juridictions financières actives dans ce domaine se limite au contrôle de l'encaissement effectif des appuis budgétaires à travers un audit des flux financiers suivant des TDR définis par le Ministère chargé des finances.

Même s'il permet de répondre à la préoccupation des PTF exprimée dans les protocoles d'accord, ce contrôle à minima est loin de satisfaire les besoins d'information sur la gestion des appuis budgétaires qui portent sur des montants importants.

Il est souhaitable que les ISC de l'espace s'investissent dans le contrôle de la gestion de l'ensemble des ressources allouées aux Etats avec un regard sur l'utilisation des appuis budgétaires, afin d'apporter leur contribution à la bonne gestion des finances publiques.

En conclusion, il faut retenir que les juridictions financières des pays de l'espace AA-HJF sont compétentes pour contrôler les appuis budgétaires, tant à la phase de leur budgétisation qu'à la fin de l'exécution des opérations imputées. Elles peuvent effectuer tous les types de contrôle prévus par leurs textes organiques et pour lesquels elles ont acquis une expérience avérée. Ce faisant, elles peuvent rassurer les PTF et vérifier que les ressources allouées contribuent à favoriser le développement économique et améliorer le niveau de vie de ces pays. Ces juridictions sont au centre du dispositif de contrôle du budget de l'Etat, en

raison de leur indépendance, des pouvoirs qu'elles détiennent en vertu de la loi.
Par ailleurs, leur intervention ne coûte rien à l'Etat.

Merci pour votre attention

AUDIT DE LA DETTE PUBLIQUE

Par le **Professeur Emmanuel HOUNKOU,**

Agrégé des Facultés de Gestion - Université d'Abomey Calavi

INTRODUCTION

Les financements extérieur et intérieur sous forme d'emprunts, doivent s'inscrire dans une vision globale impliquant une croissance économique soutenue et équilibrée et in fine le paiement du service de la dette. A ce titre, la définition d'une stratégie annuelle d'endettement s'avère nécessaire. Elle fait partie intégrante des fonctions principales de gestion de la dette et vise à assurer le financement des besoins de développement national sans compromettre la viabilité de la dette et la soutenabilité des finances publiques.

En ce qui s'agit des nouvelles formes de dettes publiques les gouvernements, faisant face aux contraintes des ressources publiques se tournent de plus en plus vers le secteur privé comme apport alternatif supplémentaire pour combler le manque de financement.

Ces nouvelles formes d'endettement permettent grâce à l'intervention du secteur privé de raccourcir les délais de réalisation des travaux et d'optimiser les coûts d'entretien ultérieurs. En effet, l'investisseur conçoit, réalise et exploite l'équipement. Il va donc pouvoir chercher à mettre en œuvre des innovations technologiques en consacrant plus de moyens à l'investissement pour générer des économies sur le fonctionnement courant. Plusieurs questions réclament de réponses.

- Quels sont les risques liés au recours à ces nouvelles méthodes dans l'endettement public?
- Quel rôle devront jouer les Institutions Supérieures de Contrôle (ISC) dans ce nouveau contexte de l'endettement public?

- Comment les juridictions financières peuvent –elles dans le cas des audits, appréhender les risques contenus dans ces nouveaux engagements proposés à vos états?
- Dans quelles mesures le juge financier pourrait-il intégrer ces nouvelles réalités dans son office?

Clarification conceptuelle

L'audit de la dette publique vise à s'assurer de la maîtrise des risques liés à l'endettement public, c'est-à-dire est ce que les critères de coûts et de délai sont bien respectés de même que la soutenabilité de la dette sur les finances publiques?est un outil qui participe de la rationalisation et de l'efficacité des ressources d'emprunts compte tenu de l'insuffisance des ressources intérieures nécessaires au financement du développement.

La **dette publique** est composée de la dette extérieure et de la dette intérieure. Dans le cadre de l'audit de la dette publique, sont considérés comme **dette extérieure** les éléments de dette libellés en devises étrangères contractés auprès des créanciers multilatéraux et des créanciers bilatéraux.

La **dette intérieure** concerne donc tous les autres instruments libellés en monnaie locale.

- Le **partenariat public-privé (PPP)** est un mode de [financement](#) par lequel une autorité publique fait appel à des [prestataires](#) privés pour financer et gérer un équipement assurant ou contribuant au [service public](#). Le partenaire privé reçoit en contrepartie un paiement du partenaire public et/ou des usagers du service qu'il gère. Ce mode de financement est présent dans de nombreux pays sous des formes variées.
- **Les PPP sont des contrats de longue durée en vertu desquels le secteur privé fournit des biens et des services d'infrastructures qui sont traditionnellement du ressort de l'État**

Les différents types de Partenariat Public Privé

Les délégations de service public (DSP) : il s'agit non d'un bien ou d'un terrain, mais d'un service public, dont la gestion est confiée au privé. A la différence d'un marché public, dans le cas d'une DSP, le partenaire privé se rémunère à [partir](#) de l'exploitation du service. Les cas classiques de DSP sont la gestion d'un théâtre ou d'un [cinéma](#) appartenant à la ville, ou le fait de confier.

Les contrats de partenariat (CDP): cette forme juridique permet à l'Etat ou à une collectivité locale de [déléguer](#) tout ou partie d'une série d'actions : financement, entretien, rénovation, exploitation, maintenance et gestion d'ouvrages ou équipements nécessaires à un service public. Ces contrats, les plus souvent décriés, sont en cours de réforme

Avantages des nouvelles formes de dette publique

Un certain nombre de raisons expliquent recours au PPP par les Etats. Au nombre des raisons nous pouvons énumérer :

- Les PPP sont des moyens d'introduire la technologie et l'innovation du secteur privé afin de proposer des services publics de meilleure qualité grâce à une meilleure efficacité opérationnelle;

- Encourage le secteur privé à fournir les projets dans les délais et le budget impartis;
- Impose un certain degré de certitude budgétaire en définissant les coûts des projets d'infrastructure présents et à venir au cours du temps;
- les PPP sont des moyens de développer les capacités du secteur privé local par l'intermédiaire d'une propriété conjointe avec de grandes entreprises internationales, ainsi que comme une possibilité de sous-traitance pour les entreprises locales dans des domaines tels que les travaux publics, les travaux électriques, la gestion des équipements, les services de sécurité, les services de nettoyage, les services d'entretien, etc.;
- Les PPP sont des moyens d'exposer progressivement les entreprises publiques et le gouvernement à l'augmentation du niveau de participation du secteur privé (notamment étranger) et de structurer les PPP de manière à

assurer le transfert des compétences créant des entités habilitées qui peuvent éventuellement exporter leurs compétences par l'intermédiaire d'appels d'offres pour des projets/des joint-ventures;

- Diversifier l'économie grâce à une meilleure compétitivité du pays au niveau de la simplification de la base des infrastructures, ainsi que stimuler son commerce et son industrie associés au développement des infrastructures (tels que la construction, l'équipement, les services de soutien, etc.);
- Compléter les capacités limitées du secteur public pour répondre à la demande croissante en développement des infrastructures;
- Dégager un rapport qualité-prix à long terme grâce à un transfert de risques adéquat vers le secteur privé tout au long du projet : de la conception/construction à l'exploitation/l'entretien.

Les risques liés aux nouvelles formes d'endettement public

Un certain nombre de risques potentiels sont associés aux PPP:

Il convient de distinguer les risques budgétaires et les autres formes de risques,

Risques budgétaires

Les infrastructures qui s'exécutent par ce mode de financement n'ont pas d'ancrage budgétaire dans la loi de finances. Ainsi, les PPP peuvent présenter des risques budgétaires importants :

- Dépenses hors budget qui échappent désormais aux contrôles (contrôle administratif, contrôle juridictionnel et contrôle législatif) (c'est important de le souligner).
- Dette hors bilan et création de passifs éventuels et futurs
- Les PPP réduisent la flexibilité budgétaire à long terme, et peuvent menacer la viabilité macroéconomique c'est-à-dire que **le risque de surendettement**

sera élevé. Ce qui à long terme risque de peser sur la capacité de l'Etat à faire face au remboursement des fonds empruntés.

- Autres Risques

- Le développement, les appels d'offres et les coûts permanents des projets de PPP sont susceptibles d'être plus importants que ceux des procédés traditionnels de passation de marchés publics:
- Il existe un coût lié à la dette : alors que la participation du secteur privé peut permettre d'obtenir plus facilement des financements, ceux-ci seront disponibles uniquement lorsque les flux de trésorerie liés à l'exploitation de la société de projet fourniront un retour sur investissement (c'est-à-dire que le coût doit être porté soit par les clients, soit par le gouvernement par le biais de subventions, etc.).
- Certains projets peuvent être plus faciles à financer que d'autres (si une technologie qui a fait ses preuves en fait partie et/ou s'il est facile d'identifier l'étendue des obligations et la responsabilité des secteurs privés), certains projets entraîneront des revenus uniquement dans la devise locale

Il est possible qu'il soit politiquement ou socialement plus difficile d'introduire et de mettre en œuvre certains projets que d'autres : en particulier si la main-d'œuvre du secteur public existante craint d'être transférée au secteur privé, si d'importantes augmentations tarifaires sont nécessaires pour rendre le projet viable, s'il existe des problématiques majeures liées aux terres ou au transfert de population, etc.

Le risque supporté est limité : les entreprises privées (et leurs organismes prêteurs) feront preuve de prudence avant d'accepter des risques importants qui échappent à leur contrôle, tels que les risques de change/le risque des actifs existants. Si elles y consentent, leur tarif reflètera les risques supportés.

Les entreprises privées souhaiteront également s'assurer que les règles du jeu seront respectées par le gouvernement quant à son engagement en matière d'augmentation des tarifs/de réglementation équitable, etc. S'il doit supporter des

risques majeurs, le secteur privé attendra également un niveau important de contrôle sur les opérations.

Rôles des Institutions Supérieures de contrôle

- Compte tenu des risques liés aux nouvelles formes d'endettement publiques, les juges des ISC doivent prendre des précautions afin d'éviter le désastre. Au nombre des précautions nous pouvons citer :
- Les juges des ISC doivent s'assurer si les coûts des contrats sont justifiés et concurrentiel. Un certain nombre de PPP et d'unités de mise en œuvre ont développé des méthodes d'analyse de ces coûts afin d'examiner le rapport qualité-prix.
- Le secteur privé réalisera uniquement ce pourquoi il est payé: par conséquent, il est donc nécessaire de définir précisément les mesures incitatives et les critères de performance dans le contrat. Il faut mettre l'accent sur les critères de performance basés sur les résultats et relativement facile à contrôler.
- La responsabilité du gouvernement est pérenne dans la mesure où les citoyens continueront à tenir le gouvernement pour responsable de la qualité des services publics. Les auditeurs de la cour suprême doivent veiller à ce que le gouvernement conserve suffisamment d'expertise, que ce soit par l'intermédiaire de l'organisme chargé de l'exécution et/ou par l'intermédiaire d'un organisme réglementaire, pour être en mesure de comprendre les accords de PPP, de s'acquitter de ses propres obligations conformément à cet accord de PPP et de surveiller les performances du secteur privé ainsi que de faire respecter ses obligations
- Le secteur privé est susceptible de posséder une plus grande expertise et, après un court laps de temps, avoir un avantage sur les données relatives au projet. Il est important de veiller à ce des obligations de déclarations précises et détaillées imposées à l'opérateur privé soient mises en place afin de réduire ce déséquilibre potentiel.

- Pour parvenir à une solution durable, il est essentiel d'établir un cadre juridique et réglementaire précis.
- La réforme des finances publiques en cours migre le rôle traditionnel de la juridiction financière (la chambre des comptes au Bénin ou cour des comptes) vers la **certification des comptes**.
- Le rôle des ISC s'est accru dans le cadre du contrôle de l'exécution des lois de finances. Pour y parvenir les ISC doivent bénéficier des moyens de tout genre (humain, matériel et financier).

Comment les juridictions financières peuvent-elles appréhender le risque?

- Les ISC doivent être mieux outillées, se renforcer dans la maîtrise des nouveaux instruments de financement des infrastructures notamment les PPP dont le cadre juridique vient d'être défini par l'Assemblée Nationale du Bénin.
- Il faut dans la collecte de données ou d'informations que le juge financier demande les engagements hors bilan ie les dépenses exécutées budget.
- Le nouveau cadre budgétaire en vigueur au Bénin (notamment la Loi organique relative aux lois de finances) a retenu le recours aux PPP pour financer les investissements publics.

CONCLUSION

Quelques recommandations pour la gestion des nouvelles formes d'endettement

Les décideurs politiques devraient veiller à ce que la population ait connaissance des coûts, avantages et risques relatifs des partenariats public-privé par rapport aux modes traditionnels de passation des marchés. Pour que le grand public connaisse les partenariats public-privé, il convient de mener une démarche active de concertation et de dialogue avec les parties prenantes et faire participer

les utilisateurs finals à la définition du projet puis au suivi de la qualité du service fourni.

Les rôles et responsabilités institutionnels fondamentaux devraient être maintenus. Cela implique de conférer aux autorités chargées de la passation des marchés publics, aux unités chargées des partenariats public-privé, à l'autorité budgétaire centrale, à l'institution supérieure de contrôle des finances publiques et aux autorités de tutelle sectorielles des mandats clairs et des moyens suffisants pour bien assurer la passation des marchés, avec un partage clair des responsabilités.

Il convient de veiller à ce que tous les textes réglementaires importants susceptibles d'influer sur le fonctionnement des partenariats public-privé soient clairs, transparents et appliqués. Les formalités administratives devraient être réduites au minimum et les réglementations nouvelles ou déjà en vigueur devraient être soumises à une évaluation rigoureuse.

Il convient d'examiner de près quelle méthode d'investissement est la plus propice à une optimisation de la dépense publique. Les grands facteurs de risque et les principales caractéristiques de chaque projet devraient être évalués grâce à un test préalable des options envisageables pour la passation du marché. Ce test devrait permettre aux autorités de déterminer s'il y a lieu d'examiner plus avant la possibilité d'un partenariat public privé.

Il convient de transférer les risques vers ceux qui les gèrent le mieux. Les risques devraient être définis, identifiés, mesurés et mis à la charge de la partie pour laquelle la prévention des risques ou les conséquences de leur réalisation sont les moins coûteuses.

Les autorités chargées de la passation des marchés publics devraient être préparées à la phase d'exploitation du partenariat public-privé. L'optimisation de la dépense publique implique une vigilance et un effort tout aussi importants lors de cette phase que lors de celle qui la précède. Une vigilance particulière est de mise lors du passage à la phase d'exploitation, car c'est le moment où les acteurs publics chargés du partenariat public privé peuvent changer.

Les autorités devraient veiller à ce qu'il y ait suffisamment de concurrence sur le marché en ayant recours à des appels à la concurrence, voire en structurant le programme de partenariats public-privé de manière à ce qu'un marché fonctionnel demeure. S'il y a peu d'opérateurs sur le marché, les autorités devraient garantir des règles du jeu équitables dans le cadre de l'appel à la concurrence de façon à permettre à de nouveaux opérateurs de pénétrer sur le marché.

Dans le respect de la politique budgétaire du gouvernement, l'autorité budgétaire centrale devrait veiller à ce que le projet soit d'un coût abordable et à ce que l'enveloppe budgétaire globale consacrée aux investissements soit durable.

En définitive s'endetter aujourd'hui et faire payer les générations futures méritent de prendre des précautions afin d'éviter les conséquences néfastes sur les générations futures.

L'AUDIT DE PERFORMANCE : QUEL AVENIR POUR LE CONTROLE JURIDICTIONNEL?

Par Dr Outouloum A. SAMBO,

Conseiller – maître, Cour des comptes du Togo

INTRODUCTION

- Le cadre normatif des lois de finances dans l'UEMOA est fixé par les dispositions des articles 12, 13, 46 et 51 de la Directive n°06/2009 du 26 juin 2009 portant lois de finances au sein de l'UEMOA.
- L'audit de performance quant à lui, est encadré par les dispositions des articles 13, 51 et 75 de la Directive ci – dessus citée.
- La Directive n°7/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique (RGCP) au sein de l'UEMOA introduit en son chapitre 2, le contrôle juridictionnel.
- Au vu de cet encadrement juridique, la problématique que j'ai l'honneur d'introduire est "l'audit de performance : quel avenir pour le contrôle juridictionnel?".
- Pour ma part, le contrôle juridictionnel reste pertinent et ouvre de nouvelles perspectives dans les nouveaux paradigmes que la Directive n°06/2009 introduit à savoir, la gestion axée sur les résultats, la responsabilité des ordonnateurs, le sabotage économique et les crimes économiques.

Clarification conceptuelle

- Cette clarification s'impose pour mieux situer les deux types de contrôle :
 - ➔ Audit de performance ;
 - ➔ Contrôle juridictionnel.

Audit de performance

Conformément à l'ISSAI 300/9, l'audit de performance consiste à examiner de façon indépendante, objective et fiable si des entreprises, des systèmes, des opérations, des programmes, des activités ou des organisations du secteur public fonctionnent conformément aux principes d'économie, d'efficacité et d'efficacités et si des améliorations sont possibles.

- Il vise à fournir de nouvelles informations, analyses ou observations et le cas échéant, à recommander des améliorations.
- On peut identifier deux types d'audit de performance :
- L'audit direct de performance : l'organisme contrôlé fournit à l'auditeur les informations liées à sa gestion aux fins d'appréciation de ses performances de gestion. L'évaluation est faite en fonction de critères prédéfinis.
- L'audit d'attestation de performance : dans ce cas, l'audit se base sur le Rapport Annuel de Performance (RAP) issu du Programme Annuel de Performance (PAP), produit par l'organisme contrôlé. L'auditeur certifie la fiabilité des informations sur la base de critères prédéfinis et produit un rapport d'audit d'attestation des informations de performance contenues dans le rapport de performance élaboré par l'organisme audité.
- Dans le cadre de l'UEMOA, la Directive n°06/2009 (art.13, ali.4) fait obligation aux Cours des comptes de contrôler, sans préjudice de leurs missions de contrôle et de vérification de la régularité des opérations financières, **les résultats des programmes et à en évaluer l'efficacité, l'économie et l'efficacité.**
- Ainsi aux termes des dispositions de l'article 75, alinéa 3 de la Directive "la Cour des comptes exerce un contrôle sur la gestion des administrations en charge de l'exécution des programmes et dotations. Elle émet un avis sur les rapports annuels de performance".

Contrôle juridictionnel

- Le contrôle juridictionnel consiste à juger c'est à – dire, à prononcer une sentence (arrêt) sur **la régularité des comptes établis par les comptables publics** dans les différents services de l'État. Il s'agit d'un contrôle éminemment technique qui vérifie que les règles spécifiques s'imposant aux comptables publics sont bien respectées.
- La sentence peut être une décharge au profit du comptable si les comptes sont réguliers.
- Un débet est émis si des recettes n'ont pas été recouvrées ou si des dépenses ont été irrégulièrement effectuées.
- La Cour peut déclarer, comptable de fait toute personne qui intervient irrégulièrement dans le maniement des deniers publics.
- La comparaison entre les deux types de contrôle des finances publiques est établie dans le tableau ci-dessous.

	Audit de performance	Contrôle juridictionnel
Objectif	Contrôler et vérifier la régularité des opérations financières, les résultats des programmes et à en évaluer l'efficacité, l'économie et l'efficience (D. n°06/2009 art.13, ali.4)	Juger c'est à – dire, prononcer une sentence (arrêt) sur la régularité des comptes établis par les comptables publics dans les différents services de l'État
		et se prononcer sur la qualité de la gestion des ordonnateurs notamment la bonne exécution de leurs programmes (art.97, RGCP)

Type de mission	Missions d'attestation directe	Mission d'attestation, mission d'appréciation directe ou les deux à la fois
Documents requis	Annexes explicatives développant par programme, dotation, budget annexe et comptes spéciaux du trésor, le montant définitif des crédits ouverts, des dépenses et, le cas échéant, des recettes constatées;	Compte de gestion, sur chiffres et sur pièces par budget et par exercice budgétaire définitivement clôturé (RGCP, art.97, ali. 2).
	Rapports annuels de performance (RAP) par programme rendant compte de leur gestion et de leurs résultats (art.50. D. LF)	
Principal livrable	Recommandations devant permettre d'améliorer l'économie, l'efficacité ou/et l'efficacité dans la gestion de l'entité auditée	Arrêt sur : - les cas de non-conformité (infractions) aux textes législatifs et réglementaires applicables à l'entité auditée ou décharge ; - la bonne exécution des programmes.

- Au regard de ce tableau, la différence fondamentale entre l'audit de performance et le contrôle juridictionnel n'apparaît qu'au niveau du livrable :
- ✓ Recommandations devant permettre d'améliorer l'économie, l'efficacité ou/et l'efficacité dans la gestion de l'entité auditée pour l'audit de performance ;
- et sentence sur :
- les cas de non-conformité (infractions) aux textes législatifs et réglementaires applicables à l'entité auditée ou décharge ;

- la bonne exécution des programmes, pour le contrôle juridictionnel.

Perspectives du contrôle juridictionnel dans le contexte d'une gestion axée sur les résultats

Le contrôle juridictionnel est la continuité de l'audit de performance ;

L'audit de performance est un précieux instrument pour engager la responsabilité des ordonnateurs en matière de contrôle juridictionnel ;

- L'audit de performance est un outil de lutte contre la corruption et les sabotages et crimes économiques en matière de contrôle juridictionnel.

Contrôle juridictionnel, continuité de l'audit de performance

- Les relations entre la régularité, l'efficacité, l'économie et l'efficience confèrent à l'examen de la gestion et à l'évaluation, des objectifs convergents (voir tableau : objectifs).
- L'efficacité, l'économie et l'efficience ne peuvent pas être atteintes sans un minimum de respect par les gestionnaires de la législation en vigueur.
- Le contrôle juridictionnel qui s'attache à vérifier la régularité des comptes contribue à améliorer la performance.
- Finalement, le contrôle juridictionnel n'est rien d'autre que la continuité de l'audit de performance.
- Aux termes des dispositions de l'article 97 de la Directive n°7/2009/CM/UEMOA du 26 juin 2009 portant Règlement Général sur la Comptabilité Publique (RGCP) au sein de l'UEMOA "la cour des comptes juge les comptes des comptables publics et se prononce sur la qualité de la gestion des ordonnateurs, notamment la bonne exécution de leurs programmes".

Audit de performance, précieux instrument pour engager la responsabilité des ordonnateurs en matière de contrôle juridictionnel

- La responsabilité des ordonnateurs est engagée par l'article 14 de la même Directive qui stipule : "les ordonnateurs sont personnellement responsables des contrôles qui leur incombent dans l'exercice de leurs fonctions.
- Ils encourent une responsabilité qui peut être disciplinaire, pénale ou civile, sans préjudice des sanctions qui peuvent leur être infligées par la Cour des comptes à raison des fautes de gestion".
- Quant aux membres du gouvernement et aux présidents des institutions constitutionnelles, la Directive laisse la latitude à chaque membre de prévoir dans sa constitution, les responsabilités encourues.
- L'audit de performance en "**évaluant l'efficacité, l'économie et l'efficience**" (D. n°6/2009 art.13;ali.4), permet au contrôle juridictionnel de "**se prononcer sur la qualité de la gestion des ordonnateurs notamment la**
- **bonne exécution de leurs programmes**" (D.n°7/2009 art.14 RGCP) et d'engager la responsabilité des ordonnateurs autres que les membres du gouvernement et les présidents des institutions constitutionnelles, non seulement sur les fautes de gestion (D.n°6, art.80) mais aussi sur d'autres aspects tels que la corruption et les crimes économiques.

Audit de performance outil de lutte contre la corruption, le sabotage et crimes économiques pour le contrôle juridictionnel

- L'audit de performance ne se limite pas seulement à des programmes, entités ou fonds spécifiques ;
- il peut inclure des activités (avec leurs réalisations, leurs effets et leurs incidences) ou des situations existantes (y compris leurs causes et leurs conséquences) (ISSAI 300/19).
- Au – delà des fautes de gestion pour lesquels les ordonnateurs peuvent être poursuivis, l'analyse **des causes et des conséquences** en cas de mauvaises performances, constitue une piste sérieuse pour détecter les actes de corruption, de sabotage et de crimes économiques.

CONCLUSION

- Au terme de cette présentation, l'on ne peut pas douter de l'apport inestimable de l'audit de performance au renforcement du contrôle juridictionnel.
- La responsabilité des comptables publics et des ordonnateurs surtout délégués, se trouve ainsi engagée.
- Désormais, ce ne sont pas seulement les fautes de gestion des ordonnateurs qui sont sanctionnées mais aussi des actes tels que la corruption, le sabotage et crimes économiques qui sont visés.
- Il importe donc de renforcer les capacités des membres des Cours des comptes dans ce nouveau contexte d'une gestion axée sur les résultats et des missions nouvelles qui en découlent.

L'AUDIT DE PERFORMANCE : QUEL AVENIR POUR LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL ?

Par M. Norbert KASSA

Conseiller Technique du Président de la Cour des comptes de l'UEMOA

PLAN DE PRESENTATION

- I. OBJECTIFS DE LA REFORME DES FINANCES PUBLIQUES AU SEIN DE LUEMOA**
- II. PRINCIPALES INNOVATIONS EN MATIERE DE PRESENTATION, D'ELABORATION DE VOTE, D'EXECUTION ET DE CONTRÔLE DE L'EXECUTION DU BUDGET DE LETAT**
- III. ELARGISSEMENT DU CHAMP DES COMPETENCES DE LA COUR DES COMPTES ET SON IMPACT SUR LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DEVOLU A LA COUR**
- IV. DISPOSITIONS A PRENDRE POUR UNE INTERVENTION EQUILIBREE DE LA COUR, AU REGARD DE L'ETENDUE DE SES COMPETENCES DE CONTRÔLE**

CONCLUSION

I. OBJECTIFS DE LA REFORME DES FINANCES PUBLIQUES AU SEIN DE LUEMOA

- ❑ Trois objectifs majeurs :
- ❖ Instaurer une transparence effective dans la gestion des affaires publiques, en élaborant des documents budgétaires lisibles accessibles et compréhensibles.
- ❖ Renforcer la lisibilité et la clarté des choix stratégiques des politiques publiques
- ❖ Améliorer l'efficacité de la dépense publique.

II. PRINCIPALES INNOVATIONS EN MATIERE DE PRESENTATION, D'ELABORATION DE VOTE, D'EXECUTION ET DE CONTRÔLE DE L'EXECUTION DU BUDGET DE LETAT

- ✓ La programmation pluriannuelle
- ✓ L'importance de la classification de l'action publique par programme, articulés autour des politiques publiques assorties d'objectifs résultats et indicateurs de performance
- ✓ L'accroissement du rôle du Parlement
- ✓ La déconcentration de la fonction d'ordonnateur et l'octroi de marges de manœuvre aux gestionnaires
- ✓ Le renforcement du contrôle financier
- ✓ L'élargissement des compétences dévolues à la Cour des comptes, notamment l'audit de performance.

III. ELARGISSEMENT DU CHAMP DES COMPETENCES DE LA COUR DES COMPTES ET SON IMPACT SUR LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DEVOLU A LA COUR

3.1. Compétences dévolues à la Cour des comptes

- ✓ Compétences originelles
 - Missions de contrôle et de vérification des opérations financières (les lois de finances) et jugement des comptes de gestion
 - Contrôle des comptes et de la gestion des organismes publics
 - Rapport sur l'exécution de la loi de finances et délivrance de la déclaration de conformité
 - Sanctions pour fautes de gestion
- ✓ Compétences nouvelles
 - Contrôle des résultats des programmes et évalue l'efficacité, l'économie et l'efficience
 - Formulation d'un avis sur les Rapports Annuels de Performance (RAP) et des recommandations d'amélioration
 - Formulation d'un avis sur le système de contrôle interne et le dispositif de contrôle de gestion ainsi que la qualité des procédures comptables et des comptes
 - Audit des comptes des finances publiques à chaque alternance politique (2.7 du Code de transparence)

3.2. Observations sur l'exercice des compétences originelles dévolues à la Cour des comptes

- La plupart des Cours des comptes de l'UEMOA

- ✓ effectuent, régulièrement et à bonne date, le contrôle de l'exécution des lois de finances et produisent les rapports y afférents
- ✓ assurent, régulièrement et à bonne date, le contrôle des comptes des collectivités territoriales.
- ❖ En revanche, elles accusent un important retard dans l'apurement des comptes de l'Etat, du fait :
 - de la non production des comptes des comptables principaux de l'Etat
 - que les comptes produits ne sont pas en état d'examen.
- ❖ Les Cours des comptes de l'UEMOA de quatre Etats (Burkina Faso, Côte d'Ivoire, Niger et Sénégal) ont, à leur actif, une certaine expérience en matière de sanctions de fautes de gestion, pour avoir ouvert, à ce titre, plusieurs dossiers de sanctions de fautes de gestion, dont la plupart sont toujours en cours d'instruction.

3.3. Conséquences du bilan mitigé de l'exercice des compétences originelles de la Cour

- ✓ La prise en compte des nouvelles compétences engendrera, sans nul doute, une surcharge de travail, dans un contexte marqué, entre autres, par :
 - l'insuffisance du personnel existant dédié aux activités de contrôle
 - le départ des anciens Conseillers en fin manda, en application des dispositions en vigueur (Burkina Faso et Togo), ayant pourtant bénéficié des formations au titre des compétences originelles et nouvelles de la Cour
 - l'insuffisance de formation des Vérificateurs aux techniques et méthodes de contrôle,
- ✓ Le risque de voir relégué au second plan, soit l'exercice des compétences de contrôle nouvelles, soit celui des compétences originelles, bien qu'elles constituent des compétences complémentaires.

3.3. Conséquences du bilan mitigé de l'exercice des compétences originelles de la Cour

- ✓ Si la situation restait telle au niveau des Cours des comptes, il est à craindre que l'exercice des nouvelles compétences, notamment l'audit de performance, qui est au cœur de l'amélioration de la dépense publique, ne prenne le pas sur l'exercice régulier et diligent de certaines compétences originelles, en l'occurrence le jugement des comptes, c'est-à-dire le contrôle juridictionnel, dont le bilan d'exécution est généralement faible, surtout s'agissant des comptes des comptables publics de l'Etat, comparativement aux autres types de contrôle.

3.3. Œuvrons à privilégier la complémentarité du contrôle juridictionnel et de l'audit de performance

- Face à cette problématique, il convient de réaffirmer la complémentarité des nouvelles compétences et des compétences originelles de la Cour des comptes
- ✓ En effet, un contrôle juridictionnel peut être révélateur des insuffisances, dysfonctionnements et des contreperformances de l'entité contrôlée, au point de déboucher ensuite sur un contrôle de la gestion, aux fins de rechercher les principales causes des faiblesses relevées.
- ✓ De même, un contrôle de performance peut, suite aux irrégularités mises en évidence, donner lieu à l'ouverture d'un contrôle juridictionnel, voire un contrôle de régularité, un jugement des comptes d'un comptable public, ou à l'ouverture d'une instance de sanction de fautes de fautes,
- Il n'y a donc pas de conflit en les deux types de contrôle.
- ✓ **IV. DISPOSITIONS A PRENDRE POUR UNE INTERVENTION EQUILIBREE DE LA COUR AU REGARD DE L'ETENDUE DE SES COMPETENCES DE CONTRÔLE**
- ✓ Renforcer les moyens humains des Cours des comptes nationales, en effectif, et en formation,

- ✓ Permettre au personnel chargé de la vérification d'évoluer au sein de leur juridiction, suivant un plan de carrière stable et sécurisant
- ✓ Instaurer, au sein de leur juridiction, une politique de contrôle intégrant dans le Programme Annuel de Vérification (PAV)
- ✓ aussi bien des contrôles à caractère juridictionnel (jugement des comptes des comptes publics, sanction de fautes de gestion) ;
- ✓ que des contrôles à caractère non juridictionnel (audit de performance, contrôle de la gestion, contrôle thématique.
- ✓ Amener les pouvoirs publics à valoriser des contrôles effectués par les Cours des comptes, en produisant, suivant les normes professionnelles, des rapports de contrôle de qualité et dans les délais requis, afin de les inciter, à juste titre, à réserver les suites idoines aux recommandations et injonctions contenues dans lesdits rapports.

CONCLUSION

- ✓ L'audit de performance doit être perçu comme un type de contrôle complémentaire au contrôle juridictionnel, et vice versa.
- ✓ L'audit de performance n'est pas en conflit avec le contrôle juridictionnel. Bien au contraire, chacun d'eux a une place de choix dans le dispositif de politique de contrôle de la Cour.
- ✓ L'essentiel est de produire, suivant les normes professionnelles, à l'issue de l'audit de performance ou de tout contrôle juridictionnel un rapport de qualité, exploitable et constructif à tous égards, en termes de contribution de la Cour des comptes à la préservation des deniers publics, à l'utilisation efficace des ressources publiques et à l'amélioration la qualité des dépenses publiques, par les organismes publics.

JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

LES DIFFICULTES D'EXECUTION DES DECISIONS DES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES DANS L'ESPACE AA-HJF

Par **M. Yaya BOIRO**, Juge à la Cour de Justice de la CEDEAO

Mesdames et Messieurs

Permettez-moi d'introduire mon intervention par une citation de M. Luzius Wildhaber, alors Président de la Cour européenne des Droits de l'Homme, quand il décrivait en 1998 les défis qu'aurait à relever le mécanisme européen de protection des Droits de l'Homme, à l'occasion du 50^{ème} anniversaire de la Convention européenne des Droits de l'Homme : « Dans les années à venir, le succès du système de la Convention sera principalement évalué à l'aune de trois critères : la durée de la procédure devant la Cour, la qualité des arrêts de celle-ci et l'efficacité avec laquelle ces arrêts seront exécutés. » fin de citation

En Afrique, ces défis restent également une préoccupation largement partagée tant au niveau interne qu'au niveau des espaces communautaires francophones au sein desquels évoluent nombre d'institutions juridictionnelles dont, entre autres, la Cour commune de justice et d'arbitrage (OHADA), la Cour de justice et la Cour des comptes de l'UEMOA, la Cour de justice de la CEMAC et la Cour de justice de la CEDEAO.

Ces Hautes juridictions, de façon générale, jouissent d'une architecture institutionnelle moderne et rendent des décisions qui sont à la hauteur des attentes des populations. Mais les difficultés surgissent dès qu'il s'agit de procéder à leur exécution. C'est l'intérêt que suscite le présent thème soumis à la réflexion de nos assises dont la pertinence n'est plus à démontrer dans les jeunes démocraties où la Justice constitue l'un des fondements de l'Etat de droit véritablement démocratique.

Au demeurant, il est question ici de savoir quelle est la portée sinon l'autorité des décisions rendues par les juridictions communautaires africaines dans l'espace de l'Association dite l'Association des Hautes Juridictions Francophones ? L'exécution de leurs décisions est-elle effective ? Existe-t-il des sanctions en cas de réticence ou de refus des Etats d'y procéder ? Quelles solutions faut-il envisager contre les difficultés d'exécution ?

La réponse à ce questionnement, nous conduit à affirmer que si les juridictions communautaires africaines exercent des compétences élargies et rendent des décisions qui s'imposent aux Etats, l'effectivité de leur exécution demeure, à ce jour, une grande préoccupation.

Dans la présente étude, nous nous bornerons donc à faire un rappel sommaire des compétences dévolues aux juridictions communautaires francophones dans l'espace AA-HJF (I) avant d'aborder l'effectivité de l'exécution des décisions par elles rendues (II).

I- Bref aperçu des attributions des juridictions communautaires dans l'espace de l'Association dite AA-HJF

Il s'agit ici simplement de déterminer la nature des attributions dévolues aux juridictions communautaires(A) et d'évaluer sommairement l'autorité des décisions par elles rendues (B).

A- Les attributions

Le cadre de la présente étude ne permet pas d'aborder de manière exhaustive les compétences des Hautes juridictions concernées par l'AA-HJF à savoir : la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA), la Cour de justice et la Cour des comptes de l'UEMOA, la Cour de justice de la CEMAC et la Cour de justice de la CEDEAO.

Il importe toutefois de souligner qu'en règle générale, les Hautes juridictions communautaires jouissent à la fois d'attributions juridictionnelles et consultatives.

Certaines juridictions, comme la Cour de justice de l'OHADA et la Cour de justice de la CEDEAO, sont en plus compétentes en matière d'arbitrage. A noter toutefois que la Cour de la CEDEAO n'a, à ce jour, géré aucun dossier d'arbitrage, faute d'un Règlement d'arbitrage.

Après ce bref survol des compétences, il convient de cerner la question de l'autorité des décisions rendues par les juridictions susvisées.

B- L'autorité des décisions rendues

L'impact des décisions rendues par les hautes juridictions ci-devant indiquées se mesure à leur autorité vis-à-vis du juge national en cas de recours

préjudiciel et vis-à-vis des Etats et de leurs démembrements quand ils sont condamnés.

Dans le premier cas relatif au recours préjudiciel, il convient de préciser que l'initiative émane toujours d'une juridiction nationale ou d'une autorité à fonction juridictionnelle soit d'office soit à la demande d'une partie. Ces juridictions disposent d'une liberté d'appréciation. Le recours préjudiciel ainsi porté devant le juge communautaire amène celui-ci à entreprendre une décision ayant force de chose jugée à l'égard de tous. L'unité d'interprétation du droit communautaire qui constitue l'objectif essentiel du recours préjudiciel, serait gravement compromise si les arrêts des juridictions communautaires ne s'imposaient pas au juge national.

Toutefois, il convient de préciser sur ce point que la procédure de contrôle de l'application du droit communautaire par les juridictions nationales au sein de l'UEMOA, laisse apparaître une relation de collaboration entre les juridictions nationales et celles communautaires.

La Cour de l'UEMOA et celle de la CEDEAO ne disposent pas du pouvoir d'invalider les décisions des juridictions nationales, comme le ferait par exemple la Cour de l'OHADA, même lorsque l'application du droit communautaire est en cause. Mais elles se bornent à donner des indications sur le droit communautaire auquel le juge national est tenu de se conformer.

Dans le second cas, il y a lieu de préciser que les décisions rendues par lesdites juridictions communautaires s'imposent aux Etats et à leurs démembrements. Ces derniers peuvent cependant exercer des recours sur la base des textes régissant chaque juridiction.

Au niveau de la Cour de justice de la CEDEAO, ces recours sont organisés par les articles 90 à 93 du Règlement qui prévoient l'opposition, la tierce opposition et la révision comme étant les seules voies de recours.

Comme nous le constatons, ce bref rappel des attributions des Hautes juridictions et de l'autorité des décisions par elles rendues sont un bon début d'explication de l'effectivité de l'exécution de celles-ci.

II- L'effectivité de l'exécution des décisions rendues par les juridictions communautaires

Il est bien connu que la *jurisdictio* (capacité du juge de dire le droit) et l'impérium (pouvoir d'imposer une solution aux parties), constituent les deux

facettes de l'activité juridictionnelle du juge. Autrement dit, le juge se borne à dire le droit et non à le réaliser, car en règle générale, l'exécution de ses décisions lui échappe pour relever de la sphère des organes politiques. Même dans le cadre du système universel, l'hypothèse de l'inexécution des arrêts de la CIJ a été envisagée. Ainsi, aux termes de l'article 94 de la Charte des Nations Unies :

« Si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité et celui-ci, s'il le juge nécessaire, peut faire des recommandations ou décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt ».

Il va sans dire que les arrêts rendus par les hautes juridictions communautaires comme la Cour Commune de justice et d'arbitrage (OHADA), la Cour de justice et la Cour des comptes de l'UEMOA, la Cour de justice de la CEMAC, et la Cour de justice de la CEDEAO, n'ont qu'un caractère déclaratoire, faute de « police générale ».

A ce titre, nous pouvons renchérir sur l'idée de François Tulkens selon laquelle « Un arrêt(...) n'est pas une fin en soi : il est la promesse d'un changement pour l'avenir, le début d'un processus qui doit permettre aux droits et libertés d'entrer dans la voie de l'effectivité ».

Aborder donc cette question d'effectivité des décisions juridictionnelles revient à en faire l'état des lieux (A) et à présenter les sanctions applicables en cas de non-respect des décisions communautaires (B).

A- L'état des lieux

Cette étude nous conduit à mettre en exergue les forces du dispositif juridique et institutionnel qui règle la question de l'exécution des décisions de justice communautaire, avant de dégager certaines faiblesses d'ordre juridique, politique et social.

1- Les forces

Il existe au niveau de chacune des juridictions communautaires citées ci-haut, un dispositif légal qui donne une force exécutoire à ses décisions.

Sans entrer dans les détails, ce qui pourrait se révéler fastidieux et sans grand intérêt, nous nous proposons, à titre indicatif, de rappeler certaines dispositions relatives à la Cour de justice de l'OHADA et celle de la CEDEAO.

Ainsi, dans le traité OHADA, il est prévu à l'article 20 que les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire.

De même, tant l'article 22 du Traité révisé de la CEDEAO et l'article 24 du Protocole additionnel de 2005 prévoit que les Etats membres ont l'obligation d'exécuter les décisions de la Cour de justice de cette Communauté.

Enfin, l'article 62 du Règlement va dans le même sens, précisant que « l'arrêt de la Cour a force obligatoire à compter du jour de son prononcé ».

Il ressort de ces dispositions que la Cour de la CEDEAO n'a point besoin d'ordonner l'exécution de ses propres décisions qui sont exécutoires à l'égard des Etats dès leur notification.

Dans cet ordre d'idée, la Cour, usant de son impérium, a pu ordonner à la Gambie (dans l'affaire qui l'opposait à Chief Ebrima Manneh) de « libérer le prévenu dès réception de la décision ». De même, dans l'affaire Hussein Habré contre le Sénégal, la Cour de la CEDEAO a pu dire que « ...même si le Sénégal a reçu mandat de l'Union africaine pour juger M. Habré, la procédure de jugement ne doit pas être confiée aux juridictions nationales déjà existantes au risque de porter atteinte aux droits de l'ancien Président tchadien... ».

Aussi, faut-il rappeler que dans le dispositif juridique, il est prévu des sanctions face à certains manquements. Ainsi, dans l'Acte additionnel du 17 février 2012 portant régime des sanctions à l'encontre des Etats membres de la CEDEAO qui ne respecteraient pas leurs obligations vis-à-vis de la CEDEAO, il est expressément prévu des sanctions d'ordre judiciaire et politique.

A titre d'exemple, il est prévu qu'en cas de manquement, l'Etat ne peut présenter des candidatures aux postes statutaires, ni prendre part au vote. Il peut même être suspendu de toutes les activités de la Communauté, sans compter le gel de ses avoirs financiers au sein de l'institution.

Cependant, les forces du dispositif légal qui viennent d'être évoquées ne doivent pas occulter les faiblesses du système en place.

2- Les faiblesses

Les faiblesses du système sont à trois niveaux : juridique, politique et socio-culturelles.

Au plan juridique, nombre de textes régissant nos juridictions communautaires pèchent par leur insuffisance, leur silence ou leur obscurité.

A titre d'exemple, à l'OHADA, même si les arrêts de la CCJA sont en principe exécutoires dès leur signification, l'OHADA ne dispose pas matériellement de moyens de contrainte propres. Elle manque à cet égard de moyens de coercition, ce qui peut rendre incertaine l'exécution de certaines décisions. Aussi, la problématique de l'immunité d'exécution dont jouissent les Etats-parties notamment dans l'espace OHADA est-elle entière. Cette immunité d'exécution est un facteur de blocage de certaines décisions.

A la CEDEAO, il ne faudrait pas se faire trop d'illusions. L'arsenal juridique n'est pas sans faille. Il y est prévu par exemple que l'exécution des décisions est laissée à l'autorité nationale qui est désignée à cet effet par chaque Etat.

A ce jour, pas plus de trois ou quatre Etats se sont acquittés de l'obligation de désigner ladite autorité.

Au plan politique, il est important de rappeler que nombre de décisions communautaires se heurtent à la résistance des Etats concernés. Ce manque de volonté politique conduit souvent à l'inexécution des décisions de justice communautaires. Sur ce plan, la liste des affaires en suspens est assez longue notamment au niveau de la Cour de justice de la CEDEAO.

Au plan social et culturel, il existe des obstacles sérieux quant à l'exécution des décisions de justice. Il peut s'agir de l'hostilité qui anime les populations compte tenu de l'extranéité du droit qui sous-tend la décision prononcée.

Face aux obstacles évoqués, il importe de réfléchir sur des solutions qui pourraient aider à endiguer le mal.

B- Les perspectives

Pour réaliser l'effectivité de l'exécution des décisions rendues par les juridictions communautaires, il apparaît nécessaire d'entreprendre les mesures ci-après :

Au plan national

- Former les services compétents en matière d'exécution des décisions rendues par les juridictions communautaires ;

- Désigner une autorité qui sera chargée de l'exécution des décisions de justice.

Au niveau international

- Promouvoir des mesures de sensibilisation au niveau de tous les Etats membres de la Communauté afin de susciter une volonté politique de la part des pouvoirs publics ;
- Elaborer des règles communes d'exécution des décisions de manière simple, moderne, et adaptée aux situations économiques de nos Etats.
- Promouvoir le rôle des hautes juridictions dans la régulation des décisions de justice et l'harmonisation du droit des Etats membres.
- Assurer la formation continue des juges communautaires afin d'améliorer la qualité des décisions de justice et permettre qu'elles interviennent dans un délai raisonnable.

CONCLUSION

Au terme de cette brève présentation, un constat s'impose : Pas de Justice ni d'Etat de droit démocratique sans une exécution effective des décisions judiciaires fussent-elles rendues au niveau national ou communautaire.

Aussi, notre étude a-t-elle révélé qu'en dépit de la pertinence et de la densité du cadre juridique et institutionnel mis en place pour rendre exécutoires et plus crédibles les décisions des juridictions communautaires dans notre espace francophone, ces institutions ne rendent que des décisions à caractère déclaratoire, faute de police générale.

Cette situation est aggravée par le fait que les sanctions prévues par les textes de la Communauté à l'encontre des Etats qui refusent de se soumettre aux décisions rendues sont, pour la plupart des cas, inopérantes, faute d'une réelle volonté politique.

C'est pourquoi, il importe à la fois de renforcer la formation des cadres et agents chargés d'animer toutes les institutions communautaires et de promouvoir

des mesures de sensibilisation au niveau des Etats membres dans l'espace de l'AA-HJF afin de susciter une adhésion plus large de tous les acteurs concernés.

Mesdames et Messieurs,

Je caresse l'espoir que cette introduction sommaire du sujet nous aura permis de susciter des réflexions plus approfondies afin d'enrichir nos débats.

Merci de votre attention

LE REFERE DEVANT LES JUGES COMMUNAUTAIRES

Par M. **Abraham ZINZINDOHOUE**,

Avocat, Ancien Président de la Cour suprême du Bénin et de la Cour de Justice de l'UEMOA.

INTRODUCTION

Le référé au singulier est à la fois une institution, une juridiction et une procédure.

La procédure civile est le berceau de la procédure des référés.

Le référé est une institution aujourd'hui ancienne.

Le référé aurait été institué par la procédure et la jurisprudence du Châtelet de Paris telles qu'entérinées par un Edit du 22 janvier 1685, pour répondre à des exigences de rapidité procédurale. Il a été véritablement consacré par le titre XVI de la première partie du code de procédure civile de 1806, qui l'a étendu à toute la France. L'article 806 dudit code disposant ainsi, assignant au référé ses limites aujourd'hui considérées comme traditionnelles (et même dépassées) que « dans tous les cas d'urgence, ou lorsqu'il s'agirait de statuer provisoirement sur les difficultés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement », le Président du Tribunal de Première Instance était autorisé à statuer par des ordonnances qui, aux termes de l'article 809 du code de procédure civile ne devraient faire « aucun préjudice au principal » étaient « exécutoires par provision ».

Le référé s'est développé tout au long du XIX^e siècle, principalement à Paris sous l'impulsion du Président Debelleyme, Président du Tribunal Civil de la Seine de 1829 à 1856, dont les ordonnances et les circulaires aux avoués et aux huissiers ont fait longtemps autorité.

Le référé a par la suite connu une extension régulière grâce à l'œuvre du législateur : pouvoirs de référé octroyés au Président du Tribunal de Commerce, au Président du Tribunal paritaire des baux ruraux, en matière de pêche maritime, pouvoirs étendus en métropole comme en outre-mer. Le référé n'en était pas moins confiné à une fonction préparatoire et conservatoire, en cas d'urgence et/ou

d'évidence, pour ne pas présenter les garanties traditionnellement considérées comme indispensables à une bonne administration de la justice : il statue seul (on rappellera la formule de Loisel : « juge unique, juge unique »), il statue très vite et après une instruction rapide.

Le succès non démenti du référé depuis l'édition du code de procédure civile tient de la conjoncture des nouveaux textes, de la stratégie jurisprudentielle favorable de la Cour de Cassation et des besoins des praticiens.

La juridiction des référés n'est plus **une juridiction accessoire** mais bien une Institution autonome à part entière.

Jacques Normand, professeur émérite à l'Université de Reims Champagne-Ardenne dans sa préface à la première édition de l'ouvrage de référence intitulé *Les Référés de Messieurs Jacques et Xavier VUITTON*²⁰⁶ Avocats de renoms, met en exergue l'ouverture quasi encyclopédique de l'étude sur les référés. Au pluriel. Un pluriel qui n'avait jamais été à ce point mérité disait-il puisque se trouvent englobés dans une même étude les référés civils, les référés administratifs et les référés propres à la procédure pénale.

Le succès de la procédure de référé n'épargne ni la matière d'arbitrage, ni le droit communautaire européen ou africain, objet de la présente communication où seront abordés en premier point, les pouvoirs et la compétence du juge communautaire des référés et en second point, les modalités de mise en œuvre de ses pouvoirs, la procédure au terme de laquelle il statue et les mesures qu'il peut prendre.

I- POUVOIRS ET COMPETENCES DU JUGE DES REFERES

Les conditions d'intervention du juge

L'urgence, absence de contestation sur le fond

La Compétence :

Interprétation et application du Traité (article 14) divers recours (article 15)
recours directs et indirects

²⁰⁶ Jacques et Xavier VUITTON, *Les Référés*, Procédure Civile, Contentieux administratif, Procédure pénale, 3^e édition, Lexis Nexis.2012-Paris.

II- La mise en œuvre des pouvoirs du juge

La procédure :

Ecrite et orale

La décision

Ordonnance de référé, motivée, exécutoire autorité de la chose jugée au provisoire.

CONCLUSION

Concepts de base : urgence, contestation sérieuse, dommage imminent, trouble manifestement illicite etc./.

1- Règlement N° 01/96/CM

Portant Règlement de Procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA

Titre IV : Des Procédures spéciales.

CH1. Du sursis et des autres mesures provisoires. Page 84

2. Le règlement de la Cour de Justice de la Communauté - CEDEAO

Titre III : Des Procédures spéciales

CH.1. Du sursis et des autres mesures provisoires par voie de référé.

3. Jurisprudence CJ UEMOA

LA PROBLEMATIQUE DU DROIT PENAL DES AFFAIRES DEVANT LE JUGE COMMUNAUTAIRE

Par **M. Birika Jean Claude BONZI**,
Ancien Président de Chambre à la Cour de cassation du Burkina Faso,
Formateur des formateurs en droit OHADA

INTRODUCTION

Depuis quelques années, les Etats africains conjurant leur balkanisation leur permettant d'affronter la mondialisation ont entrepris de créer de grands ensembles économiques et juridiques,

C'est dans ce contexte que le 17 octobre 1993, certains se sont regroupés pour créer l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) et la mise en place d'une juridiction communautaire, pour assurer la sécurité juridique et judiciaire par une unité d'interprétation et d'application du Traité Institutif et des normes dérivées. L'organisation adoptait plusieurs Actes uniformes dans le domaine du « droit des affaires » directement applicables « nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ». Ces lois communautaires, conformément à l'article 5 du Traité « incluent des dispositions pénales, pour mieux protéger et encadrer l'action des acteurs du monde des affaires.

En ce qui concerne la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, réfléchir sur la problématique du droit pénal des affaires, invite à identifier et à cerner les problèmes qui découlent de la mise en œuvre des dispositions pénales contenues dans les Actes uniformes. Le siège de cette problématique se trouve dans les dispositions des articles 5, 13 à 16 du Traité. Ces dispositions fixent le processus d'élaboration des Actes uniformes en faisant intervenir deux législateurs et en donnant compétence au juge pénal.

I : Deux législateurs pour une loi pénale

Cette problématique découle des dispositions de l'article 5, alinéa 2 du Traité qui dispose que "*les Actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incriminations pénales. Les Etats parties s'engagent à déterminer les sanctions encourues*". Dans cette disposition on retient la volonté du législateur OHADA, de faire appel au législateur national pour compléter une règle commune par la détermination des sanctions encourues, opérant ainsi une répartition entre le législateur communautaire et le législateur national.

&1 : la répartition des tâches

Les dispositions de l'article 5 du Traité donne la faculté à l'OHADA d'édicter les incriminations. Quant aux peines, il appartient au législateur national de les fixer.

1 : Le législateur OHADA détermine les incriminations

Le législateur OHADA, en se réservant le domaine de la détermination des incriminations, semble vouloir orienter la politique criminelle applicable aux Etats parties dans toutes les matières uniformisées. La commission de ces faits porte atteinte à l'ordre public communautaire. Une telle approche ne s'inscrit pas dans la démarche habituelle des Etats.

En effet, toute loi pénale nationale tire ses motivations et repose sur une politique criminelle prédéfinie. Cette politique criminelle tend à faire de la loi, le reflet de leurs profondes aspirations et de leur volonté propre. Pour atténuer les effets de ces insuffisances du processus d'élaboration de la loi pénale des affaires, le législateur requiert la participation des experts des différents Etats parties. Malheureusement ce accommodage ne vide pas les critiques relatives au processus législatif. Du reste, les matières énumérées par l'article 2 du traité comme entrant dans le droit des affaires, n'incluent pas toutes les matières qui relèvent du droit des affaires.

La loi pénale d'interprétation restrictive, n'est complète que si « elle contient deux parties : l'incrimination et la sanction encourue ». Si elle ne pose que des incriminations seulement, elle ne respecte pas le principe de la légalité des peines et ne pourrait jouer sa fonction d'informer le citoyen de la gravité des faits constitutifs d'infractions et permettre à l'Etat d'exercer son droit de punir.

2 : Le législateur national fixe les sanctions encourues

Au sens des dispositions de l'article 5 al2 précité, il appartient aux Etats de fixer les peines encourues. Cette partie de la loi pénale des affaires donne à cette loi deux régimes juridiques : l'Acte Uniforme qui comprend les incriminations est un texte communautaire, supranational et les textes qui contiennent les peines applicables relèvent des législations nationales. La conséquence est double : le risque d'une disparité de sanctions selon les Etats. Chaque Etat fixera la sanction en tenant compte de l'atteinte que l'infraction peut porter à son ordre public interne. Certaines infractions pourront être punies de sanctions criminelles dans un pays alors qu'un autre Etat détermine des peines correctionnelles. On assiste par conséquent à l'échec de l'harmonisation du droit pénal des affaires.

Cette dualité législative pose le problème de la nature du contentieux né de l'application du droit pénal des affaires. Elle pose également le problème de la date d'entrée en vigueur. Cette date est-elle celle de la date d'entrée en vigueur de l'Acte Uniforme qui contient les incriminations ou la date d'entrée en vigueur de la loi nationale qui fixe les sanctions encourues ?

En opérant un partage de l'œuvre législative entre le législateur supranational et le législateur national, quelles sont les conséquences qui en découlent ? Quels sont les effets d'un tel processus législatif ?

&2 : Les effets de la dualité législative

La dualité législative si elle fait participer le législateur national à l'élaboration d'un acte uniforme pose plusieurs problèmes notamment :

la nature de la loi née de la dualité législative ;

les rapports entre le juge communautaire et le juge des Hautes Juridictions de cassation ;

1 : La nature de la loi née de la dualité législative

Il s'agit d'une loi en deux parties : dans sa face d'incrimination, la loi pénale des affaires est une loi supranationale ; dans sa partie contenant les peines applicables, elle est une loi nationale. Cette loi réglementant une même réalité juridique doit-elle être prise dans son ensemble en tant que loi supranationale ou analysée différemment chaque partie conservant son autonomie juridique ?

Se pose alors la problématique : quelle est la nature des dispositions pénales ? Sont-elles soumises au régime juridique des Actes Uniformes ? Ou chaque portion sera-t-elle soumise au régime juridique de son auteur ? De cette réflexion on peut envisager deux approches. Dans un premier temps si l'on considère que la disposition à caractère supranational prend le dessus sur la disposition nationale alors, l'interprétation reste de la compétence du juge communautaire. Mais si l'on veut que chaque juge applique la loi de son législateur alors il est logique que les décisions appliquant des sanctions pénales restent de la compétence des juridictions de cassation. C'est cette dernière solution qui a été adoptée par le Traité Institutif de l'OHADA en son article 14 : *« la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales... »*.

L'article 5 du traité précise que : *« les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent traité sont qualifiés « Actes Uniformes »*. Il s'en suit que les incriminations incluent dans les actes uniformes sont soumise au régime juridique des lois supranationales. Pour ce qui concerne la loi fixant les peines c'est une loi nationale inférieure aux actes uniformes. La loi pénale des affaires supranationale par ses incriminations et de la loi nationale par les peines fixées a pour effet que sa modification va obéir au régime juridique de chaque partie ; ainsi les incriminations seront revues suivant la procédure d'adoption des actes uniformes et les peines suivant les procédures du législateur national. La suprématie de la loi communautaire sur la loi nationale fait que le législateur communautaire impose sa volonté au législateur national surtout si on prend en compte l'article 10 du traité qui dispose que *« les Actes Uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats parties nonobstant toute disposition contraire du droit interne, antérieur ou postérieur »*.

2 : Les rapports entre le juge communautaire et le juge national de cassation

La dualité législative pose également la problématique des rapports du juge communautaire avec la juridiction nationale de cassation. En d'autres termes, le pourvoi en cassation est-il dirigé devant le juge communautaire ou devant la juridiction nationale de cassation ? Cette interrogation semble trouver sa solution dans les dispositions de l'article 14 du traité qui semble reconnaître la compétence de deux juges.

II : Deux juges pour un contentieux

Cette problématique découle des rapports entre le juge communautaire et le juge national de cassation.

Le fondement juridique de cette problématique repose sur les dispositions des articles 5 et 14 du Traité OHADA. L'article 5 du Traité est la disposition qui a permis au législateur OHADA « d'inclure des dispositions d'incriminations pénales ». C'est cette même disposition qui demande aux Etats parties de fixer les peines encourues.

Quant à l'article 14, il dispose que : « la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure l'interprétation et l'application communes du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des Actes Uniformes et des décisions.

La Cour peut être consultée par tout Etat ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus.

Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'appel des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des règlements prévus au présent traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats parties dans les mêmes contentieux.

En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond. ».

En posant le principe qu'il appartient à la CCJA d'assurer l'interprétation et l'application commune du Traité ainsi que des règlements pris pour son application, des Actes Uniformes et des décisions, le traité indique clairement la CCJA, comme la juridiction compétente pour connaître en cassation, du contentieux des Actes Uniformes. En revanche en précisant « qu'à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales. », la compétence du juge communautaire est écartée et celle des juridictions nationales de cassation reconnue.

&1 : Le principe de la compétence de la CCJA

L'article 14 du Traité fait de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, la juridiction de cassation des décisions appliquant des Actes uniformes. Le droit pénal des affaires étant inclus en sa partie incrimination dans les différents Actes Uniformes, l'interprétation et l'application de ces Actes Uniformes relèvent en cassation de la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. Cette compétence est limitée à la partie incrimination. Or le droit pénal forme un tout ; les incriminations et les peines encourues. Ainsi le contentieux peut élever deux moyens tirés de la violation des dispositions concernant les incriminations ou qualification de l'infraction et celui qui vise la peine. Lorsque le moyen de cassation vise la qualification de l'infraction, c'est la CCJA qui est le juge compétent si l'on s'en tient aux termes de l'article 14 du Traité. On retient une compétence concurrentielle avec les juridictions nationales de cassation. La compétence du juge communautaire étant affirmée dans son principe, il importe de voir comment la CCJA peut-elle mettre en œuvre cette compétence.

1 : Les difficultés de la mise en œuvre de l'application du droit pénal des affaires devant la CCJA

La procédure devant la CCJA est définie par le Règlement de procédure de ladite Cour qui ne distingue pas suivant qu'il s'agit de la mise en œuvre du droit pénal des affaires ou du droit des affaires. Les décisions déferées sont celles où le juge n'a appliqué aucune sanction.

Par sa composition, la CCJA n'a pas de ministère public. La question est comment procéder sans la présence du ministère public maître de l'action publique ? On a l'impression que la CCJA n'a pas été instituée pour faire face aux contentieux en matière pénale. En effet, les dispositions du règlement de procédure sont inadaptées au contentieux pénal. A titre d'exemple, si le principe de la présence obligatoire de l'avocat va dans le sens du procès pénal, aucune disposition ne prévoit la désignation d'office d'un avocat.

La CCJA a pour mission de statuer en cassation et en cas de cassation d'évoquer. Par les attributions d'évocation, elle est un juge de fond qui va être confronté à l'application des règles du droit national de procédure. Du fait de son incompétence à interpréter et appliquer des règles du droit interne des Etats parties, on peut déduire que le juge communautaire n'est pas compétent en matière pénale. La jurisprudence de la CCJA nous donne une idée de sa position.

2 : La jurisprudence de la CCJA

La mise en œuvre du droit pénal des affaires devant le juge communautaire est illustrée par deux décisions :

- l'affaire ETONDE EKOTO Edouard Nathanaël *contre* Port Autonome de Douala (PAD) et le Ministère public ;

Dans cette affaire, la CCJA, a été saisie d'un recours en cassation contre l'arrêt N°38/CRIM du 11 juin 2009 rendu par la cour d'appel du Littoral statuant en matière criminelle .Par arrêt n° 053/2012 du 07 juin 2012, rendu par la deuxième chambre, le juge communautaire juge que « *la Cour de céans ne peut connaître, par la voie du recours en cassation, des affaires qui, bien que soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des règlements prévus au Traité concernant des décisions appliquant des sanctions pénales ; que l'arrêt n° 38/CRIM du 11 juin 2009 de la Cour d'appel du littoral, objet du présent pourvoi, a été rendu en matière criminelle....entre autres, déclaré l'accusé ETONDE EKOTO coupable de certains faits qui lui sont reprochés et l'a condamné à 15 ans d'emprisonnement ferme ; qu'il s'en suit que la Cour de céans doit se déclarer incompétente* » .

Dans cette affaire la Cour a appliqué les dispositions de l'article 14 qui la marginalise lorsque la décision déférée a prononcé des sanctions pénales. La décision attaquée devant la CCJA n'a pas fait que prononcer des sanctions pénales, elle a déclaré des accusés non coupables des faits de détournement de deniers publics, de coaction de détournement de deniers publics. Ainsi, WM est poursuivi pour détournement de la somme de 75 025 283 FCFA ; ZF ; K ; TCH ep NT pour la somme de 1 716 249 601 FCFA. Si l'arrêt attaqué devant la CCJA a prononcé des condamnations aucun des faits n'est visé par une disposition du droit pénal des affaires. Il ne posait aucun problème pour la Cour de soulever son incompétence. Cet espèce ne rentre pas dans l'hypothèse de la mise en œuvre du droit pénal des affaires devant le juge communautaire. Le détournement de deniers publics n'est visé par aucune disposition d'un Acte Uniforme : l'incrimination est faite par le législateur national qui a également prévu les sanctions.

Dans une deuxième affaire, Ibrahima Aboukhalil *contre* Etat du Sénégal et Ministère public représentés par l'Agent judiciaire de l'Etat, Messieurs Karim Meissa WADE, Mamadou POUYE, Pierre GOUDJO AGBOGBA et 6 autres, la CCJA, dans son arrêt n° 143/2016 du 14 juillet 2016 juge qu'il appert des dispositions de l'article 14 alinéa 3 du Traité « *que même si une décision soulève des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des règlements prévus au Traité tel qu'indiqué à l'article suscitée, elle ne peut ressortir de la compétence de la CCJA dès l'instant où elle applique des sanctions pénales ; que*

l'arrêt n° 02 du 23 mars 2015 rendu par la Cour de répression de l'enrichissement illicite attaqué, ayant condamné pénalement Ibrahim ABOUKHALIL et les autres ne peut qu'elles qu'en soient les motivations, être soumis à l'appréciation de la Cour de céans, qu'il y a lieu pour elle de se déclarer incompétente » . On remarque que comme le premier arrêt, le deuxième arrêt n'a visé des infractions dont les incriminations ont été posées par un Acte Uniforme au titre du droit pénal des affaires. La solution apportée par le Juge communautaire ne vide pas la problématique de toute sa substance. En effet, le juge communautaire, se déclare incompétent, en indiquant que l'arrêt querellé a prononcé des sanctions pénales. Il renvoie indirectement aux Cours suprêmes ou de cassation.

& 2 : La compétence des Hautes juridictions nationales de cassation

A la lecture des dispositions de l'article 14 du traité et des dispositifs et motifs de la jurisprudence CCJA, on peut dire que la compétence pour connaître en cassation du contentieux du droit pénal des affaires est dévolue aux juridictions nationales de cassation.

La première raison tire son fondement de l'article 14 du traité. En prescrivant que la CCJA est compétente pour connaître des décisions appliquant des Actes Uniformes mais « *à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.* », le législateur a instauré une compétence entre la CCJA et les Hautes juridictions nationales de cassation. Si l'on s'en tient à une interprétation littérale on peut dire que la CCJA est compétente pour connaître des décisions appliquant des Actes Uniformes et qui n'ont pas appliqué des sanctions pénales et les Hautes juridictions nationales compétentes pour connaître des décisions ayant prononcé des sanctions pénales dans le contentieux du droit des affaires. Les décisions appliquant des sanctions pénales supposent que le juge répressif a retenu la qualification des faits visant des incriminations précises et s'est prononcé sur la culpabilité, et enfin a appliqué les peines correspondantes. Le rôle de la CCJA consisterait à connaître en cassation, les décisions attaquées par des moyens de cassation qui critiquent la qualification des faits (mauvaise qualification des faits). Elle ne peut se prononcer sur une mauvaise application de la sanction. Un tel contentieux relève de la juridiction nationale de cassation. En scindant le procès pénal, on compromet la bonne administration de la justice.

Egalement, le bon sens, la logique et les exigences du procès pénal invitent à reconnaître une compétence totale des Hautes juridictions. Cette compétence ne saurait être limitée. La mise en place des Hautes juridictions nationales tient compte des spécificités des règles du droit pénal tandis que la CCJA est orientée et conçue pour statuer sur le contentieux des affaires dans sa partie commerciale

ou civile non répressive. C'est pourquoi on peut dire que les deux décisions citées laissent sur la faim. Quid alors, si le juge camerounais ou sénégalais avait prononcé un acquittement, la Cour se serait-elle déclarée compétente ? La Cour se serait-elle déclarée incompétente si les griefs visaient une mauvaise qualification ou le quantum de la peine prononcée ?

On constate que la question principale n'a pas été évacuée : le juge communautaire est-il compétent en matière pénale ? Pour notre part, au regard de la composition de la Cour, de la procédure applicable devant-elle et des dispositions pertinentes de l'article 14, alinéa 3, le juge communautaire n'est pas compétent pour connaître des litiges résultant du droit pénal des affaires contenus dans les Actes Uniformes, il ne peut connaître du contentieux pénal, même si celui-ci vise des dispositions de l'Acte Uniforme. Un tel contentieux doit relever de la compétence des Cours suprêmes ou Cours de cassation des Etats parties.

Du reste, la composition de la Cour n'a prévu une telle attribution. Par ailleurs peut-on statuer par voie d'évocation en l'absence d'un ministère public ? Et surtout lorsque les règles qui vont être appliquées sont relatives au droit interne de procédure et droit pénal de l'Etat ?

En conclusion, il serait sage et plus prudent d'enlever à la CCJA sa possible compétence en droit pénal des affaires et en matière pénale. Transformer la CCJA en une juridiction répressive nécessite des réformes qui touchent non seulement le Traité mais également le Règlement de Procédure. Une telle réforme va alourdir le fonctionnement de la Cour avec des conflits potentiels avec des Etats et leurs juridictions nationales de cassation. C'est le lieu ici pour la Cour que par arrêt de principe, il soit mis fin à cette compétence partagée. Il est peut-être temps que l'expansion de l'OHADA soit freinée et qu'une réflexion soit menée sur une meilleure collaboration possible entre les Hautes Juridictions de cassation et la CCJA.

La lenteur constatée au niveau des Etats pour prendre des lois pour sanctionner les infractions des affaires a fini par instaurer une impunité même si les infractions ou certaines prévues dans les différents Actes Uniformes existent déjà dans l'arsenal répressif des Etats. Cependant par le fait que la loi pénale n'est pas complète, et que le juge ne peut prononcer des sanctions sur la base des lois existant avant les Actes Uniformes, il se crée un vide juridique. La conséquence est l'impossibilité de sanctionner les délinquants d'affaire créant un paradis pénal prédateur de la sécurité économique. Le législateur OHADA aurait pu viser par renvoi les sanctions déjà prévues dans les législations internes des Etats. Une telle approche aurait eu l'avantage d'éviter le vide juridique du fait des Etats. Il pourrait

être procédé par l'OHADA, à une vérification, un contrôle de la mise en conformité du droit national avec les Actes Uniformes²⁰⁷. Cette forme de pression peut susciter une réaction positive de certains Etats. Mais ce n'est que de l'espoir sans certitude aucune, mettant en évidence la nécessité d'une véritable harmonisation du droit pénal des affaires dans l'espace OHADA.

²⁰⁷ La mise à jour du droit interne en conformité avec les prescriptions du Traité, indique que moins du tiers des Etats parties seulement a pris des lois pour sanctionner les infractions visées par les différents Actes uniformes

RAPPORTS SEQUENTIELS

ATELIER JURIDICTIONS DE CASSATION

Dans l'après-midi du mardi 25 octobre 2016 ont démarré les activités de l'atelier « juridictions de cassation », dans le cadre de la 9^{ème} session de formation des magistrats membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF). Ils se sont poursuivis le mercredi 26 octobre 2016.

La première communication, présentée par monsieur Jean KONDE, président de chambre à la Cour de cassation du Burkina Faso, a porté sur des « Réflexions sur le pourvoi mixte ». Dans un propos liminaire, monsieur Jean KONDE a rappelé qu'il y a pourvoi mixte lorsque les Hautes Juridictions doivent connaître de pourvois soulevant à la fois l'application des Actes Uniformes de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires et les législations nationales. Tel est le cas par exemple de l'Acte Uniforme relatif aux procédures simplifiées de recouvrement et aux voies d'exécution qui, dans certaines de ses dispositions, renvoie aux législations nationales. Ce type de pourvoi n'a pas manqué de donner lieu à des divergences de compréhension et d'interprétation de leurs champs de compétence matérielle respectives entre les juridictions de cassation nationales (J.C.N.) et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A.). Le traité O.H.A.D.A. est resté silencieux sur la question puisque son article 14 alinéas 3 et 4 dispose simplement que la C.C.J.A. connaît des recours en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par les Cours et les Tribunaux des Etats parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des Règlements prévus au traité.

Dans une première partie, le communicateur a examiné les solutions élaborées par la C.C.J.A. sur ces pourvois mixtes. De la jurisprudence de la C.C.J.A. fixée depuis 2002, il ressort le principe de l'exclusivité de sa compétence, donc de son quasi-monopole au détriment des J.C.N., dès lors que l'affaire, quelque soit le moyen de cassation soulevé se rapporte au droit harmonisé. Cette jurisprudence est abondante et constante :

- Affaire Société MANUTECH contre Société DOLOMIES et DERIVES DE COTE D'IVOIRE (Arrêt n° 11/2002 du 28 mars 2002, RJ n°spécial, Janvier 2003, pages 25 à 27)

- Affaire Abdoulaye BABY BOUYA contre BIA -NIGER (Arrêt n°002/2005 du 27 janvier 2005. RJ, n05, Vol 2, janvier -juin 2005, pages 14-16)
- (CCJA, arrêt n° 021/2007 du 31 mai 2007 Madame Amani YAO)
- Arrêt n°16/2008 du 24 avril 2008 Affaire ECOBANK Côte d'Ivoire c/ Murielle Corinne Christelle Koffi et Sahouot Cedric Koffi
- Société EQUIPAGRO COTE D'IVOIRE contre Boubacar KEITA (Arrêt n°014/2006 du 29 juin 2006, R.J n07, janvier-juin 2006, pages 45 à 48)

A toute J.C.N. qui, dans un arrêt, manifeste une quelconque velléité de se rebeller à cette jurisprudence, la C.C.J.A. considère que celui-ci est nul et non avenue en application de l'article 18 alinéa 3 du traité.

Cette position de la C.C.J.A. ne manque pas de soulever des difficultés telles qu'un risque d'interprétation divergente des législations nationales entre la C.C.J.A. et les J.C.N., l'interprétation du droit dérivé communautaire, l'option pour une décision de désistement ou pour une décision d'incompétence par les J.C.N. ou encore les modalités pratiques de transmission des dossiers à la C.C.J.A. par ces J.C.N.

Dans la seconde partie de sa communication, monsieur Jean KONDE a abordé la question spécifique des pourvois mixtes en matière pénale. En effet, l'article 14 al. 3 du traité exclut de la compétence de la C.C.J.A. les décisions impliquant des sanctions pénales. Plus précisément, la Cour peut interpréter la qualification de l'infraction au regard des dispositions portant incriminations, mais elle ne peut intervenir sur la décision de la sanction pénale proprement dite. Cette stratégie des initiateurs de l'O.H.A.D.A. pose plusieurs difficultés. En effet, moins d'un tiers des Etats ont honoré leurs engagements en termes d'adoption de lois nationales prescrivant des sanctions pénales. Ensuite, il se pose la question de la définition du contenu de l'expression « sanction pénales ». Faut-il y inclure, outre la déclaration de culpabilité les peines encourues qu'elles soient principales, complémentaire ou accessoires ? La jurisprudence de la C.C.J.A. n'a pas apporté la lumière sur cette controverse ainsi que le montre son arrêt 53-2012 du 7 juin 2012. Elle s'est simplement déclarée incompétente pour connaître du pourvoi en affirmant que l'affaire concerne une décision impliquant des sanctions pénales.

En définitive, la suprématie et l'exclusivité de la C.C.J.A. s'estompe en présence de décisions impliquant des sanctions pénales, d'où un risque

d'interprétation divergente entre juridictions nationales ou entre les J.C.N. et la C.C.J.A.

Par ailleurs, la mise en œuvre de la répartition des compétences pénales risque d'aboutir à des paradis pénaux ou des enfers pénaux selon les Etats en fonction de l'adoption ou non des lois sur les peines et selon le caractère répressif ou non des juridictions, d'où entrave à l'harmonisation recherchée.

Les débats qui ont suivi cette communication ont permis notamment de revenir sur le nouveau règlement de procédure de la C.C.J.A. qui en son article 28 a prévu cette fois les cas de pourvoi, sur les modalités pratiques d'acheminement des dossiers à la C.C.J.A. après décision d'incompétence ou de désistement. A cette occasion, monsieur Jean KONDE a manifesté sa préférence pour qu'une définition des peines harmonisées par fourchettes assez larges soit faite par l'O.H.A.D.A.

L'atelier s'est poursuivi avec la seconde communication, relative à l'appréciation du défaut de base légale en matière de cassation. Elle était présentée par monsieur Gilbert Comlan AHOUCANDJINO, président honoraire de la chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin.

Selon lui, le moyen de cassation est la clé du procès de cassation La Cour ne doit statuer que sur ce moyen. Toutefois la Cour peut soulever d'office un moyen de pur droit.

Définissant le défaut de base légale, il a déclaré qu'il est le plus mystérieux des cas d'ouverture à cassation et constitue une formule commode pour exprimer l'incorrection juridique d'une décision. L'insuffisance de motivation dans la recherche des éléments de fait ne permet pas en effet à la Cour d'exercer son contrôle quant à l'application qui a été faite de la loi.

Abordant ensuite les méthodes d'appréciation, il a souligné que :

1. Les constatations de fond doivent permettre à la Cour de cassation d'exercer son contrôle, d'où la nécessité de précision du fondement ou de la base juridique.
2. Avant l'application d'un texte, le juge du fond doit vérifier que les conditions de son application sont réunies.
3. Le juge du fond doit relever suffisamment les faits.

Dans le souci d'une meilleure compréhension par l'auditoire de la notion de défaut de base légale, le communicateur a procédé à sa comparaison aux autres cas d'ouverture que sont :

- Le défaut de motifs : ici, le juge a l'obligation de motiver sa décision. Le défaut de motif, contrairement au défaut de base légale est une absence totale de justification qui empêche le contrôle.
- La violation de la loi : c'est l'erreur commise par le juge du fond, par fausse interprétation d'une prescription légale ou fausse qualification des faits.

Abordant enfin quelques préoccupations, le communicateur s'est interrogé sur le point de savoir si le défaut de base légale peut être soulevé d'office par la Cour de cassation. Selon lui, les moyens relevés d'office sont ceux qui ne figurent ni dans le mémoire ampliatif ni dans le mémoire de défense. Ils peuvent être soulevés d'office à condition que le principe du contradictoire soit respecté. Les parties ont alors un délai de 15 jours pour réagir. En tout état de cause le moyen relevé d'office doit être de pur droit. Le défaut de base légale étant tiré de l'insuffisance de motivation ou d'éléments de fait, il ne peut être relevé d'office par le juge de cassation, celui-ci étant juge de droit et non juge des faits.

En conclusion, monsieur Gilbert Comlan AHOUCANDJINOUC a déclaré que la technique de cassation est un art différent du travail du juge du fond, qui s'apprend, plume en main.

Les débats qui ont suivi l'exposé ont permis d'aborder les spécificités des cas d'ouverture à cassation en droit processuel sénégalais et ivoirien, de revenir sur les moyens de pur droit, les moyens d'ordre public et ceux pouvant être soulevés d'office. Selon monsieur AHOUCANDJINOUC, l'on peut partir du cas de violation de la loi pour aboutir au défaut de base légale mais en tout état de cause, les cas d'ouverture autre que le défaut de base légale sont fondamentalement tirés de la violation de la loi.

Dans sa contribution, monsieur Philippe PETIPREZ a souligné que dans les décisions de la Cour de cassation française, la frontière entre les deux notions de défaut de base légale ou violation de la loi n'est pas très claire mais que c'est seulement dans l'hypothèse du cas de violation de la loi qu'il peut y avoir rébellion du juge du fond aboutissant à une assemblée plénière de la Cour de cassation.

Enfin, il est ressorti des débats que la nature du contrôle exercé par la Cour dépend de la législation de chaque pays et qu'il peut être léger ou lourd.

La dernière communication a été présentée par monsieur Philippe PETITPREZ, avocat général à la chambre sociale de la Cour de cassation française et a eu pour objet les techniques de cassation.

Il a défini la cassation comme le fait de censurer la non conformité de la décision du juge du fond à la règle de droit.

Dans la première partie de son exposé, il a abordé quelques aspects du contrôle de cassation. Certaines décisions échappent au contrôle de la Cour car résultant du pouvoir discrétionnaire du juge du fond. Tels sont les cas des décisions de jonction, de radiation d'instance, des mesures d'administration judiciaire, du délai de grâce accordé à un débiteur, de la possibilité de modérer une clause pénale ou de la détermination de la peine dès lors que le juge reste dans les limites de la loi. La Cour de cassation ne contrôlant pas la matérialité des faits, les juges du fond sont souverains pour apprécier l'étendue d'un préjudice ou le quantum des dommages et intérêts par exemple.

En revanche, la Cour contrôle la qualification des faits. Celle-ci est l'opération qui consiste à faire entrer les faits dans une catégorie juridique pour déterminer la loi applicable (contrat de location, de mandat etc...) En matière civile, le contrôle sur la qualification est variable et peut être léger ou lourd. Les critères du contrôle léger ou lourd sont fluctuants car liés à des préoccupations de contrôle de la masse du contentieux par exemple et varier d'une chambre à l'autre, voire d'une époque à l'autre.

Contrairement aux chambres civiles, la chambre criminelle contrôle de manière approfondie les qualifications, en vérifiant notamment les éléments constitutifs des infractions, les conditions de la légitime défense etc... Toutefois, l'état de démence selon la chambre criminelle échappe au contrôle de la Cour car relevant davantage d'une appréciation médicale que juridique.

Monsieur Philippe PETITPREZ a évoqué les principaux cas d'ouverture à cassation, consacrés par la pratique.

Trois grandes catégories usuelles de cas d'ouverture à cassation existent de façon commune aux matières civile et pénale :

1°) - **Violation de la loi**. La loi est prise au sens large (traité, loi, règlement, coutume, convention collective, règlement interne de l'entreprise etc...) C'est la voie royale car elle permet de censurer directement le non respect de la règle de droit,

- par fausse interprétation d'une norme

- par refus d'application de la loi

- par fausse application

- par dénaturation d'un document qui consiste à donner un sens différent de son sens évident. Ce grief est souvent rejeté dès lors qu'il y avait place à interprétation.

Sur la technique de rédaction en cas de violation de la loi, la Cour indique dans son arrêt :

- Le visa du texte ou le principe

- Le chapeau (énoncé de la règle de droit)

- Et le conclusif (« qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé... »)

Cette ouverture est la seule qui après renvoi, peut donner lieu à une rébellion de la cour de renvoi puis à réunion de l'assemblée plénière dont la décision s'imposera à la cour de renvoi.

Il peut y avoir décision de cassation sans renvoi en cas de prescription par exemple.

2° - Défaut de base légale : C'est l'insuffisance de motivation qui ne permet pas à la Cour de cassation de contrôler la décision du juge de fond. Il n'y a pas eu de justification avec tous les éléments de fait permettant de voir si la loi a été correctement appliquée. Le juge doit en effet constater que toutes les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile par exemple sont encourues, comme le lien de causalité entre la faute et le dommage.

La conséquence d'une cassation pour défaut de base légale est qu'il ne peut jamais être prononcé sans renvoi. Il y a vice de motivation nécessitant un nouvel

examen. Par ailleurs le renvoi n'aboutira pas à une rébellion car seul le manque de motivation est critiqué.

3° - Les griefs disciplinaires : ce sont les autres chefs de cassation. Le terme disciplinaire est employé par commodité. Il agit de vérifier que les juges ont respecté les obligations liées à leur office. Il ne s'agit toutefois pas d'aboutir à une procédure disciplinaire, ceci en vertu de l'indépendance du juge.

Les violations des obligations incombant au juge du fond sont le défaut de réponse à conclusion, le vice de motivation -à distinguer de l'insuffisance de motivation-, la violation d'un principe directeur du procès comme le principe du contradictoire, la contradiction de motifs, qui n'existe qu'autant qu'elle porte sur des éléments de fait et non de droit, la contradiction entre motifs et dispositif. Le motif d'ordre général sans la moindre référence à l'espèce est considéré comme un défaut de motif. Les motifs dubitatifs et hypothétiques sont prohibés à l'exception des affaires de détention provisoire où on peut invoquer des éventualités ou une hypothèse telle que le risque d'entrave à la justice par exemple.

Monsieur Philippe PETITPREZ a précisé que les moyens nouveaux sont irrecevables s'ils sont soulevés pour la première fois en cassation sauf :

1. Si le moyen nouveau est révélé par la décision attaquée elle-même.
2. S'il s'agit d'un moyen de pur droit.

En conclusion, le communicateur a évoqué à travers une citation, la distinction fondamentale entre les juges du fait et du droit. Les juges du fond et du fait s'occupent de trancher les litiges et ceux de cassation de l'application uniforme de la règle de droit, d'où l'effet normatif des décisions de la Cour de cassation qui participe de sa mission d'unification de la jurisprudence dans l'intérêt de la sécurité juridique.

Les questions et débats ont été l'occasion de s'appesantir notamment sur l'appréciation de l'expertise psychiatrique, l'éventualité d'un défaut de réponse à un moyen contenu dans le mémoire ampliatif et pouvant donner lieu à un rabat d'arrêt, et sur le contrôle de proportionnalité qui consiste pour les juridictions communautaires européennes à écarter une norme de droit interne qui conduit à des conséquences excessives pour le justiciable.

PROPOSITIONS DE THEMES PAR L'ATELIER

Proposition de thèmes généraux

1. Le rôle du Ministère public au sein des Cours de cassation
2. Les hautes juridictions francophones et le contrôle de proportionnalité

Proposition de thèmes spécifiques

1. La rédaction des arrêts de Cour de cassation
2. Les moyens de cassation
3. Distinction du fait et du droit devant la Cour de cassation
4. La problématique des cas d'ouverture à cassation (détermination législative ou jurisprudentielle)
5. Le sursis à exécution de l'arrêt attaqué devant la Cour de cassation.
6. La technique de sauvetage des arrêts.

ATELIER DES JURIDICTIONS ADMINISTRATIVES

Après l'ouverture des travaux de la 9eme session de formation des membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) le mardi 25 octobre 2016, ont débuté les travaux en ateliers.

L'atelier des juridictions administratives a commencé ses travaux à 15 heures avec M. Albert OUEDRAOGO comme modérateur, Nouhoum BOUARE, rapporteur et Thierry AHOVE, rapporteur adjoint.

Le Conseiller d'Etat Français M. Patrick QUINQUETON a présenté sa communication du thème intitulé « l'appréciation de la question d'ordre public par le juge dans le contentieux administratif ».

A travers sa communication, M. QUINQUETON a énuméré les moyens d'ordre public à caractère général comme l'incompétence de l'auteur de l'acte et la méconnaissance du champ d'application de la loi et les moyens d'ordre public spécifiques notamment en matière contractuelle comme le moyen d'ordre publique relatif à l'absence d'un procès-verbal de réception des travaux à l'occasion d'un recours en responsabilité d'une entreprise électoral comme le moyen d'ordre publique relatif à l'inéligibilité d'un candidat à l'occasion d'un contentieux des élections, le moyen d'ordre publique relatif à la non rétroactivité d'un règlement ou l'inexistence juridique d'un acte.

Selon Monsieur QUINQUETON, les moyens d'ordre publique doivent être communiqués aux parties concernées afin qu'elles présentent leurs observations.

Les questions posées au communicateur, sont relatives au cas d'ouverture des moyens d'ordre publique, au problème de délai.

Des participants ont posé des questions par rapport à la possibilité de soulever un moyen d'ordre publique relatif à la double inscription d'un candidat à une élection, à la possibilité de soulever un moyen d'ordre publique après l'expiration du délai de recours, au fait pour le juge de pouvoir soulever un moyen d'ordre publique en cours de délibéré, à la nullité d'un règlement après l'expiration des délais de recours, au moyen d'ordre relatif à la nullité d'un règlement qui a conféré des avantages. Le communicateur a répondu avec brio aux différentes questions posées.

Après cette première communication, ça été le tour du second communicateur, en la personne de Monsieur Nouhoum BOUARE, Conseiller à la section administrative de la Cour suprême du Mali de présenter la communication du thème relatif au « pouvoir discrétionnaire de l'administration et le contrôle minimum du juge administratif. ».

Il a défini le pouvoir discrétionnaire, a donné les différentes positions de la doctrine par rapport à la possibilité pour le juge d'apprécier l'opportunité des décisions administratives et a terminé l'exposé par une étude des techniques traditionnelles et modernes de contrôle du pouvoir discrétionnaire par le juge administratif illustrée par des jurisprudences du conseil d'Etat français et des juridictions d'Afrique francophone.

Après quelques questions et contributions, le modérateur a mis fin à la séance de ce jour à 18 heures.

Le mercredi 26 octobre, les travaux d'atelier ont continué avec la présentation de la communication relative au « pouvoir d'astreinte dans l'exécution des décisions de la justice administrative » par Mr QUINQUETON.

Il a défini l'astreinte, a fait l'état de l'évolution de la procédure d'astreinte, a donné des indications relatives au prononcé de l'astreinte et à la liquidation de l'astreinte.

Des questions ayant trait aux bénéficiaires de l'astreinte, aux conditions dans lesquelles l'astreinte peut être versée, au critérium de détermination du point de départ de la computation d'astreinte, au délai raisonnable nécessaire pour le prononcé et la liquidation de l'astreinte, à l'efficacité de la mesure d'astreinte, et aux voies et moyens par lesquelles les juridictions des pays membres de l'AA-HJF peuvent introduire l'astreinte dans leur arsenal juridique pour ceux qui n'en ont pas, ont été posées.

Il y a eu aussi des questions relatives au délai de saisine en matière d'astreinte et à la procédure de liquidation. Le communicateur a répondu à toutes ces questions et la séance fut suspendue à 10 heures 30 minutes.

Le Rapporteur de l'Atelier

Nouhoum BOUARE

le Rapporteur adjoint

Thierry AHOVE

ATELIER DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

Le mardi 25 Octobre 2016, s'est ouverte à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSURMA) la 9^{ème} session de formation organisée par l'association Africaine des Hautes Juridictions Francophones.

La cérémonie d'ouverture a été marquée par deux communications, la première a porté sur le thème du « pourvoi dans l'intérêt de la loi » présenté par Monsieur Philippe PETITPREZ, Avocat général près la Cour de cassation française (Chambre sociale) et la seconde sur « l'exception d'inconstitutionnalité devant les Hautes Juridictions : étendue et limites », développé par Monsieur Daniel AMAYON, Juge à la Cour de Justice de l'UEMOA.

Les travaux se sont poursuivis en atelier suivant les différents ordres de juridiction.

L'atelier des juridictions constitutionnelles qui a regroupé les membres des juridictions constitutionnelles originaires du Benin, Burkina Faso, de la Guinée Bissau, du Niger et du Togo, s'est poursuivi sous la modération du Professeur Théodore HOLO, Président de la Cour constitutionnelle du Benin. Monsieur Kader CHAIBOU, Conseiller à la Cour constitutionnelle du Niger a été désigné comme rapporteur.

Deux communications ont meublées les travaux de l'après-midi de ce 25 octobre 2016, à savoir celle de Mr Gilles BADET, enseignant chercheur à l'université d'Abomey-Calavi et portant sur « les pouvoirs du juge électoral : étendue et limites », et celle de Mr Guy MIPAMB NAHM TCHOUGLI, Enseignant à l'Université de Lomé sur « la publicité de la procédure devant le juge constitutionnel ».

D'entrée, le premier communicateur a souligné que dans un Etat de Droit et de démocratie pluraliste, c'est l'élection qui permet d'accéder au pouvoir. Son analyse s'articule autour de deux idées ; d'une part on note un partage des pouvoirs entre différents juges en matière électorale et d'autre part, la souveraineté des pouvoirs du juge constitutionnel relativement à la sincérité du scrutin.

Il résulte de ses réflexions que c'est entre les mains du juge constitutionnel, juge électoral que se trouve les clés de la sincérité des élections et donc de la paix.

A la suite de la première communication, Mr NAHM-TCHOUGLI Mipamb Guy, enseignant à la faculté de droit de l'université de Lomé, juge à la cour constitutionnelle du Togo, a présenté le thème de « la Publicité de la procédure devant le juge constitutionnel ».

Après un bref rappel sur la question de la nature des juridictions constitutionnelles, le communicateur a abordée l'essentiel en soutenant que le principe de publicité de la procédure exige que les débats soient publics dans le respect du principe du «procès équitable ».

La question de la publicité de la procédure devant le juge constitutionnel doit s'apprécier tant sous l'angle du contrôle de constitutionnalité des lois que sous l'angle du contentieux électoral. Dans les deux cas, la publicité de la procédure n'est pas évidente comme devant les juridictions ordinaires. Certes, les décisions sont publiques, mais la procédure est éminemment inquisitoire. Néanmoins certaines juridictions constitutionnelles tentent de faire la publicité des débats. C'est le cas de la Cour constitutionnelle du Gabon de la RDC et de la Cour suprême du Cameroun. A l'épreuve, la publicité de la procédure devant ces trois dernières juridictions laisse un goût d'inachevé.

A la suite de ces deux communications des débats ont abouti aux conclusions suivantes :

- le contentieux électoral vise à assurer à la fois la régularité et la sincérité des élections. ;
- La nécessité de confier la plénitude du contentieux électoral au juge constitutionnel ;
- La publicité du débat peut être un élément de transparence et d'assurance pour l'opinion publique ;
- La publicité peut être également un élément de légitimité du juge constitutionnel et des élus ;

- La possibilité de la publicité des débats en ce qui concerne l'exception d'inconstitutionnalité ;

Les débats ont mis fin aux travaux de cette journée et ont repris le lendemain avec la troisième communication.

Cette dernière, présentée par Monsieur Kassoum KAMBOU, Président du Conseil constitutionnel du Burkina Faso a porté sur « la plénitude de juridiction du juge constitutionnel ».

Le communicateur a eu l'avantage d'entrée de définir la notion de plénitude de juridiction et donc d'articuler son analyse autour de deux grandes idées à savoir la nature juridictionnelle du Conseil constitutionnel et l'étendue des compétences du juge constitutionnel.

Passant en revue ces deux idées par rapport aux missions essentielles des juridictions constitutionnelles, il aboutit à la conclusion selon laquelle le juge constitutionnel dispose plutôt d'un monopole que d'une plénitude de juridiction.

Les débats à la suite de cette communication ont permis d'abord de conclure que la plénitude de juridiction reste un idéal à réaliser pour assurer l'effectivité des droits humains dont le juge constitutionnel apparaît dans certains Etats comme le légitime garant.

Par ailleurs les débats ont permis également de revisiter les notions de procès, des règles du procès équitable dans la perspective de la garantie des droits fondamentaux.

Les participants à cet atelier ont apprécié la pertinence des thèmes proposés et l'expertise des communicateurs retenus. Les échanges ont permis un fructueux partage d'expériences et de renforcement des capacités des participants pour assumer efficacement leur office.

PROPOSITION DE THEMES POUR LA PROCHAINE SESSION

- la relation entre les juridictions constitutionnelles et les juridictions ordinaires ;
- le cadre constitutionnel des relations entre le parlement et les juridictions constitutionnelles ;
- les révisions constitutionnelles et les juridictions constitutionnelles ;
- le juge constitutionnel et le droit à réparation.

ATELIER DES JURIDICTIONS DES COMPTES

Conformément au programme général de la IXe session de formation des Magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) tenue du 25 au 26 octobre 2016 à l'ERSUMA, les juridictions des comptes se sont réunis , en ce qui les concerne, à la salle de conférence de la Direction des Archives nationales.

Les participants dont la liste est jointe en annexe au présent rapport sont des membres des juridictions de comptes du Burkina Faso, du Niger, du Sénégal, du Togo et du Bénin.

La modération des travaux a été assurée par Monsieur Norbert KASSA, Conseiller Technique du Président de la Cour des comptes de l'UEMOA. Le rapporteur désigné est Monsieur Hervé AFFOUKOU, Auditeur à la Chambre des comptes de la Cour suprême du Bénin.

Première communication: *Le contrôle des aides publiques au développement : cas des appuis budgétaires, des dons et des emprunts*

Elle a été présentée par Monsieur Justin BLOKOU, Chargé de Mission du Président de la Cour suprême du Bénin.

Introduisant son exposé, le communicateur a rappelé la problématique des aides budgétaires dans le financement des investissements dans les pays membres de l'espace AA-HJF avant d'insister sur l'ancrage juridique de la compétence des ISC. Ces aides publiques se sont diversifiées avec les besoins de l'Etat.

Avec la Déclaration de Paris sur l'efficacité de l'aide au Développement, en vertu du principe de l'alignement sur les procédures nationales, ces ressources acquièrent un caractère de fongibilité. conformément aux dispositions de la LOLF issue de l'internalisation de la Directive relative aux lois de finances au sein de l'UEMOA, elles ont le caractère de ressources de trésorerie. En conséquence, le Trésor public de chaque Etat ouvre un compte bancaire à la BCEAO pour recevoir les fonds relatifs aux aides.

Le contrôle de ces aides budgétaires est donc possible et constitue une préoccupation de premier ordre pour les partenaires techniques et financiers. Ce contrôle relève de la compétence des Hautes juridictions de comptes qui sont des ISC.

Après avoir fait un aperçu sur le concept d'appui budgétaire, ses éléments caractéristiques et les conditions d'éligibilité à ces ressources, il a mis l'accent sur les procédures de mobilisation et d'encaissement. La maîtrise de ces éléments est nécessaire pour un contrôle pertinent sur ces aides.

Enfin, il a fait la lumière sur les contrôles effectués sur ces aides et les résultats.

Le contrôles par les juridictions financières des pays de l'espace AA-HJF devrait couvrir non seulement la mobilisation et l'encaissement de ces ressources mais également les opérations qui y ont été exécutées suivant les procédures prévues par leurs textes organiques.

Dans la pratique, le contrôle de ces appuis se fait à deux niveaux. Le niveau de la budgétisation effective et celui de la régularité et de la sincérité des opérations qui en découlent.

Le contrôle de la budgétisation effective des appuis budgétaires.

De façon générale, cet audit vise à s'assurer, que les appuis budgétaires ont été effectivement encaissés par le Trésor public. Il fournira aux PTF une situation des mouvements de fonds sur le ledit compte.

Il s'agit d'un audit des flux financiers au titre des appuis budgétaires octroyés à travers le compte du Trésor ouvert à la Banque Centrale qui fournit aux PTFs une situation des mouvements de fonds sur le ledit compte.

Ainsi pour chaque partenaire, le rapport doit faire ressortir :

- la description des procédures en vigueur pour l'encaissement et le décaissement de fonds sur le compte « Trésor public : fonds de dépôt »;
- le point des décaissements d'appuis budgétaires, en monnaie locale de décaissement et en francs CFA;
- le point de l'encaissement des appuis budgétaires par le Trésor public;
- des explications sur les raisons des écarts éventuels entre les montants déclarés décaissés par les partenaires et ceux ayant effectivement été reçus par le Trésor Public ;
- la présentation de l'état récapitulatif des décaissements relatifs aux opérations budgétaires (virements sur le compte ordinaire du Trésor Public, autres opérations budgétaires) et les décaissements concernant les opérations non budgétaires (montant global des remboursements des dépôts et consignations) effectués sur le compte.

Le contrôle de la régularité et de la sincérité des opérations exécutés sur ces appuis.

En application de la règle de la fongibilité, le Trésor puise sur ses disponibilités en comptes sans qu'il ne soit possible d'identifier les fonds d'appuis. Ces fonds utilisés conformément aux procédures d'exécution des dépenses publiques sont dès lors comptabilisés dans la balance générale des comptes du Trésor.

Il n'est donc pas possible pour la juridiction financière d'isoler des dépenses rattachées aux appuis budgétaires pour contrôler leur régularité au regard des principes et procédures en vigueur.

Un tel contrôle ne peut se faire que dans le cadre de l'apurement du compte de gestion de l'Etat.

C'est pourquoi, ce contrôle doit s'effectuer dans des délais raisonnables pour ne pas décourager les PTF.

Pour conclure ses propos, le communicateur a évoqué la possibilité de la prise en compte de ce contrôle dans les rapports sur l'exécution des lois de finances destinés aux parlementaires.

Les débats qui ont suivi ont porté sur :

- la fongibilité des aides budgétaires;
- la traçabilité des opérations effectuées sur la base de ces aides;
- la nécessité de faire exécuter ces contrôles par les Institutions supérieures de contrôle des finances publiques (ISC) et non par des cabinets.

Enfin, l'Atelier recommande :

- le renforcement des capacités des ISC en matière de contrôle des aides publiques aux plans humain, intellectuel et logistiques ;
- la prise en compte par les ISC de ces contrôles dans le contrôle des opérations de trésorerie de l'État, même en l'absence de protocole spécifique.

Deuxième communication: L'audit de performance: quel avenir pour le contrôle juridictionnel?

Elle a été co présentée par Dr Outouloum SAMBO, Conseiller-Maître à la Cour des comptes du Togo et Monsieur Norbert KASSA, Conseiller Technique à la Cour des comptes de l'UEMOA.

De leur communication, il ressort que;

- L'audit de performance consiste à examiner de façon indépendante, objective et fiable si des entreprises, des systèmes, des opérations, des programmes, des activités ou des organisations du secteur public fonctionnent conformément aux principes d'efficacité et d'efficience possibles.

Dans le cadre de l'audit direct de performance, l'organisme contrôlé fournit à l'auditeur les informations liées à sa gestion aux fins d'appréciation de ses performances de gestion sur la base de critères prédéfinis.

- L'audit d'attestation de performance se base sur le RAP issu du PAP produit par l'organisme contrôlé. l'auditeur certifie la fiabilité des informations sur la

base des critères prédéfinis et produit un rapport d'audit d'attestation des informations de performance contenues dans le rapport de performance élaboré.

Quant au contrôle juridictionnel, il consiste à juger c'est-à-dire prononcer une sentence sur la régularité des comptes établis par les comptables publics dans les différents services de l'Etat. C'est un contrôle technique qui vérifie que les règles spécifiques d'exécution des recettes et dépenses sont respectées. cette sentence peut être une décharge ou un débet.

Les débats ont porté sur :

- le retard d'apurement des compte de gestion ;
- la validité des pièces justificatives de dépenses produites en réponse au contrôle juridictionnel ;
- l'utilité des contrôles juridictionnels et de l'audit de performances quant aux suites réservées aux rapports;

Les recommandations ci-après ont été formulées :

- procéder au renforcement des moyens humains des juridictions financières afin de juguler la surcharge de travail en adéquation avec l'étendue des compétences de contrôles dont l'audit de performance;
- instaurer au sein des ISC une politique de contrôle intégrant à la fois des contrôles à caractère juridictionnel et non juridictionnel dont l'audit de performance;

- Produire des rapport de qualité, à bonne date et comportant des recommandations constructives et exploitables.

Troisième communication: L'audit des dettes publiques

Elle est présentée par le Professeur **Emmanuel HONKOU**, Enseignant à la Faculté des Sciences Economiques et de Gestion (FASEG) de l'Université d'Abomey Calavi.

Introduisant sa communication, il a posé la problématique des nouvelles méthodes d'endettement public dans nos Etats et des risques qui leur sont inhérents et surtout la mesure dans laquelle ces nouvelles données pourraient être intégrées dans l'office du juge financier.

Il a procédé à une clarification de quelques concepts en insistant sur le partenariat public privé à travers ses avantages et ses inconvénients. Il a fait la lumière sur les risques budgétaires et autres risques attachés à ces nouvelles sources de financement. L'ouvrage réalisé sur la base du PPP n'est budgétisé qu'au cours de la dernière année, de réalisation des investissements concernés, ce qui pourrait réduire les marges de manoeuvres budgétaires. La viabilité économique de l'État est en cause du fait du risque de surendettement et du risque de change. Ces nouvelles sources de financement appellent des expertises qui sont souvent disponibles plus dans le secteur privé que dans le public. Il y a donc lieu d'orienter les risques identifiés vers la partie qui pourrait mieux les gérer.

Les ISC sont donc appelées à :

- s'assurer du caractère juste et concurrentiel des coûts des contrats;

- définir les mesures incitatives et les critères de performance faciles à contrôler;
- veiller au respect des clauses contractuelles aussi bien par l'Etat que par la partie contractante;
- s'assurer de la clarté des dispositions légales et réglementaires applicables;
- s'assurer de la capacité techniques et financières de la partie contractante.

Pour appréhender ces risques, les juridictions financières doivent garantir :

- le renforcement continu de leurs capacités sur les nouveaux instruments de financement du développement;
- les collectes des données notamment sur les engagements hors bilan sur les investissements réalisés sur la base de ces sources de financement;

Les débats ont porté sur ;

- l'identification des risques en matière de financement public notamment par le Partenariat public privé (PPP);
- la nécessité de faire adopter dans chaque Etat un cadre juridique clair et transparent sur les sources de financement;
- l'information et l'implication des populations bénéficiaires des investissements réalisés sur PPP;
- l'importance de la dette publique et de sa viabilité au regard de la nécessaire soutenabilité des finances publiques;

- la budgétisation des investissements sur PPP;
- les inconvénients du PPP;
- la maîtrise des coûts liés aux investissements sur financement PPP.

A l'issue des débats, l'Atelier recommande :

- l'information et l'implication des citoyens sur les coûts, risques et avantages des PPP;
- l'instauration d'une concertation active et d'un dialogue avec les parties prenantes;
- la clarté et la transparence des dispositions juridiques;
- l'évaluation rigoureuse des textes en vigueur;
- le transfert des risques vers la partie qui dispose de moyens adéquats pour leur prise en charge;
- l'intensification de la concurrence et, lorsque le nombre d'opérateurs est limité, la garantie des règles équitables;
- la veille sur le caractère absorbable du coût des travaux en vue de préserver la soutenabilité des finances publiques;
- l'organisation d'une formation sur les risques liés au financement des investissements publics sur PPP au profits des membres des ISC de l'AA-HJF.

ATELIER JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES

L'atelier "Juridictions communautaires" s'est réuni sous la présidence de Madame Joséphine Suzanne EBAH-TOURE, Présidente de la Cour de Justice de l'UEMOA. Il a enregistré, outre Monsieur Abraham ZIZINDOHOUE, ancien Président de la Cour de Justice de l'UEMOA, la participation des délégations des Cours Communautaires de la CEDEAO, de l'UEMOA et de l'OHADA. Les thèmes y débattus ont tourné autour de l'exécution des décisions, de la procédure de référé et de la problématique du droit pénal.

Le premier d'entre ces thèmes, intitulé « les difficultés d'exécution des décisions des juridictions communautaires dans l'espace AA-HJF a été introduit par Monsieur Yaya BOIRO, juge à la Cour de Justice de la CEDEAO.

Monsieur BOIRO a, dès l'entame de son propos, relevé les critères à l'aune desquels le succès des systèmes judiciaires communautaires sera évalué.

Il s'agit de :

- La durée de la procédure ;
- La qualité des arrêts, et ;
- L'effectivité de l'exécution de ces arrêts.

Ce dernier critère qui du reste, constitue la quintessence du thème demeure, à ce jour, une grande préoccupation selon Monsieur BOIRO.

Mais avant d'aborder cette question, Monsieur BOIRO a insisté sur l'autorité des décisions rendues par les juridictions communautaires vis-à-vis du juge national en cas de recours préjudiciel et vis-à-vis des Etats et de leurs démembrements lorsqu'ils sont condamnés. Aussi a-t-il rappelé que :

- le recours préjudiciel amène les juridictions communautaires à rendre des décisions ayant force de chose jugée à l'égard de tous eu égard à son objectif qui tient à l'unité d'interprétation du droit communautaire ;

- les décisions rendues par les juridictions communautaires s'imposent aux Etats et à leurs démembrements.

S'agissant de la question de l'effectivité de l'exécution des décisions rendues par les juridictions communautaires, Monsieur BOIRO a estimé que le juge qui dit le droit ne le réalise pas car, en règle générale, l'exécution de ses décisions lui échappe pour relever des organes politiques.

C'est pourquoi, il a, comme pour manifester une certaine impuissance, qualifié les arrêts rendus par les juridictions communautaires de déclaratoires.

Pourtant la suite de la communication révèle que Monsieur BOIRO, loin de se laisser emporter par le découragement, appelle à mener les actions suivantes :

- faire l'état des lieux qui permettra, d'une part de s'appuyer sur les forces caractérisées par l'existence au niveau de chaque juridiction communautaire, d'un dispositif légal qui donne force exécutoire à ses décisions et d'autre part, de combler les faiblesses juridiques, politiques et socioculturelles ;
- promouvoir l'application des sanctions prévues par les textes communautaires à l'encontre des Etats qui ne prennent pas les dispositions permettant l'exécution effective des décisions des juridictions communautaires ou qui refusent de se soumettre à l'exécution de ces décisions.

Le deuxième thème, intitulé « le référé devant les juges communautaires » a été développé par Monsieur Abraham ZINZINDOHOUE, avocat au barreau du Bénin et ancien président de la Cour de Justice de l'UEMOA.

Dans une introduction retraçant l'évolution du référé, le communicateur n'a pas manqué de faire ressortir les nombreux mérites qui ont fait passer le référé d'une juridiction accessoire à une institution autonome à part entière.

Pour démontrer que le référé est présent au niveau des juridictions communautaires, Monsieur Abraham ZINZINDOHOUE a fait appel aux dispositions

des articles 72 à 76 du règlement n° 01/96/CM/UEMOA portant règlement de procédures de la Cour de Justice de l'UEMOA et à la jurisprudence de ladite Cour.

Ainsi, a-t-il axé son intervention sur les pouvoirs et les compétences du juge des référés communautaires.

Il résulte de ses développements que le référé devant le juge communautaire s'exerce dans le cadre du sursis à exécution et des mesures provisoires d'ordre général. Il exige la réunion de deux conditions :

- le caractère difficilement repérable du préjudice ;
- le caractère sérieux, à première vue, des moyens invoqués à l'appui du recours principal.

La procédure est à la fois écrite, orale et contradictoire. La décision rendue se traduit par une ordonnance motivée, exécutoire et bénéficiant de l'autorité de la chose jugée au provisoire.

"La problématique du droit pénal des affaires devant le juge communautaire" a été le troisième et dernier thème développé dans le cadre de l'atelier "Juridiction communautaire". Le juge Birika Jean Claude BONZI, juge à la CCJA, qui l'a introduit a d'emblée mis en exergue les articles 5, 13 à 16 du traité de l'OHADA qui sont le siège de cette problématique et qui fixent le processus d'élaboration des Actes Uniformes, caractérisés par :

- l'intervention de deux législateurs et ;
- l'existence de deux juges pour un contentieux.

De l'intervention de deux législateurs pour une loi pénale qui constitue la première partie de l'exposé, on peut relever la répartition des tâches entre le législateur OHADA qui détermine les incriminations pénales et le législateur national chargé de fixer les sanctions encourues.

Pour montrer les effets de cette dualité législative, Monsieur Birika Jean Claude BONZI a insisté sur le risque d'une disparité des sanctions selon les Etats et sur la nature de la loi née de la dualité législative.

Sur cette dernière question, en l'absence d'une solution tranchée en faveur de l'existence d'une seule norme communautaire ou de deux normes, l'une étant communautaire et l'autre restant nationale, il a fait appel aux dispositions de l'article 14 du Traité de l'OHADA aux termes desquelles la CCJA est compétente pour les affaires soulevant des questions relatives à l'application des Actes Uniformes et des règlements prévus au Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

S'agissant de la question de l'existence de deux juges pour un contentieux qui constitue la seconde partie de l'exposé, elle a permis au communicateur de passer à la loupe le principe de la compétence de la CCJA pour, en définitive, retenir la compétence des Hautes Juridictions nationales de cassation, toujours sur le fondement de l'article 14 du Traité de l'OHADA.

En conclusion, Monsieur Birika Jean Claude BONZI a appelé, par sagesse et prudence, à épargner la CCJA d'une possible compétence en droit pénal des affaires et en matière pénale car, souligne-t-il, transformer la CCJA en une juridiction répressive nécessite des réformes qui touchent non seulement le Traité mais également le règlement de procédure.

En plus, cette réforme risque d'alourdir le fonctionnement de la CCJA avec des conflits potentiels avec des Etats et leurs juridictions nationales de cassation.

Les fructueux débats qui ont suivi les différentes communications ont permis de proposer les recommandations suivantes :

1. Mettre en place des comités d'experts nationaux et un comité d'expert supranational en vue de :
 - Proposer la liste des structures nationales devant être chargées de l'exécution des décisions des juridictions communautaires ;

- réfléchir sur la possibilité de prononcer des astreintes contre les Etats dans lesquels les dispositions permettant l'exécution des décisions de juridictions communautaires ne sont pas prises ou l'exécution desdites décisions n'est pas assurée ;
 - élaborer des règles communes d'exécution des décisions de manière simple, moderne et adaptée aux situations économiques des Etats ;
 - faire des propositions sur l'informatisation des juridictions communautaires de manière à aboutir à la gestion électronique des procédures ;
 - procéder à la revue des textes pour rendre la CCJA apte à connaître du contentieux pénal (création d'une chambre répressive).
2. Reprendre les rencontres interjuridictionnelles en les ouvrant aux décideurs ;
 3. Publier périodiquement la liste des Etats qui ne se sont pas conformés à leurs engagements communautaires.

THEMES PROPOSES POUR LES SESSIONS DE FORMATION A VENIR :

1. VERS UNE FUSION CEDEAO, UEMOA

Objectif recherché : UNICITE DES NORMES COMMUNAUTAIRES OHADA, UEMOA, CEDEAO.

JURIDICTION COMMUNAUTAIRE UNIQUE.

2. LE RENVOI PREJUDICIEL DEVANT LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES PAR LE JUGE NATIONAL

3. LA PROBLEMATIQUE DE L'ARBITRAGE DEVANT LE JUGE COMMUNAUTAIRE

Objectif : ETUDE COMPARATIVE ENTRE LES TROIS FORMES D'ARBITRAGE

4. LE JUGE COMMUNAUTAIRE FACE AU TERRORISME EN AFRIQUE DE L'OUEST : DEFIS ET MOYENS DE LUTTE

5. LA PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME DEVANT LES JURIDICTIONS COMMUNAUTAIRES AFRICAINES

6. ENJEUX ET OPPORTUNITES DES REVISIONS CONSTITUTIONNELLES EN AFRIQUE

7. LES ETATS ET LE JUGE COMMUNAUTAIRE : DROITS ET DEVOIRS.

RAPPORT GENERAL

RAPPORT GENERAL

La neuvième session de formation des Magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes juridictions Francophones (AA-HJF) s'est tenue du mardi 25 au mercredi 26 octobre 2016, à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de Porto-Novo au Bénin.

Ont participé à cette session de formation :

- Des Magistrats des pays membres de ladite association et appartenant aux Cours suprême, Cours de cassation, Conseils d'Etat, Conseils et Cours constitutionnels, Cours des comptes, Cours des Hautes Juridictions communautaires,
- Des Magistrats des juridictions du fond du Bénin,
- Des Experts venus de France.

La formation a été dispensée par d'éminents praticiens et théoriciens du droit au rang desquels :

- M. Kassoum KAMBOU (Premier Président du Conseil constitutionnel du Burkina- Faso),
- M. Gilles BADET (Enseignant-Chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi),
- M. Philippe PETITPREZ (Avocat Général à la Cour de Cassation auprès de la Chambre sociale- France),
- M. Euloge AKPO (Juge à la Cour de justice de l'UEMOA) ;
- M. Gilbert Comlan AHOUCANDJINOU (Ancien Président de la Chambre judiciaire de la Cour Suprême du Bénin).

La modération générale a été assurée par M. Ousmane BATOKO, Président de la Cour suprême du Benin, Président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

Celui-ci était secondé par Mme Brigitte PASSIKA, Président de Chambre à la Cour de cassation du Gabon.

La cérémonie solennelle d'ouverture de la session de formation a été ponctuée par quatre allocutions :

- Le mot d'accueil de M. Karel OSIRIS DOGUE, représentant M. le Directeur Général de l'ERSUMA,
- L'allocution de bienvenue de M. le Président de la Cour Suprême du Bénin, président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF,
- Le message de soutien et d'encouragement de M. Mouhamed KONATE, représentant de l'Organisation Internationale de la Francophonie (O.I.F) et, enfin
- Le discours d'ouverture du Gouvernement, porté par M. Saturnin AFATON, représentant le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme du Bénin.

Cette phase protocolaire a été clôturée par une photo de famille suivie d'un cocktail de bienvenue offert par l'ERSUMA.

LES TRAVAUX PROPREMENT DITS :

Les travaux de la session ont démarré le 25 octobre 2016 à 09 heures par la présentation du programme pédagogique effectué par M. le Directeur de Etudes et des Stages de l'ERSUMA.

Celui-ci a, par la suite, procédé à la désignation des deux rapporteurs généraux de la session :

M. Anicet EMBO (Procureur Général Adjoint près la Cour de Cassation du Gabon),

M. BOUBACAR ZAKARIA Ibrahim (Avocat Général près la Cour de Cassation du Niger),

Après ces formalités, les travaux proprement dits se sont déroulés aussi bien en plénière (I) qu'en ateliers (II).

I- LES TRAVAUX EN PLENIERE.

Au cours de la plénière débutée en matinée, les thématiques communes à tous les ordres de juridiction ont été présentées avec les communications suivantes :

- 1- « le pourvoi dans l'intérêt de la loi », par M. Philippe PETITPREZ (Avocat Général à la Cour de cassation auprès de, la chambre sociale-France) ;
- 2- « L'exception d'inconstitutionnalité devant les hautes juridictions : étendue et limites », par M. Euloge AKPO, (Juge à la Cour de justice de l'UEMOA ».

Dans la première communication, le conférencier a de prime à bord indiqué qu'il faut plutôt parler des pourvois dans l'intérêt de la loi puisqu'il existe plusieurs procédures en matière civile et pénale dont les conditions et les effets ne sont pas similaires.

Ce pourvoi qui a pour seul objet le maintien des principes permet à la Cour de Cassation, de censurer dans l'intérêt de la loi, des décisions qui ne sont plus susceptibles de voies de recours.

Ce pourvoi au régime exorbitant est réservé au Procureur général près la Cour de Cassation, qui agit tantôt de sa propre initiative, soit sur requête d'un particulier ou d'un Procureur général de la Cour d'Appel ; ou, uniquement en matière pénale, sur instruction formelle du Garde des Sceaux.

S'agissant du pourvoi en matière civile, le conférencier a dit qu'il est régi par l'article 17 de la loi du 3 juillet 1967 relative à la Cour de Cassation et fait désormais l'objet des articles 639-1 et 639-2 du Code de Procédure civile.

Lorsque le Procureur Général est informé de l'existence d'une décision ayant acquis force de chose jugée qui serait contraire aux lois ou aux règlements, il peut former un pourvoi en cassation afin d'éviter qu'une décision erronée puisse subsister et éventuellement faire jurisprudence.

Ce pourvoi dans l'intérêt de la loi ne peut profiter ni aux parties, ni leur nuire.

Depuis 2004, le pourvoi doit être exercé dans un délai de 5 ans à compter du prononcé de la décision.

Ce pourvoi n'est formé, non par voie de déclaration comme en droit commun, mais par une requête motivée.

La procédure est contradictoire.

S'agissant du pourvoi en matière pénale, il peut être formé à l'initiative du Procureur Général près la Cour de cassation ; ou sur ordre du garde des Sceaux (art. 621 du CPP).

Le Procureur Général près la Cour de cassation dispose donc d'un pouvoir propre qui est celui d'exercer d'office un pourvoi uniquement dans l'intérêt de la loi.

Le pourvoi peut être formé contre tout jugement rendu en dernier ressort par une juridiction répressive et ne peut être fondé que sur une violation de la loi au sens large.

Ce pourvoi déroge profondément au droit commun dans la mesure où il s'exerce contre une décision qui a acquis l'autorité de la chose jugée.

Il n'est enfermé dans aucun délai et n'est soumis à aucune condition de forme.

Il est recevable dès lors que l'erreur de droit qu'il dénonce n'a pas encore été censurée ; ce qui a pour conséquence que le pourvoi précédemment introduit par une partie n'exclut pas celui du Procureur Général.

Le pourvoi dans l'intérêt de la loi n'a aucune incidence sur la situation des parties et notamment celle du condamné.

C'est ce qui explique que les parties ne sont pas, faute d'intérêt, recevables à intervenir aux débats devant la Cour de cassation.

En ce qui concerne le pourvoi sur ordre formel du garde des Sceaux, il est prévu par l'article 620 Du CPP.

Ce pourvoi n'est enfermé dans aucun délai et il est limité aux dispositions pénales de la décision attaquée, à l'exception des dispositions relatives aux intérêts civils.

Le moyen de cassation présenté à l'appui du pourvoi doit être visé par le ministre de la justice, ni le Procureur Général, ni la Chambre criminelle n'étant recevables à soulever un moyen d'office.

Il faut que ce moyen n'ait pas déjà été examiné par la Chambre criminelle, à l'occasion d'un pourvoi des parties ou même d'un précédent pourvoi d'ordre du Garde des Sceaux.

Le recours à l'article 620 du CPP est rare mais pas exceptionnel.

Le communicateur a illustré ses interventions par deux arrêts de la Chambre criminelle du 31 mars 2016, n°15-86.076 et du 16 décembre 2015, n°15-82.306.

Le conférencier a introduit sa **seconde communication** par une citation de Montesquieu en ces termes : « Il n'y a de liberté lorsque dans la même personne ou corps de la magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, parce que l'on peut craindre que le même monarque au sénat fasse des lois tyranniques et les exécute tyranniquement. »

Il a par la suite axé son intervention sur deux grandes parties :

- La première sur « l'exception d'inconstitutionnalité comme moyen de défense reconnu par les Hautes Juridictions nationales ».
- La deuxième partie sur « l'exception d'inconstitutionnalité : moyen de défense ignoré par les Hautes Juridictions communautaires ».

S'agissant de la première partie, il a indiqué que deux tendances opposées se sont dégagées.

Une tendance critique vis-à-vis de l'exception d'inconstitutionnalité et une autre constituée de l'ensemble de la doctrine universitaire qui se montre favorable.

a- La tendance critique.

L'hostilité de l'acceptation de l'exception d'inconstitutionnalité a été manifeste dans le temps, surtout devant le Conseil d'Etat français.

Dans une analyse récente de Jean Marc SAUVÉ, Vice-président du Conseil d'Etat, les raisons avancées étaient liées à :

- La conscience qu'a le juge de sa propre légitimité,
- La volonté de respecter l'équilibre des institutions et des pouvoirs,
- La crainte d'entrer en conflit avec le parlement,
- L'institution d'organes spécialement créé pour contrôler la constitutionnalité des lois, interprétée comme excluant l'exception d'inconstitutionnalité.

La doctrine a ajouté d'autres raisons ; à savoir :

- le principe de la séparation des pouvoirs interdirait au pouvoir judiciaire d'apprécier la validité des lois,
- l'idée que la loi est une manifestation de la souveraineté nationale et qu'à ce titre, elle doit être soustraite à tout contrôle.

Le conférencier a cité plusieurs auteurs pour illustrer ses propos.

L'hostilité n'a pas totalement disparu ; des auteurs comme Hubert SAGE ont qualifié l'exception d'inconstitutionnalité « d'arme redoutable introduite au nom de la protection des citoyens contre l'expression de la volonté générale émise par le vote des lois par les députés, représentants du peuple, voire directement par le Peuple au moyen du Référendum ».

b- La tendance favorable.

En France, le 02 décembre 2009, a été promulguée une loi qui fait suite à la révision constitutionnelle adoptée par le Congrès de Versailles le 23 juillet 2008.

Elle a ajouté à l'article 61 de la Constitution un alinéa qui prévoit l'exception d'inconstitutionnalité.

C'est l'introduction dans le droit français de « l'Exception d'inconstitutionnalité » que peut faire valoir tout justiciable auprès de n'importe quelle juridiction, dont les Hautes Juridictions nationales, sous l'appellation de question prioritaire de, constitutionnalité (QPC).

En France, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut être soulevée devant le Tribunal des conflits, ni devant la Haute Cour de justice, ni devant la première instance de la Cour d'Assises.

La base légale de l'exception d'inconstitutionnalité varie suivant les Etats.

A titre d'exemples, on peut citer les Constitutions du Bénin (art.122), du Niger (art. 96), du Sénégal (art. 92 al1er), du TOGO (art. 140 al6 et7), du Burkina-Faso (loi n° 033-2012/AN/ du 11 Juin 2012) qui est en fait, l'art. 157 de la Constitution).

Au Bénin comme dans la plupart des Etats francophones qui admettent l'exception d'inconstitutionnalité, dès que ce moyen de défense est soulevé devant la Haute Juridiction, celle-ci soumettra la question au juge constitutionnel, sans exercer aucun pouvoir d'appréciation. Tel n'est pas le cas en France où la Haute juridiction devant laquelle l'exception est soulevée devra examiner au préalable si les conditions (3) de saisine du Conseil constitutionnel sont réunies.

L'exception sera présentée sous une forme écrite, dans un mémoire séparé de l'instance initiale et motivée.

Dans son intervention, le conférencier a aussi cité le cas de la Belgique où le domaine et les limites de l'exception d'inconstitutionnalité sont plus larges en raison de nombreuses innovations dont regorge la procédure constitutionnelle.

La Cour européenne des Droits de l'Homme a admis qu'au regard du principe de la sécurité juridique, une Cour constitutionnelle peut laisser un délai au législateur pour légiférer à nouveau, ce qui a pour conséquence qu'une norme inconstitutionnelle reste applicable pendant une période transitoire (CEDH, décision du 16 mars 2000, WALDEN C. Liechtenstein).

Le juge devra tirer toutes les conséquences de l'Arrêt de la Cour. Il écartera la décision jugée inconstitutionnelle ou au contraire, continuera à l'appliquer si elle a été validée.

Le renvoi préjudiciel pour exception d'inconstitutionnalité n'existe pas en France.

S'agissant de la deuxième partie de sa communication, le conférencier a indiqué que les Hautes juridictions communautaires ignorent l'exception d'inconstitutionnalité et n'acceptent pas qu'on leur oppose ce moyen de défense.

Des Cours constitutionnelles ont néanmoins pris leur liberté en contestant cette ignorance.

De nos jours, cette guerre des juges semble connaître un dénouement heureux.

L'ignorance contestée :

Devant les Hautes juridictions communautaires, l'exception d'inconstitutionnalité ne peut prospérer en raison du principe de la primauté du droit communautaire ou des traités internationaux sur les droits nationaux.

Aucune Cour constitutionnelle ne peut déclarer recevable l'exception d'inconstitutionnalité relativement à une procédure pendante devant une haute juridiction communautaire en raison de ce que celle-ci n'applique que le droit communautaire qui se trouve être au-dessus des lois nationales y compris des Constitutions.

Mais certaines Cours constitutionnelles nationales ont tenté d'ignorer cette primauté pour cause de respect des droits fondamentaux garantis par des Constitutions modernes.

Cette révolution était apparue en raison de la lacune de certains traités relativement aux droits fondamentaux.

Par exemple, la Cour constitutionnelle allemande, dans un arrêt dit « SOLANGE I » (29 mars 1974 Berge 37, P.271) a pris la liberté d'écarter, malgré l'existence du principe de primauté à l'égard de toute norme nationale, y compris constitutionnelle, une norme européenne qui serait contraire aux droits fondamentaux, aussi longtemps qu'une protection de ces droits, équivalente à celle offerte par La loi fondamentale allemande ne serait pas assurée par la norme communautaire.

La Cour constitutionnelle italienne a émis une réserve semblable dans une décision du 27 décembre 1973 (Frontini et Pozzani n°173/83), qu'elle a confirmé en 1984 (8 juin 1984, Granital, n° 170).

En réplique, la Cour de justice de l'Union Européenne a, dans un premier temps, les griefs tirés de la violation des droits fondamentaux, au motif que ces droits invoqués par les requérants sont protégés par des normes de droits internes qu'il ne lui appartient pas de faire respecter.

Dans un arrêt « SOLANGE II » , la Cour constitutionnelle allemande inversant son raisonnement de 1974 a jugé qu'elle n'exercerait plus de contrôle de conformité aux droits fondamentaux de la norme communautaire « aussi longtemps » que les droits seraient garantis dans l'ordre juridique communautaire de manière équivalente à la protection offerte par la loi fondamentale (22 octobre 1980, Byverf.GE 73).

Cette position a été affirmée dans un arrêt du 7 juin 2000 dit SOLANGE III.

L'ignorance affirmée.

L'ignorance de l'exception d'inconstitutionnalité par les hautes juridictions communautaires est aujourd'hui affirmée.

Les dispositions constitutionnelles nationales des Etats ne peuvent être opposées aux hautes juridictions communautaires, comme la Cour de justice de l'UEMOA, la Cour de justice de l'Union Européenne, etc.

Cette position est la conséquence de l'affirmation du principe de la primauté du droit communautaire sur les droits des Etats membres.

Ce principe ressort de l'un des arrêts de principe rendus par la Cour de justice de l'Union européenne dans les années 60.

Il s'agit de l'arrêt Costa contre ENEL du 15 juillet 1964.

Ce principe d'origine jurisprudentielle a été par la suite consacré par bon nombre de traités et de Constitutions nationales.

Par exemple, la Constitution du Mali dispose en son article 116 « les Traités ou Accords régulièrement ratifiés ou approuvés sont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque traité ou accord, de son application par l'autre partie ».

En somme, c'est dire qu'il est manifeste que la supériorité du droit communautaire est mise en évidence, et que la traduction dans l'ordre juridique interne des textes communautaires devient une exigence.

Ainsi, dans l'avis n° 001/2003 de la Cour du 18 mars 2003, relatif à la création d'une Cour des Comptes au Mali, la Cour de justice de l'UEMOA a conclu au fait que : « le Traité de l'UEMOA consacre la primauté de la législation communautaire sur celle des Etats membres.

La primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales, administratives, législatives, juridictionnelles et même constitutionnelles ; parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux. »

Au cours des débats, les participants ont posé plusieurs questions auxquelles les conférenciers ont apporté des réponses appropriées.

II- LES TRAVAUX EN ATELIERS.

Dans l'après-midi du 25 octobre et ce jusqu'en début d'après-midi du mercredi 26 octobre 2016, les travaux se sont poursuivis autour des thèmes retenus, sous la direction d'un modérateur et d'un rapporteur d'atelier, suivant les différents ordres de juridiction.

Les thèmes spécifiques aux juridictions de Cassation sont les suivants :

En plénière :

- Le pourvoi dans l'intérêt de la loi,
- L'exception d'inconstitutionnalité devant les hautes juridictions : étendue et limites,

En atelier proprement dit :

- Réflexions sur le pourvoi mixte,
- Appréciation du défaut de base légale,
- Techniques de cassation.

Le compte rendu des travaux, assortis des propositions des thèmes de portée générale et spécifiques à chaque ordre de juridiction, les recommandations suggérées par les débats en vue de leur intégration au Rapport Général de la session ont fait l'objet de rapports séquentiels amendés et adoptés par les participants au cours d'une dernière séance plénière.

Mais des impératifs du moment ne nous ont pas permis d'en tirer la substance avant l'élaboration et l'adoption du Rapport général.

Toutefois, après avis unanime de l'ensemble des participants, il a été convenu d'annexer lesdits rapports séquentiels dans le présent Rapport Général de la 9^{ème} session de formation AA-HJF clôturée dans les délais impératifs fixés par le Comité d'organisation.

Fait à Porto-Novo, le 26 octobre 2016.

Le Rapporteur Général,

Anicet EMBO,

Procureur Général Adjoint au Parquet
Général près la Cour de cassation du
Gabon.

CEREMONIE DE CLOTURE

MOTION DE REMERCIEMENT A L'ENDROIT DES PLUS HAUTES AUTORITES POLITIQUES DU BENIN

Présentée par M. **GUERO DAN MALAM Ahmed-Moussa**,
Conseiller au Conseil d'Etat du Niger

Au moment où les rideaux de la 9^{ème} session de formation des magistrats des Juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), tenue les 25 et 26 octobre 2016 à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA) de Porto-Novo, au Bénin, se referment ;

Les chefs ou représentants des Hautes Juridictions membres du réseau, les magistrats béninois des Juridictions du fond ainsi que les autres personnalités ayant pris part aux travaux ;

Considérant l'accueil et l'hospitalité légendaires à eux réservés, les conditions optimales de travail et les prévenances dont ils ont bénéficiées tout au long de leur séjour au Bénin, et précisément à l'ERSUMA ;

Considérant l'appui financier et logistique déterminant du Gouvernement du Bénin et de son chef, à la réussite de cette session de formation des magistrats des juridictions membres de l'AA-HJF ;

Considérant par ailleurs, l'attachement du gouvernement du Bénin et particulièrement, celui de son chef, aux initiatives institutionnelles à même de favoriser l'intégration juridique et judiciaire, notamment en Afrique francophone ;

Considérant enfin que l'intérêt porté par le gouvernement béninois à l'activité qui nous réunit en ces instants, s'est matérialisé par la présence du représentant de Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la Justice et de la Législation, à la cérémonie d'ouverture des travaux de la présente session de formation ;

Témoignent à son Excellence, Monsieur Patrice Athanase Guillaume TALON, Président de la République du Bénin, Chef de l'Etat, Chef du Gouvernement, Président du Conseil Supérieur de la Magistrature, à l'ensemble de son Gouvernement, à toutes les Autorités politico- administratives ainsi qu'au peuple béninois tout entier, leur infinie gratitude et leurs sincères remerciements;

Réitèrent le souhait de toujours compter sur l'appui appréciable et précieux du Gouvernement du Bénin, à la poursuite, par l'AA-HJF, de sa noble ambition de travailler au brassage inter juridictionnel africain.

Fait à l'ERSUMA, à Porto-Novo, le 26 octobre 2016.

Les participants

MOTION DE REMERCIEMENT A L'ENDROIT DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE DE LA FRANCOPHONIE (OIF)

Présentée par M. **Koffi TAGBE**,
Conseiller à la Cour Constitutionnelle du TOGO.

Considérant l'importance de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) parmi les Institutions qui luttent pour la consolidation de la démocratie et l'édification de l'Etat de droit dans l'espace francophone ;

Considérant le rôle de premier plan que joue l'OIF dans le processus de consolidation et de l'indépendance de la justice dans l'espace francophone ;

Considérant l'excellence des relations de coopération qui existent si heureusement entre l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF) et l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) ;

Considérant l'appréciable appui tant technique que financier que l'OIF apporte à l'AA-HJF depuis sa création ;

Considérant l'important message que le représentant du Bureau régional de l'OIF a adressé aux participants à cette session de formation ;

Les participants à la 9^{ème} session de formation des magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), tenue du 25 au 26 octobre 2016, à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), sise à Porto-Novo ;

Renouvellent leur déférente gratitude à l'OIF et spécialement à sa Secrétaire générale, Madame Michaëlle JEAN.

Expriment à la Direction des Affaires Politiques et de la Gouvernance Démocratique de l'Organisation Internationale de la Francophonie, cheville ouvrière de leur partenariat avec cette organisation, et à son responsable, Monsieur Georges NAKSEU-NGUEFANG, leur entière satisfaction ;

Souhaitent, par conséquent, que les fructueux liens de coopération qui unissent nos deux institutions francophones se consolident, aux fins de l'affirmation, chaque jour davantage, du règne du Droit et de la justice dans nos sociétés en pleines mutations.

Fait à Porto-Novo, le 26 octobre 2016.

Les participants

**MOTION DE REMERCIEMENT A L'ENDROIT DU PRESIDENT DE LA COUR
SUPREME DU BENIN, PRESIDENT DU BUREAU DU CONSEIL
D'ADMINISTRATION DE L'ASSOCIATION AFRICAINE DES HAUTES
JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF)**

Présentée par Mme **ZONGO Priscille**,
Conseiller à la Cour de cassation du Burkina-Faso.

Les participants à la 9^{ème} session de formation des magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), tenue du 25 au 26 octobre 2016, à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), sise à Porto-Novo ;

Considérant l'hospitalité toute singulière dont ils ont bénéficiée, la quiétude et l'atmosphère réconfortante qui ont caractérisé les travaux de la présente session de formation ;

Considérant la bienveillante attention à l'endroit de tous les participants, les qualités humaines reconnues à Monsieur le Président de la Cour suprême du Bénin, Président du bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

Considérant l'ardeur au travail, le don de soi et la disponibilité de l'ensemble du comité d'organisation ;

Considérant l'harmonie qui a prévalu tout au long du déroulement des travaux, sous la supervision effective de Monsieur le Président de la Cour Suprême ;

Expriment leur vibrant hommage, leur félicitation, leur entière satisfaction et leurs sincères remerciements à Monsieur Ousmane BATOKO, Président de la Cour suprême du Bénin, Président du Bureau du Conseil d'Administration de l'AA-HJF ;

Associent à ces remerciements, le Secrétaire Général de l'AA-HJF, le comité d'organisation ainsi que tous les collaborateurs du Président de la Cour

suprême qui ont, de près ou de loin, contribué effectivement, à la réussite de la présente session de formation.

Fait à Porto-Novo, le 26 octobre 2016.

Les participants

MOTION DE REMERCIEMENT AUX COMMUNICATEURS

Présentée par M. **Ibrahima SAMBE**,
Auditeur à la Cour de Justice de l'UEMOA.

Considérant l'intérêt réel des sujets abordés ainsi que la qualité des débats menés, aussi bien en plénière qu'en ateliers spécifiques aux différents ordres de juridictions ;

Considérant les indéniables acquis qui participent de l'uniformisation et de la mutualisation des pratiques positives dans les juridictions membres de l'AA-HJF;

Considérant l'apport combien appréciable des experts et communicateurs qui ont imprimé aux travaux de la présente session de formation un caractère hautement scientifique ;

Considérant le don de soi et l'ouverture d'esprit dont ont fait preuve, les communicateurs qui ont bien voulu accepter de partager gracieusement avec les participants, leur inestimable savoir et leur expérience ;

Nous, participants à la 9^{ème} session de formation des magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), tenue du 25 au 26 octobre 2016, à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), sise à Porto-Novo, exprimons notre entière satisfaction et notre plus profonde gratitude à l'endroit de tous les experts et communicateurs de la présente session de formation.

Fait à Porto-Novo, le 26 octobre 2016.

Les participants

MOTION DE REMERCIEMENT AU DIRECTEUR GENERAL DE L'ERSUMA ET A SES COLLABORATEURS

Présentée par M. **Boubacar TRAORE**,
Conseiller à la Cour des Comptes du Sénégal.

Considérant l'accueil particulièrement chaleureux qui leur a été toujours réservé par les responsables de l'ERSUMA et leurs collaborateurs, chaque année, pendant les sessions de formation de l'AA-HJF ;

Considérant les commodités logistiques mises généreusement à leur disposition par la Direction Général de l'ERSUMA, en vue de leur garantir les meilleures conditions de travail ;

Considérant l'altruisme des dirigeants de l'ERSUMA et la disponibilité remarquable dont ont fait montre leurs collaborateurs, tout au long de la formation ;

Les participants à la 9^{ème} session de formation des magistrats des juridictions membres de l'Association Africaine des Hautes Juridictions Francophones (AA-HJF), tenue du 25 au 26 octobre 2016, à l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), sise à Porto-Novo, réitèrent à son Directeur Général par intérim, Monsieur BACKIDI Médard et à tous ses collaborateurs qui n'ont ménagé aucun effort dans la réussite de nos travaux, leur infinie gratitude et leurs sincères remerciements.

Fait à Porto-Novo, le 26 octobre 2016.

Les participants

**ALLOCUTION DU PRESIDENT DE LA COUR SUPREME DU BENIN,
PRESIDENT DU CONSEIL D'ADMINISTRATION DE L'ASSOCIATION
AFRICAINNE DES HAUTES JURIDICTIONS FRANCOPHONES (AA-HJF) A LA
CEREMONIE DE CLOTURE DES TRAVAUX DE LA 9^{ème} SESSION DE
FORMATION DES MAGISTRATS DES JURIDICTIONS MEMBRES DE L'AA-
HJF.**

PORTO-NOVO, ERSUMA, le 26 octobre 2016.

Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle du Bénin,

Monsieur le Procureur Général près la Cour suprême du Bénin,

**Mesdames et messieurs les Présidents et membres des Hautes
Juridictions,**

**Monsieur le représentant du Directeur Général de l'Ecole Régionale
Supérieure de la Magistrature (ERSUMA),**

Monsieur le Secrétaire Général de l'AA-HJF,

**Mesdames et Messieurs les magistrats des Juridictions
béninoises du fond,**

Honorables invités,

Mesdames et Messieurs,

Au moment où les travaux de la 9^{ème} session de formation que notre réseau, en partenariat avec l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF), a organisé ici à l'ERSUMA, tirent à leur fin, il m'est particulièrement agréable de vous exprimer, au nom des responsables de l'AA-HJF et en mon nom propre, nos sincères remerciements pour la contribution de qualité que chacun a apportée au succès de la présente activité pédagogique.

Deux jours durant, nous aurons travaillé sans désespérer, dans des conditions logistiques parfois difficiles mais dans une ambiance de réelle et saine émulation intellectuelle.

Vous me permettez de saisir l'opportunité de la cérémonie de clôture qui nous réunit en ces instants, pour renouveler la gratitude du réseau à l'endroit de l'ERSUMA qui nous accueille, chaque année, dans ses murs et sert de cadre aux activités de renforcement des capacités d'intervention des magistrats des juridictions membres de l'AA-HJF.

Mesdames et Messieurs,

Il ressort du rapport général qui vient de sanctionner nos travaux ainsi que de l'évaluation faite par chaque participant, que depuis hier, nous avons échangé de manière intense et fructueuse et partagé nos différentes expériences en tant que praticiens du droit.

Si j'en juge, de manière spécifique, par les comptes-rendus des travaux des cinq différents ateliers répartis par ordres de juridictions, nous pouvons légitimement conclure que les objectifs qui ont présidé à la convocation de la 9^{ème} session de formation, ont été atteints.

Le franc succès de la présente session, témoigne par conséquent, de l'intérêt manifeste porté à toutes les thématiques qui ont fait l'objet de nos échanges. Je m'en voudrais donc de ne pas exprimer toute ma satisfaction au Secrétariat général de notre association et au comité scientifique qui ont travaillé à la préparation intellectuelle des travaux.

Notre gratitude et nos remerciements vont également à l'endroit des experts et communicateurs qui ont mis toute leur science au service du renforcement des capacités d'intervention des participants à ce rendez-vous inter-judiciaire « du donner et du recevoir ».

A tous les modérateurs et rapporteurs qui ont su diriger nos débats pour les uns et eu la lourde charge d'en dégager la substantifique moelle pour les autres, je me dois aussi d'exprimer nos sincères remerciements.

Mesdames et Messieurs les chefs de Juridictions,

Mesdames et Messieurs les participants,

Mesdames et Messieurs,

Ainsi que je l'indiquais hier, dans mon allocution d'ouverture de nos travaux, l'Etat de droit et de démocratie auquel aspirent nos pays respectifs, ne saurait se consolider sans une justice forte, performante et indépendante.

En tant que responsables et animateurs de hautes juridictions dont les décisions, insusceptibles de recours, s'imposent à tous les pouvoirs publics et à tous les citoyens, nous devons non seulement, prendre conscience de nos immenses responsabilités mais également nous armer sur le triple plan technique, intellectuel et moral pour être à la hauteur des exigences de notre mission.

C'est à cet ambitieux objectif que répond l'exercice auquel nous nous sommes livrés depuis hier, en échangeant entre nous, sur des questions qui se posent souvent à nous, lors de la gestion des contentieux élevés devant nos juridictions respectives. C'est dire en d'autres termes, que les sessions de formation participent de notre volonté et de la détermination l'AA-HJF à réunir les conditions optimales devant permettre à ses membres de répondre aux exigences de leur office.

Je connais votre attachement aux sessions de formation de l'AA-HJF. Je sais pouvoir ainsi compter sur chacun de vous pour une restitution parfaite des acquis pédagogiques de cette session, à vos collègues qui assurent la continuité du sacerdoce qui est le nôtre, dans nos différents prétoires.

Notre réseau institutionnel, vous en conviendrez, accorde du prix au processus continu de renforcement des capacités d'intervention des magistrats de ses hautes juridictions membres. Il entend, par conséquent, œuvrer de manière soutenue, à imprimer, chaque jour davantage, aux sessions de formation toute la pertinence et l'utilité requises en la matière, afin de conforter les hautes juridictions dans leur légitime adhésion aux initiatives pédagogiques de notre creuset d'intégration juridique et judiciaire africain francophone.

Mesdames et Messieurs les participants,

Mesdames et Messieurs,

Je ne saurais mettre un terme à mes propos sans avoir, une fois de plus témoigné toute la reconnaissance de l'AA-HJF, au Gouvernement béninois et à l'OIF pour leur appui déterminant à la tenue et à la réussite de la présente session de renforcement de nos capacités d'intervention.

Merci aussi à l'ERSUMA et à tout son personnel pour la qualité, la chaleur de l'accueil qui nous a été réservé et les bonnes conditions de travail qui nous ont été offertes tout au long de ces travaux.

En disant à ceux d'entre vous qui partent dès demain matin, au revoir et surtout bon retour dans leurs pays, juridictions et foyers respectifs, je voudrais, par la même occasion, inviter les autres à bien vouloir honorer de leur présence, l'audience solennelle de rentrée judiciaire de la Cour suprême du Bénin qui aura lieu demain, jeudi 27 octobre 2016, à partir de 09 heures, au siège de la haute Juridiction béninoise à Porto-Novo.

J'ai également le réel plaisir de porter à la connaissance de tous les participants, que les 16^{èmes} assises statutaires de l'AA-HJF sont programmées pour se tenir à Lomé, la belle capitale de la République du Togo, les 12, 13 et 14 décembre 2016.

En attendant de vous retrouver aussi nombreux en terre togolaise, je vous invite à être au quotidien, les « hussards » de notre Association, en vivant et en contribuant à faire vivre son idéal : UNIR L'AFRIQUE PAR LE DROIT ET LA JUSTICE.

C'est sur ces mots d'espoir et d'espérance que je déclare clos, ce mercredi 26 octobre 2016, les travaux de la 9^{ème} session de formation des magistrats membres de l'AA-HJF.

Vive l'intégration juridique et judiciaire africaine !

Vive l'AA-HJF au service de la consolidation de l'Etat de droit et de démocratie !

Je vous remercie de votre bienveillante attention.

Ousmane BATOKO

ANNEXES

PROGRAMME GENERAL

**LIEU : ECOLE REGIONALE SUPERIEURE DE LA MAGISTRATURE (ERSUMA),
PORTO-NOVO, BENIN**

Première journée

MARDI 25 OCTOBRE 2016

09h00 – 10h00 : CEREMONIE D'OUVERTURE

- Mot d'accueil du Représentant du Directeur Général de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature par intérim, **Dr Karel OSIRIS C. DOGUE**, Chef service études et recherche.
- Présentation du message de l'Organisation Internationale de la Francophonie, par **M. Mouhamed KONATE**, Bureau Régional de l'OIF à Lomé au Togo.
- Message du soutien du Gouvernement à la session par **M. Saturnin AFATON**, Directeur de Cabinet du Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, de la Législation et des Droits de l'Homme.
- Allocution d'ouverture du Président de la Cour suprême du Bénin, Président du Conseil d'Administration de l'AA-HJF.

10h00 – 10h30 :

- Salutation d'usage
- Photo de famille
- Cocktail d'ouverture.

TRAVAUX PROPRES DITS DE LA SESSION

TRAVAUX EN PLENIERE

MODERATEURS : - A déterminer

- A déterminer

RAPPORTEUR GENERAL : A déterminer

10h30 – 11h00 : Présentation de la 1^{ère} communication introductive sur :

« Le pourvoi dans l'intérêt de la loi », par M. Philippe PETITPREZ,
Avocat Général à la Cour de cassation auprès de la Chambre sociale –
France

11h00 – 12h00 : Débats.

12h00 – 12h30 : Présentation de la 2^{ème} communication introductive sur :

**« L'exception d'inconstitutionnalité devant les hautes juridictions :
étendue et limites », par M. Daniel AMAGOIN,** Conseiller à la Cour de
Justice de l'UEMOA

12h30 – 13h30 : Débats.

13h30 : Constitution et répartition dans les ateliers et reconnaissance des salles d'ateliers.

13h30 – 14h30 : Pause déjeuner.

TRAVAUX EN ATELIER SUIVANT LES DIFFERENTS ORDRES DE JURIDICTION

JURIDICTIONS DE CASSATION

MODERATEUR : A déterminer

MARDI 25 OCTOBRE 2016

14h30 – 15h00 : Présentation de la communication sur : « **Réflexions sur le pourvoi mixte** », par **M. Jean KONDE**, Président de Chambre à la Cour de cassation du Burkina Faso.

15h00 – 16h00 : Débats.

16h00 – 16h30 : Présentation de la communication : « **Appréciation du défaut de base légale** », par **M. Gilbert Comlan AHOUANDJINOU**, Ancien Président de la Chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin.

16h30 – 17h45 : Débats

17h45 – 18h00 : Pause-café.

Fin de la journée

Deuxième journée

MERCREDI 26 OCTOBRE 2016

08h30 – 09h00 : Présentation de la communication sur : « **Techniques de cassation** », par **M. Philippe PETITPREZ**, Avocat Général à la Cour de cassation auprès de la Chambre sociale – France.

09h00 – 10h00 : Débats

10h00 – 11h30 : Préparation du rapport de l'atelier

11h30 – 11h45 : Pause-café

11h45 – 12h30 : Adoption des rapports des ateliers et suggestion de thèmes pour les prochaines sessions

12h30 – 14h00 : Pause déjeuner

14h00 – 14h45 : Adoption en plénière des rapports des ateliers.

14h45 – 16h30 : Adoption du rapport de la session – Evaluation

16h30 – 17h00 : Clôture de la session

17h00 : Pause-café

Fin des travaux de la session

JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

MODERATEUR : A déterminer

MARDI 25 OCTOBRE 2016

14h30 – 15h00 : Présentation de la communication sur : « **Les pouvoirs du juge électoral : étendue et limites** », par **M. Gilles BADET**, Enseignant – Chercheur à l'Université d'Abomey-Calavi.

15h00 – 16h00 : Débats.

16h00 – 16h30 : Présentation de la communication : « **La publicité de la procédure devant le juge constitutionnel** », par **M. Guy Mipamb NAHM TCHOUGLI**, Enseignant à la Faculté de droit à l'Université de Lomé

16h30 – 17h45 : Débats

17h45 – 18h00 : Pause-café.

Fin de la journée

Deuxième journée

MERCREDI 26 OCTOBRE 2016

08h30 – 09h00 : Présentation de la communication sur : « **La plénitude de juridiction du juge constitutionnel** », par **M. Kassoum KAMBOU**, Premier Président du Conseil constitutionnel du Burkina Faso

09h00 – 10h00 : Débats

10h00 – 11h30 : Préparation du rapport de l'atelier

11h30 – 11h45 : Pause-café

11h45 – 12h30 : Adoption des rapports des ateliers et suggestion de thèmes pour les prochaines sessions

12h30 – 14h00 : Pause déjeuner

14h00 – 14h45 : Adoption en plénière des rapports des ateliers.

14h45 – 16h30 : Adoption du rapport de la session – Evaluation

16h30 – 17h00 : Clôture de la session

17h00 : Pause-café

Fin des travaux de la session

JURIDICTIONS DES COMPTES

MODERATEUR : A déterminer

MARDI 25 OCTOBRE 2016

14h30 – 15h00 : Présentation de la communication sur : « **Le contrôle des aides publiques au développement : cas des appuis budgétaires, des dons et des emprunts** », par **M. Justin BLOKOU**, Ancien Président de la Chambre des comptes de la Cour suprême du Bénin, Chargé de Mission du Président de ladite Cour.

15h00 – 16h00 : Débats.

16h00 – 16h30 : Présentation de la communication : « **L'audit de la dette publique** », par **M. Emmanuel HONKOU**, Professeur Agrégé – Université d'Abomey-Calavi – Bénin.

16h30 – 17h45 : Débats

17h45 – 18h00 : Pause-café.

Fin de la journée

Deuxième journée

MERCREDI 26 OCTOBRE 2016

08h30 – 09h00 : Présentation de la communication sur : « **L'audit de performance quel avenir pour le contrôle juridictionnel ?** », par **M. Assèwessè Outouloum SAMBO**, Magistrat, Conseiller-Maître à la Cour des comptes du Togo

09h00 – 10h00 : Débats

10h00 – 11h30 : Préparation du rapport de l'atelier

11h30 – 11h45 : Pause-café

11h45 – 12h30 : Adoption des rapports des ateliers et suggestion de thèmes pour les prochaines sessions

12h30 – 14h00 : Pause déjeuner

14h00 – 14h45 : Adoption en plénière des rapports des ateliers.

14h45 – 16h30 : Adoption du rapport de la session – Evaluation

16h30 – 17h00 : Clôture de la session

17h00 : Pause-café.

Fin des travaux de la session

LISTE DES PARTICIPANTS

N°	NOM ET PRENOMS	JURIDICTION	CONTACT	E-MAIL
1	M. Ousmane BATOKO	Président – Cour suprême du Bénin, PCA/AA-HJF	+229 97 48 79 81	ousbat@gmail.com
2	M. Victor ADOSSOU	Secrétaire Général AA-HJF	+229 97 25 45 46	vadossou2006@yahoo.fr
3	M. Kodjo WOAYI	Secrétaire Général – Cour suprême du Togo	+228 90 03 20 28	gkwoayi@yahoo.fr
4	Mme Génévieve KOUROUMA	Conseiller Cour suprême – Guinée	+224 622 27 29 29	genekourouma@yahoo.fr
5	M. Ibrahim BOUBACAR ZAKARIA	Conseiller Cour de cassation – Niger	+227 90 90 61 00	-
6	M. HAMA ORY	Conseiller Cour de cassation – Niger	+227 96 98 27 46	-
7	M. Anicet EMBO	Conseiller Cour de cassation – Gabon	07 90 77 05 / 06 21 32 10	-
8	Mme Brigitte PASSIKA	Conseiller Cour de cassation – Gabon	+241 07 29 38 65	passikabrigitte@yahoo.fr
9	M. MWANGA MULINDIA	Conseiller – Cour suprême RDC	+243 81 35 10 241	-
10	M. Sébastien ZAGBAI	Conseiller – Cour suprême Côte d'Ivoire	+225 07 45 93 80	zagbais@yahoo.fr
11	M. Jules SIOBLO DOUAI	Conseiller – Cour suprême Côte d'Ivoire	+225 07 93 60 01	-
12	M. Babacar DIALLO	Conseiller – Cour suprême Sénégal	-	dialloma9@yahoo.fr
13	M. Souleymane KANE	Conseiller – Cour suprême Sénégal	-	skane957@gmail.com
14	Mme Louise ZABRE	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	-	louisezab@yahoo.fr
15	M. Norbert Lié DADJO	TPI/Allada – Bénin	+229 97 68 63 13	liedadjo@yahoo.fr
16	M. Marius OGOU	TPI/Djougou – Bénin	+229 97 14 66 03	boccaceogou@gmail.com
17	M. Albert OUEDRAOGO	Pdt Conseil d'Etat – Burkina Faso	-	ouedraogoalbert@gmail.com
18	M. Nouhoum BOUARE	Conseiller Cour suprême – Mali	-	bouarn@yahoo.fr
19	M. Abodourin DAGBA	Auditeur – Cour suprême – Bénin	-	dagbai@yahoo.fr
20	M. Etienne FIFATIN	Conseiller Cour suprême – Bénin	-	etiff@hotmail.com
21	M. Etienne S. AHOANKA	Conseiller Cour suprême – Bénin	-	bidospere@ymail.com
22	M. Sangoné FALL	Conseiller-référendaire Cour suprême – Sénégal	-	enognas@yahoo.fr
23	M. Onésime Gérard MADODE	Avocat Général Cour suprême – Bénin	-	Onesime1959@yahoo.fr

24	Mme Indo YACOUBA	Conseiller Conseil d'Etat – Niger	-	indoyac@yahoo.fr
25	M. Ahmed Guéro DAN-MALLAM	Conseiller Conseil d'Etat – Niger	-	ahmedanmallam@gmail.com
26	M. Hubert Arsène DADJO	Cour d'appel Parakou	-	hubertdadjo@gmail.com
27	M. Antoine GOUHOUËDE	Conseiller Cour suprême – Bénin	-	-
28	M. Frédéric KAMBOU	Conseiller Conseil d'Etat – Burkina Faso	-	-
29	M. Pierre AHIFON	Parquet Général – Abomey	-	pahif@yahoo.fr
30	M. Thierry AHOVE	Tribunal d'Aplahoué	-	thierryhove@yahoo.fr
31	Mme Régina LOKO	Conseiller Cour suprême – Bénin	-	lokoregina@yahoo.fr
32	M. Serge HOUNNOUVI	Tribunal de Pobè	-	bhossergio@yahoo.fr
33	M. Regam HOUNGUE	Tribunal de Ouidah	-	-
34	M. Rémy Yawo KODO	Cour suprême du Bénin	-	kodoremy@yahoo.fr
35	M. Rodrigue ABOUA	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+228 98 11 37 37	rododyabc@yahoo.fr
36	M. Norbert KASSA	Auditeur – Cour de justice UEMOA	+226 76 11 54 60	kassanorbert@yahoo.fr
37	M. Hervé AFFOUKOU	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+229 96 35 60 45	affoukouw@yahoo.fr
38	M. Outouloum SAMBO	Conseiller-maître – Cour des comptes Togo	+228 90 04 40 07	-
39	M. Anani Kossi AGBA	Conseiller– Cour des comptes Togo	+228 90 04 73 35	Agbamase25@gmail.com
40	M. Kossi Akomingny AKAKPO	Conseiller– Cour des comptes Togo	+228 90 04 92 70	-
41	M. Nounguine POKANAM-LARE	Conseiller– Cour des comptes Togo	+228 90 04 81 84	robertpok@yahoo.fr
42	Mme Ismath BIO TCHANE	Pdt Chamb. des comptes – Bénin	+229 97 98 07 62	-
43	M. Hamidou GARBA	Conseiller – Cour suprême du Niger	+227 90 41 51 89	ghamodou@courdescomptes.ne
44	M. Inaka SEYNI	Conseiller– Cour des comptes Togo	-	seyiinaka119@yahoo.fr
45	M. Arfan Sana DABO	Conseiller– Cour des comptes Sénégal	-	arsadal@yahoo.fr
46	M. Boubacar TRAORE	Conseiller– Cour des comptes Sénégal	-	boutraore76@yahoo.fr
47	M. Salomon Fonton SOHE	Cour des comptes UEMOA	-	sohesafon@yahoo.fr
48	M. Moumouni DAO	Conseiller– Cour des comptes Burkina Faso	+226 78 78 26 16	damounou@yahoo.fr
49	M. Alain KPESOTON	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+229 97 08 56 08	kpessotonal@yahoo.fr

50	M. Aurélien KPEHOUNTON	Auditeur – Cour suprême du Bénin	-	-
51	Mme Damienne DOSSA	Conseiller – Cour suprême Bénin	-	-
52	M. Talahatou GARBA	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+229 97 29 29 73	talhathgar81@yahoo.fr
53	M. Wadoud LAWANI	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+229 97 27 44 95	-
54	M. Bertrand HEMADOU	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+229 97 81 70 32	-
55	M. Mouhamadou KOTO YERIMA	Auditeur – Cour suprême du Bénin	-	kot_moh@yahoo.fr
56	M. Alexis VIDEGNON	Auditeur – Cour suprême du Bénin	-	videgnon@yahoo.fr
57	M. Gaston DJIDONOU	Auditeur – Cour suprême du Bénin	-	djidonou74@yahoo.fr
58	M. Wilfrid ZOHOUNGBOGBO	Auditeur – Cour suprême du Bénin	-	-
59	M. Justin BOKOU	Chargé de Mission– Cour suprême du Bénin	-	-
60	M. Gilbert AHOUCANDJINOU	Ancien PCJ - Cour suprême du Bénin	+229 97 58 91 32	agilcom2002@yahoo.fr
61	M. Wilfrid ARABA	Auditeur – Cour suprême du Bénin	+229 95 53 36 98	w.araba@hotmail.fr
62	M. Jean KONDE	Pdt de Ch. Cour de cassation du Burkina Faso	+226 70 27 27 76	kondempan@yahoo.fr
63	M. Philippe PETITPREZ	Cour de cassation de France	+33 7 50 24 66 94	philippe.petitprez@justice.fr
64	M. Alexis METAHOU	Tribunal de Première Instance - Kandi	+229 95 54 65 83	metahoualexis@yahoo.fr
65	Mme Héloïse HESSOUH	Conseiller – Cour suprême – Bénin	+229 95 05 85 86	-
66	M. Alain Francis SEMASSOU	Tribunal de Première Instance – Abomey	+229 95 85 77 16	asemassou@yahoo.fr
67	M. Pierre Nicolas BIAO	Avocat Général Cour suprême – Bénin	+229 97 89 76 76	-
68	Mme Aleth Solange BEHANZIN	Avocat Général Cour suprême – Bénin	-	athognon@yahoo.com
69	M. Sosthène AGBOWAÏ	Tribunal de Première Instance - Cotonou	-	agbowaisosthene@gmail.com
70	M. Justin AGASSOUNON	Tribunal de Première Instance – Lokossa	-	agassounonjustin@yahoo.fr
71	M. Emmanuel OPITA	Procureur Général – Cour d’appel – Parakou	-	emmopita@yahoo.fr
72	M. Daniel d’ALMEIDA	Cour d’appel – Abomey	-	danigilles@yahoo.fr
73	M. Antoine KENDE DAHOUE	Cour suprême du Bénin	+229 97 04 51 16	-
74	M. Pascal DOHOUNGBO	Cour suprême du Bénin	+229 95 56 75 76	-

75	M. Wilfrid GUEDEGBE	Tribunal de Première Instance – Abomey – Calavi	+229 97 88 47 54	guedewile@yahoo.fr
76	M. Mathieu KAKPO	Tribunal de Première Instance – Natitingou	+229 95 50 74 70	-
77	M. Issoudine IBRAHIM	Tribunal de Première Instance – Porto-Novo	+229 97 12 33 65	-
78	M. Adama DABO	Cour suprême du Mali	+223 66 78 15 35	adamanfalydabo@yahoo.fr
79	M. Norbert DADJO	Tribunal de Première Instance – Allada	+229 97 68 63 13	liedadjo@yahoo.fr
80	M. Ouarayo DOFINI	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	-	-
81	M. Salissou OUSMANE	Conseiller Cour de cassation – Niger	-	salousm7@gmail.com
82	M. Mamadou GUEYE	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	+226 78 82 83 10	-
83	M. Wenceslas ILBOUDO	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	+226 78 82 57 57	-
84	M. Emilien BANKOLE	Conseiller Cour de cassation – Niger	+227 96 99 09 36	bankolemile@yahoo.fr
85	Mme Eudoxie HIEN	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	+226 70 26 03 16	wheudoxy@gmail.com
86	M. Ulrich G. TOGBONON	Tribunal de Première Instance – Savalou	+229 96 57 91 51	togbonon2000@yahoo.fr
87	Mme Priscille ZONGO YANOGO	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	+226 70 20 81 49	priscilla280@yahoo.fr
88	Mme Louise ZABRE	Conseiller Cour de cassation – Burkina Faso	+226 70 24 68 40	louisezab@yahoo.fr
89	M. Babacar DIALLO	Conseiller Cour suprême – Sénégal	-	diallomag@yahoo.fr
90	M. Souleymane KANE	Conseiller Cour suprême – Sénégal	-	Skane957@gmail.com
91	M. Jules SIOBLO DOUAI	Conseiller Cour suprême – Côte d'Ivoire	+225 07 93 60 01	-
92	M. Sébastien ZAGBAI	Conseiller Cour suprême – Côte d'Ivoire	-	zagbais@yahoo.fr
93	M. Mwanga MULINDIA	Conseiller Cour suprême – RDC	+243 81 35 10 241	-
94	M. Théodore HOLO	Pdt Cour constitutionnelle – Bénin	-	tholo@yahoo.fr
95	M. Kader CHAIBOU	Conseiller Cour constitutionnelle – Niger	+227 96 96 32 02	-
96	M. Ousmane IBRAHIM	Conseiller Cour constitutionnelle – Niger	+227 96 89 65 21	inouk_omar@yahoo.fr

97	M. Calixte DOSSOU-KOKO	Greffier en Chef – Cour suprême – Bénin	+229 97 16 59 78	cdossoukoko@yahoo.fr
98	M. Daouda SAVADOGO	Conseiller Conseil constitutionnel – Burkina Faso	+226 70 14 48 07	daoudasavad@yahoo.fr
99	Mme Haridiata DAKOURE SERE	Conseiller Conseil constitutionnel – Burkina Faso	+226 70 26 41 96	ritadakoure@yahoo.fr
100	M. Kassoum KAMBOU	Conseiller Conseil constitutionnel – Burkina Faso	+226 70 06 30 60	jugekambou@yahoo.fr
101	M. Gilles BADET	Prof. Faculté des droits – Université d'Abomey Calavi	+229 97 44 96 94	gilbadet@yahoo.fr
102	M. Zimé KORA-YAROU	Conseiller Cour constitutionnelle – Bénin	-	korayarouzime@yahoo.fr
103	M. Aimadu SAUANE	Conseiller Cour suprême – Guinée Bisau	-	aisauane@yahoo.fr
104	M. Koffi TAGBE	Conseiller Cour constitutionnelle – Togo	-	good.roger@yahoo.fr
105	Mme Lamatou NASSIROU	Conseiller Cour constitutionnelle – Bénin	-	nassiroulamat@yahoo.fr
106	Mme Ablavi Mèwa HOHOUE TO	Conseiller Cour constitutionnelle – Togo	-	edhohoueto@yahoo.fr
107	M. Nahm M. Guy TCHOUGLI	Conseiller Cour constitutionnelle – Togo	-	-
108	Mme Suzanne EBAH-TOURE	Pdt Cour de justice UEMOA	+226 64 93 80 59	-
109	M. Ibrahim SAMBE	Auditeur-Cour de justice UEMOA	+226 71 51 84 00	isambre@urmoa.int
110	M. Euloge AKPO	Juge - Cour de justice UEMOA	+229 97 51 44 31	lolopamph@yahoo.fr
111	M. Abraham ZINZINDOHOUE	Ancien Pdt Cour suprême – Bénin	+229 96 84 81 31	-
112	M. Yaya BOIRO	Juge – Cour de justice CEDEAO	-	-
113	M. Birika Jean Claude BONZI	Juge – Cour Commune de justice et d'Arbitrage – OHADA	-	jcbonzi@yahoo.fr
114	Mme Rafiatou ALASSANE	Chef Service Documentation et Etudes AA-HJF	+229 97 13 65 44	-
115	M. Giscard YABI	Chef service Informatique AA-HJF	+229 66 00 83 21	giscard.yabi@yahoo.fr
116	M. Dorothé LOKOSSOU	Secrétariat AA-HJF	+229 97 38 86 15	-
117	M. Oscar GANGBE	Cher Service Informatique – Cour suprême du Bénin	+229 97 38 08 40	gcoovig2002@yahoo.fr

