

DROIT
& Sciences sociales
UNIVERSITÉ DE POITIERS



PRESSES UNIVERSITAIRES
JURIDIQUES DE POITIERS

L'État inachevé

MÉLANGES

en l'honneur du professeur Koffi

AHADZI-NONOU



Études réunies par les Professeurs
Adama KPODAR et Dodzi KOKOROKO

DROIT PUBLIC

MÉLANGES



PRESSES UNIVERSITAIRES
JURIDIQUES DE POITIERS

UNIVERSITÉ DE POITIERS
COLLECTION MÉLANGES
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES

L'ÉTAT INACHEVÉ

MÉLANGES EN L'HONNEUR DU PROFESSEUR KOFFI AHADZI-NONOU

DROIT 
et Sciences sociales
UNIVERSITÉ DE POITIERS

TABLE DES MATIÈRES

Préface.....	5
--------------	---

LES INSTITUTIONS

LES INSTITUTIONS POLITIQUES

Essohanam BATCHANA <i>Constitutions et acteurs politiques : une lecture du consensus autour de la constitution de 1992 au Togo.....</i>	9
Wadouféi BABALE <i>L'exécution managériale du budget dans l'espace UEMOA Quelle responsabilité des acteurs ?.....</i>	25
Abalo KEDOU <i>Le financement du régionalisme africain : vers la réalisation de l'appropriation continentale de la gestion des crises.....</i>	47
Edzodzinam Kossi SAGBA <i>Dosage ethnique et nomination du Premier ministre en Afrique noire francophone : le cas du Togo.....</i>	69
François HERVOUËT <i>Le Fonds européen de développement, un objet juridique non identifié dans le ciel de l'Union européenne.....</i>	89
Dodzi KOKOROKO <i>Service public et vulnérabilité au Togo.....</i>	101
John Richard KEUDJEU DE KEUDJEU <i>L'intégration par les territoires en Afrique Centrale : le cas de la zone CEMAC.....</i>	113
Kpedu Yawovi AMEDZOFÉ <i>Le parlement constituant en Afrique francophone : contribution à la limitation du pouvoir de révision constitutionnelle en Afrique.....</i>	139
Séni Mahamadou OUEDRAOGO <i>La discipline budgétaire dans l'UEMOA : Et après ?.....</i>	165

Serge François SOBZE <i>Régionalisme et souveraineté des États en Afrique</i>	173
Christian Eninam TRIMUA <i>Le fantasme monarchiste en Afrique : Vivat rex!</i>	195
Gérard Martin PEKASSA NDAM <i>Les pouvoirs budgétaires du Président de la République au Cameroun</i>	227
Philippe LAGRANGE <i>Le Togo et le Conseil de sécurité des Nations unies</i>	245
Kossivi HOUNAKE <i>Les infortunes du recours individuel devant la Cour constitutionnelle au Togo</i>	255

LES INSTITUTIONS

LES INSTITUTIONS JURIDICTIONNELLES

Alioune SALL <i>Le droit national dans la jurisprudence de la Cour de Justice de la CEDEAO</i>	269
Yenteme DJAGBA <i>Réflexion sur la politique judiciaire de la CIJ en droit du maintien de la paix</i>	281
Narey OUMAROU <i>Le jet de discrédit sur les décisions des juridictions constitutionnelles</i>	305
Prudent SOGLOHOUN <i>L'exigence de contrôle de constitutionnalité a priori des lois ordinaires au Bénin</i>	327
Dandi GNAMOU <i>Mutations constitutionnelles : Le double pouvoir de la Cour constitutionnelle du Bénin</i>	335
Ampah JOHNSON-ANSAH <i>Entre la promesse de la règle et la terre promise de la finalité écologique du droit : le juge de droit privé aux prises avec la protection de l'environnement au Togo</i>	351
Kalipe KOSSI <i>Réflexion sur un possible contrôle de la loi de révision constitutionnelle par la Cour de Justice de la CEDEAO</i>	372
Delphine Édith EMMANUEL née ADOUKI <i>La Cour pénale internationale (CPI), entre droit et politique</i>	399
Hilaire AKEREKORO <i>La gestion au constitutionnel des crises parlementaires au Bénin</i>	433

James MOUANGUE KOBILA <i>L'évolution de l'organisation juridictionnelle de la CEMAC : entre mimétisme et néo-fonctionnalisme</i>	457
Joseph DJOGBENOU <i>L'effectivité des décisions des juridictions constitutionnelles</i>	491
Babakane D. COULIBALEY <i>Apologie du contrôle prétériel des lois de révision constitutionnelle en Afrique francophone</i>	513
Adama KPODAR <i>La sincérité dans le droit public</i>	557

LES VALEURS

LES NOTIONS

Ekue G. FOLLY <i>Trop de démocratie peut-elle tuer la démocratie ? Point de vue sur un totem républicain</i>	595
Alain ONDOUA <i>Le « commun » dans le constitutionnalisme des États d'Afrique subsaharienne francophone</i>	613
Dominique BREILLAT <i>La difficile réception des élections primaires en France</i>	625
Ibrahim David SALAMI <i>Les libertés universitaires devant la Cour constitutionnelle béninoise</i>	639
Sédagban Hygin Faust KAKAI <i>Le changement, un levier d'action en démocratie</i>	653
Paterne MAMBO & Henri Martin Martial NTAH À MATSAH <i>L'armée dans les États d'Afrique francophone</i>	681
Brusil Miranda METOU <i>La Cour de Justice de la CEDEAO et l'édification progressive d'un "État de droit régional" en Afrique de l'Ouest</i>	701
Cyrille MONEMBOU <i>La séparation des pouvoirs civil et militaire dans le constitutionnalisme africain</i>	727
Éric Stéphane MVAEBEME <i>Regard récent sur les tendances du constitutionnalisme africain. Le cas des États d'Afrique noire francophone</i>	745

Stéphane CAPORAL-GRECO
*Leçon sur les leçons : réflexions empiriques sur la finalité du concours d'agrégation
 de droit public* 775

Babacar GUEYE
Quelques observations sur les grandes tendances du droit constitutionnel africain 789

Akodah AYEWOUDAN
Le droit d'opposition du propriétaire 803

LES VALEURS

LA JUSTICE

Lionel Pierre GUÉSSÉLÉ ISSÉMÉ
*Le régime financier des organes constitutionnels dans les États d'Afrique noire
 francophone* 813

Arsène-Joël ADELOUI
*Peut-on parler de justiciabilité des droits de l'homme devant le système
 des Nations unies ?* 837

Mazamesso WELLA
La notion de victime dans la justice transitionnelle 861

Fabrice HOURQUEBIE
La justice transitionnelle est-elle encore de la justice ? 873

Nadine MACHIKOU
Liaison et déliaison compassionnelle. L'Afrique au cœur du souci du monde 885

Abraham GADJI
À propos des sanctions administratives en droit public économique 907

Saidou Nourou TALL
Justice et développement durable 919

DANDI GNAMOU

Agrégée des facultés de droit

Professeure Titulaire

Juge à la Cour suprême du Bénin

MUTATIONS CONSTITUTIONNELLES : LE DOUBLE POUVOIR DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU BÉNIN

« (...) la suprématie constitutionnelle serait vouée à rester un mythe désespérant si elle n'était sous la garde constante d'une sorte de sentinelle: le juge constitutionnel ».

La Cour constitutionnelle béninoise comme la majorité de ses consœurs africaines¹, est apparue avec l'avènement du nouveau constitutionnalisme en suivant le modèle kelsénien de justice constitutionnelle². Composée de sept membres, dont quatre nommés par le bureau de l'Assemblée nationale et trois par le président de la République, pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois³, la Cour succède au Haut Conseil de la République, organe de transition créé par la Conférence nationale pour exercer les fonctions constitutionnelles. Elle a été installée le 7 juin 1993. L'opinion publique béninoise et la doctrine quoique parfois critiques ont souvent louées l'audace de la Cour constitutionnelle béninoise⁴. Certains estiment d'ailleurs que c'est l'hyper cour constitutionnelle qui fait du Bénin

1 Sur l'historique de la mise en place des cours constitutionnelles en Afrique voir, M. BÖCKENFÖRDE, B. KANTE, Y. NGENGE et H. KWASI PREMPEH, *Les juridictions constitutionnelles en Afrique de l'Ouest, Analyse comparée*, IDEA Hanns Seidel, 2016, 196p.

2 A. KPODAR, « Réflexions sur la justice constitutionnelle à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi dans le nouveau constitutionnalisme : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo », *Revue béninoise des sciences juridiques et administratives*, n° 16, 2006, p. 111.

3 Article 115 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

4 A. B. FALL, « Le juge constitutionnel béninois : avant-garde du constitutionnalisme africain », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 : un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè, L'Harmattan, 2014, pp. 717-728 ; G. CONAC, « Succès et crises du constitutionnalisme africain », in *Les constitutions africaines publiées en langue française*, Bruxelles, Bruylant, La documentation française, 1998, p. 15-17.

un modèle de démocratie⁵. C'est le rôle de la gardienne du pacte constitutionnel béninois, dans les mutations de la constitution du 11 décembre 1990 qui est sous examen dans le cadre de cet hommage à un Maître, un coach et un éclairer, le Professeur Koffi AHADZI-NONOU. Le Professeur AHADZI m'a accordé sa guidance méthodologique pour mes travaux présentés à la Maîtrise d'Assistanat, consolé à mon échec au concours d'agrégation et a été le premier à me féliciter pour mon inscription sur la liste d'aptitude aux fonctions de Professeur Titulaire. Sa rigueur et ses encouragements sont pour moi un exemple dans la poursuite de l'œuvre de promotion des jeunes collègues.

Hésitant entre une réflexion sur la Zone de libre-échange continentale, qui rejoint les points d'intérêt du juriste internationaliste panafricaniste premier angle de contact intellectuel avec le Professeur AHADZI-NONOU, et une réflexion sur le droit politique, j'ai préféré le droit politique dans un contexte fluctuant de la jurisprudence du juge constitutionnel béninois et surtout pour faire un clin d'œil au juge constitutionnel de la Cour constitutionnelle du Togo, au rôle de sentinelle aux mains du Maître.

Les mutations de la Constitution, ou mutations constitutionnelles englobent l'ensemble des phénomènes de modifications de la constitution conformément à la Constitution, c'est la révision formelle⁶ et les modifications hors procédure constitutionnelle de révision, c'est la mutation non formalisée ou mutation informelle. Il est vrai la révision constitutionnelle est appréhendée dans le monde francophone sous le prisme de la Constitution souple ou rigide. Dans les constitutions rigides c'est le terme de « révision » qui est retenu, ce qui amène la majorité de la doctrine à réserver le terme de « révision constitutionnelle » à la technique juridique par laquelle les pouvoirs publics modifient expressément le texte de la Constitution, « c'est-à-dire l'abrogation de certaines de ses règles ou de leur ensemble et leur remplacement par d'autres règles »⁷. La révision de la constitution représente dès lors à la fois la définition formelle des modifications, mais aussi l'aspect matériel en ce qu'elle constitue le résultat de cette procédure qui procède d'une voie prédéterminée. Autrement dit, c'est une mutation de la Constitution qui emprunte une voie normativement déterminée. Cette procédure prend aussi le nom d'« amendements », « changements » et « réformes » pour symboliser les procédures formelles de modifications de la Constitution⁸. La révision constitutionnelle est donc communément synonyme de modification en conformité avec les procédures constitutionnelles.

Toutefois la pratique constitutionnelle laisse à voir certaines modifications constitutionnelles en dehors du prisme des procédures de révision classique. Les modifications constitutionnelles peuvent se faire donc soit par le biais d'une révision

5 S. BOLLE, « La constitution Glèlè en Afrique: Modèle ou contre-modèle ? », in *La Constitution béninoise du 11 décembre 1990: un modèle pour l'Afrique ?*, Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè, L'Harmattan, 2014 ; voir aussi du même auteur, « La Cour Djogbénou ou la Cour de la rupture », <http://www.la-constitution-en-afrique.org/2018/09/la-cour-djogbenou-ou-la-cour-de-la-rupture.html>

6 Sur les révisions dans les États européens, voir D. AZEBAZE-LABARTHE, Danièle, « À la recherche d'un patrimoine constitutionnel européen de la révision constitutionnelle: la révision de la Constitution dans les États européens », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 108, no. 4, 2016, pp. 769-806.

7 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par G. Carcassonne et Olivier Duhamel, Dalloz, Paris, 2005, p. 115.

8 B. QUIRINY, Révisions partielles et révisions totales des constitutions, *Jus Politicum*, *Revue de droit politique*, 2015, Volume VII, <http://juspoliticum.com/uploads/pdf/jp13-quiriny.pdf>, consulté le 11 septembre 2018.

constitutionnelle ou par l'intermédiaire d'un changement constitutionnel⁹. Le changement constitutionnel serait selon Jellinek « une modification de la Constitution qui laisse inchangé formellement le texte de la Constitution et qui résulte de faits qui ne sont pas nécessairement issus de l'intention de modifier la Constitution ou de la conscience de le faire »¹⁰. Le changement constitutionnel se rapproche sensiblement du changement constitutionnel informel qui fait référence aux « phénomènes d'attribution par voie interprétative d'une ou plusieurs significations normatives de la matière constitutionnelle, distincte(s) de celle(s) que contient le cadre de la constitution écrite. »¹¹.

En réalité, les termes de changements, amendements, modifications ou mutations expriment la même idée, celle des transformations de la constitution initiale, ses évolutions ou involutions, bref tout ce qui traduit une variation entre le texte adopté et en vigueur, les retouches qui y sont apportées par une procédure prévue par la Constitution elle-même, le jeu des acteurs politiques ou par le biais de l'œuvre d'interprétation du juge.

Plusieurs travaux existent notamment sous l'angle de la participation du juge constitutionnel au pouvoir constituant¹². Mais ici, ce sont spécifiquement la place et le rôle de la Cour constitutionnelle béninoise dans les mutations de la Constitution du 11 décembre 1990 qui nous interpellent. En effet, après avoir tenté de démontrer en 2014 que cette dernière en faisait trop¹³, il nous a semblé qu'il fallait examiner ce que donne à voir le système politique¹⁴ béninois pour théoriser dans ce système le rôle du juge constitutionnel tant encensé.

Le juge constitutionnel béninois est-il un acteur de la révision constitutionnelle ? Réécrit-il à sa guise la Constitution du 11 décembre 1990. La Cour constitutionnelle est-elle un troisième pouvoir constituant¹⁵ ?

9 O. BEAUD, « Les mutations de la Ve République ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, n°99, 2001, pp. 19-31.

10 Selon la traduction d'Olivier Beaud, « Les mutations de la V^{ème} République. Ou comment se modifie une Constitution écrite », *Pouvoirs*, 2001/4, n° 99, p. 19. Le texte original de Jellinek date de 1906 et s'intitule *Verfassungsänderung une Verfassungswandlung*. Sur celui-ci voir O. JOUANJAN, « Le problème du changement constitutionnel informel et ses perspectives théoriques dans l'œuvre de Georg Jellinek », in A. VIALA, *La Constitution et le temps*, L'Hermès, Paris, 2003, p. 185.

11 M. ALTWEGG-BOUSSAC, *Les changements constitutionnels informels*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2013, p. 45.

12 Voir le numéro *Jus politicum, Revue de droit politique* n°18, juillet 2017, *Cours constitutionnelles et révisions de la Constitution*, 683p. S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel* 2017/2, N° 110, pp. 279-316.

13 D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè*, l'Harmattan, 2014.

14 La notion de régime et celui de système politique sont parfois utilisés comme des termes équivalents. En réalité, le régime politique au sens strict, c'est l'ensemble des règles constitutionnelles et les institutions telles que prévues dans les textes constitutionnels des États alors que la notion de système politique inclut hormis le texte constitutionnel les faits, la pratique et l'application de la Constitution. Le système politique, c'est donc à la fois la Constitution écrite et la Constitution vécue. M.A. COHENDET, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, éd. 2013, pp. 162-163.

15 S. ANDZOKA ATSIMOU, « La participation des juridictions constitutionnelles au pouvoir constituant en Afrique », *Revue française de droit constitutionnel* 2017/2, N° 110, p. 316.

Bien que conscient de la séparation connue entre pouvoir constituant et pouvoir constitué, nous affirmons que le juge constitutionnel béninois, dans le processus de révision, s'infiltré dans le pouvoir constituant.

Le pouvoir constituant, pouvoir de pur fait¹⁶ à l'origine de la Constitution, crée en principe un ordre auquel sont soumis les pouvoirs constitués. Le pouvoir constituant « pouvoir qui détient compétence pour faire, modifier, abroger des règles possédant la valeur formelle constitutionnelle »¹⁷, est généralement considéré comme souverain et détient le pouvoir de faire la constitution soit en la créant¹⁸, c'est le pouvoir constituant originaire¹⁹, soit en la révisant²⁰, c'est le pouvoir constituant dérivé²¹. A la différence de la distinction pouvoir constituant originaire, pouvoir constituant dérivé²², la distinction pouvoir constituant, pouvoir constitué²³ ne

16 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Réédition présentée par Eric Maulin, Dalloz, Paris, 2003, p. 497.

17 G. HÉRAUD, *L'ordre juridique et le pouvoir originaire*, Paris, Sirey, 1946, p. 202-204.

18 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, Dalloz, Paris, 2005, p. 115.

19 C'est alors le pouvoir constituant originaire, qui suppose une rupture de l'ordre constitutionnel antérieur à la suite d'une révolution, d'un coup d'état, d'une guerre ou pour bâtir un ordre nouveau. C'est à lui que revient le pouvoir d'édicter soit une première constitution écrite, soit une nouvelle constitution. Il est par définition souverain et n'est assujéti à aucune limitation juridique. O. DUHAMEL, Y. MÉNY, *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 777-778.

20 C'est le pouvoir constituant dérivé ou institué qui dans le respect de la continuité constitutionnelle procède à la modification de la constitution en suivant la procédure établie par la constitution elle-même et en faisant appel aux organes de l'État habilités constitutionnellement à réviser ladite constitution. Le pouvoir constituant dérivé ou encore le pouvoir de révision est soumis au respect des règles de fond et de forme prévues par la Constitution. Toutefois, si ce pouvoir apparaît limité en droit béninois et dans la majorité des pays africains connaissant le contrôle de constitutionnalité de la loi constitutionnelle, tel n'est pas le cas en France où le pouvoir de révision apparaît illimité, puisque le Conseil constitutionnel ne se reconnaît pas compétent pour contrôler la constitutionnalité d'une loi de révision de la constitution adoptée par le Congrès. M. DE VILLIERS, A. LE DIVELLEC, *Dictionnaire de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 7^{ème} édition, 2009, p. 252-253.

21 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par Guy Carcassonne et Olivier Duhamel, Dalloz, Paris, 2005, p. 116. Le pouvoir constituant fait l'objet de critiques. Ainsi, selon O. BEAUD « on ne peut pas à la fois soutenir le caractère juridiquement inconditionné du pouvoir constituant originaire, celui juridiquement habilité du pouvoir dérivé, et les qualifier tous deux de pouvoir constituant comme s'ils étaient de nature identique. L'erreur de la doctrine – une faute de logique en fait – est donc de ranger ces deux pouvoirs dans un genre unique, d'adopter une différenciation relative (différence de degré), alors qu'elle devrait être absolue ». O. BEAUD, *La puissance de l'État*, PUF-Léviathan, 1994, pp. 314-315. Voir aussi S. RIALS, « Supraconstitutionnalité et systématicité du droit », *Archives de philosophie du droit*, t. 31, 1986, p. 65.

22 L'opposition entre pouvoir constituant originaire et pouvoir constituant dérivé est retenue par une grande partie de la doctrine. A. VIALA, « Limitation du pouvoir constituant. la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa*, vol. 32, no. 1, 2014, pp. 82. Mais, la jurisprudence du Conseil constitutionnel français ne fait pas de distinction entre les deux pouvoirs. Elle retient la notion de « pouvoir constituant » qu'elle n'est pas habilitée à contrôler. Voir D. BARANGER, Un chantier qui ne prend jamais fin... Le juge, les révisions et les autres formes de changement constitutionnel dans la France contemporaine, *Jus politicum*, *Revue de droit politique* n°18, juillet 2017, *Cours constitutionnelles et révisions de la Constitution*, p. 60 et suivants.

23 G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, réédition présentée par Guy

pose généralement pas de problème. Du pouvoir constituant, pouvoir originaire, les pouvoirs constitués, pouvoirs dérivés tirent leur source. Cette distinction entre le titulaire du pouvoir constituant, de sorte que la Constitution elle-même ne saurait en principe enchaîner le peuple puisque malgré toutes les délégations que fait le peuple, il garde par devers lui le pouvoir constituant qu'il peut changer à tout moment, sans contraintes²⁵. Ainsi, le pouvoir constituant ne peut se substituer au pouvoir constitué et ne peut limiter ce pouvoir originaire de fait.²⁶

Mais dès lors que le juge constitutionnel se reconnaît compétent pour contrôler substantiellement les lois constitutionnelles, l'œuvre créatrice de l'interprète ne peut que l'entraîner dans le laboratoire de la confection de la Constitution pour faire de lui un constituant. Le juge constitutionnel n'est pas uniquement dans le contrôle de la substance de la Constitution, il intervient dans les différentes étapes de la procédure de révision. Aussi, la thèse défendue est celui du double pouvoir de la Cour constitutionnelle béninoise en matière de mutations constitutionnelles. La Cour constitutionnelle du Bénin détient en effet un pouvoir de modification de la Constitution (I) et un pouvoir de validation des révisions constitutionnelles (II).

I. LE POUVOIR DE MODIFICATION DE LA CONSTITUTION

La Cour constitutionnelle du Bénin détient le pouvoir de révision. C'est inéluctablement le prolongement du rôle d'interprète de la Constitution, l'expression du pouvoir normatif (A). L'usage par la Cour de ce pouvoir normatif en fait un co-constituant substantiel (B).

A. LE PROLONGEMENT DU POUVOIR NORMATIF

1. L'interprète a un pouvoir créateur

La Cour constitutionnelle du Bénin est au cœur du pouvoir de modification de la Constitution en ce que sa pratique jurisprudentielle, son rôle d'interprète de la Constitution, la met en position de modifier la Constitution. En effet, le juge constitutionnel, comme tout juge procède à l'interprétation des textes qui lui sont soumis et en l'occurrence, à l'interprétation de la Constitution. L'interprétation en droit public, consiste à dégager le sens exact d'un texte peu clair et à en déterminer la portée. C'est une opération linguistique de détermination du sens général ou appliqué d'un énoncé²⁷. Pour Marie-Claude Ponthoreau, le pouvoir normatif du juge constitutionnel recouvre deux sens. Le premier est de considérer que le juge est créateur du droit dans la mesure où l'interprétation de la Constitution est une

Carcassonne et Olivier Duhamel, Dalloz, Paris, 2005, pp. 117-118.

24 E. SIEYES, *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* rééd., Paris, PUF, 1982.

25 R. CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Réédition présentée par Éric Maulin, Dalloz, Paris, 2003, p. 486-488.

26 A. VIALA, « Limitation du pouvoir constituant, la vision du constitutionnaliste », *Civitas Europa*, vol. 32, no. 1, 2014, pp. 82.

27 J. PINI, « (Simples) réflexions sur le statut normatif de la jurisprudence constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel n°24*, Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, juillet 2008.

opération de productions de normes nouvelles, et le second vise l'hypothèse où le juge en interprétant un texte va au-delà de ce dernier pour édicter des normes qui diffèrent de sens d'un texte préexistant²⁸. Le pouvoir normatif du juge constitutionnel étant de nos jours largement admis notamment en ce qui concerne son rôle dans le contrôle de constitutionnalité de la loi où dans la création des normes de référence nécessaires à son contrôle, son pouvoir dans la modification de la Constitution devrait être une évidence²⁹. Comme le souligne Jean-Marc SAUVE « il ne fait aucun doute qu'une part de la réalité normative réside dans l'interprétation des textes »³⁰. Le pouvoir normatif du juge constitutionnel lui permet donc de procéder à une mutation du texte constitutionnel.

Certes, dans la tradition française, le juge constitutionnel n'a pas son mot à dire en matière de révision constitutionnelle. Il se borne à examiner le respect des conditions formelles dans lesquelles s'organise la révision, sans pouvoir jamais interférer dans le contrôle de constitutionnalité de la loi constitutionnelle³¹. Ainsi, en référence à la doctrine Vedel du maintien de la suprématie de la Constitution, le juge se réfère toujours au texte constitutionnel pour ne pas être ou apparaître comme créateur de normes constitutionnelles³². Tel n'est pas le cas du juge constitutionnel béninois qui censure la loi constitutionnelle.

2. Le censeur de la loi constitutionnelle participe à sa formation

La Cour constitutionnelle du Bénin, a tiré parti du silence de la Constitution sur le contrôle de constitutionnalité d'une loi de révision constitutionnelle pour procéder au contrôle du pouvoir constituant³³. Certes un tel silence pouvait valoir autorisation ou interdiction. Et, l'examen au regard de la jurisprudence française militait pour une injusticiabilité des lois constitutionnelles fondée à la fois sur l'absence d'autorisation explicite et sur la souveraineté du pouvoir constituant³⁴.

28 M.-C. PONTTHOREAU, Cahiers du Conseil constitutionnel, n°24, Le pouvoir normatif du juge constitutionnel, juillet 2008, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/reflexions-sur-le-pouvoir-normatif-du-juge-constitutionnel-en-europe-continentale-sur-la-base-des>

29 Fanny MALHIÈRE, *L'élaboration des décisions des cours constitutionnelles et européennes*, mai 2017, p. 1.

30 J.-M. SAUVE, « Les mutations constitutionnelles », Introduction de Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, lors du colloque organisé par la Société de législation comparée le 5 avril 2013, <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Lev-mutations-constitutionnelles>, consulté le 10 juillet 2018.

31 Si quelques heurs d'espoirs avaient fait jour avec sa décision de 1992 du fait de la référence à la limite matérielle de l'article posée au cinquième alinéa de l'article 89, celle de 2003 ne laisse plus aucun doute sur l'incompétence du juge constitutionnel français à contrôler les lois constitutionnelles. Le Conseil constitutionnel n'a en effet pas hésité à rejeter le recours exercé contre la loi constitutionnelle relative à l'organisation décentralisée de la République, au motif qu'il « ne tient ni de l'article 61, ni de l'article 88, ni d'aucune autre disposition de la Constitution le pouvoir de statuer sur une révision constitutionnelle ». Voir CC n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *rec.* 76 et CC n° 03-469 DC du 26 mars 2003, *rec.* 293.

32 V. G. VEDEL, « Le précédent judiciaire en droit public français », *RIDC*, vol. 6, 1984, p. 265 et « Souveraineté et supra-constitutionnalité », *Pouvoirs*, n°67, 1993, pp. 79-97.

33 La Cour constitutionnelle du Bénin censure une loi constitutionnelle, <http://www.la-constitution-en-afrique.org/article-13321088.html>

34 Voir CC n° 92-312 DC du 2 septembre 1992, *rec.* 76 et CC n° 03-469 DC du 26 mars 2003, *rec.* 293.

Mais, la Cour constitutionnelle du Bénin, à l'occasion de la décision communément appelée « consensus national »³⁵, se reconnaît juge de la constitutionnalité des lois constitutionnelles. Sans examiner la question de sa compétence, elle procède au contrôle de la loi constitutionnelle adoptée par les députés. Cette position n'est pas isolée, puisque le droit comparé révèle des juridictions constitutionnelles qui opèrent un contrôle des lois constitutionnelles. Tel est le cas au Mali³⁶, au Niger, en Afrique du Sud, au Tchad et au Burkina-Faso³⁷, et en dehors du continent africain, en Italie, aux États-Unis, en Allemagne, en Autriche³⁸ en Roumanie, en Slovaquie, en République Tchèque³⁹ et à Chypre⁴⁰. Cette interprétation dynamique⁴¹ et audacieuse⁴² est nécessairement source de mutations.

- 35 En 2006, les députés béninois tentent d'appliquer à leur mandat, en cours, une modification constitutionnelle qui porte de 4 à 5 ans la durée du mandat parlementaire. Ils s'accordent le 23 juin par 71 voix sur 83, une prorogation d'un an de leur mandat jusqu'en avril 2008 au lieu du terme initial de 4 ans prévu pour avril 2007. L'argument avancé était de faire coïncider les élections législatives et les élections locales, afin de réaliser des économies substantielles à l'État. Les députés à l'Assemblée nationale réussissent ainsi à rassembler plus des 4/5 de voix des membres de celle-ci, majorité nécessaire à une réforme de la Constitution du 11 décembre 1990. Ne bénéficiant de l'adhésion ni du Chef de l'État, ni de l'opinion publique béninoise, la loi fait l'objet d'une saisine de la Cour constitutionnelle à la demande de nombreux requérants, et du Président dont la promulgation est sollicitée.
- 36 Arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001. La Cour constitutionnelle du Mali considère ici que la loi constitutionnelle étant une loi comme tout autre, elle est compétente pour son contrôle. Il n'est toutefois pas vain de rappeler que la loi constitutionnelle est celle qui établit une nouvelle constitution ou porte révision de la Constitution en vigueur. Certes c'est une loi, mais elle présente des spécificités tenant à sa procédure et à l'auteur du texte constitutionnel, le pouvoir constituant. Elle a réaffirmé sa position récemment dans l'arrêt 2017-04/CCM/réf du 4 juillet 2017.
- 37 Conseil constitutionnel du Burkina Faso, décision n°2012-008/CC du 26 avril 2012.
- 38 J. ANDRIANTSIMBAZOVINA ET H. GAUDIN, « Contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles et droit européen : débat sur une nouvelle piste à emprunter », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°27, 2009, pp. 52-57.
- 39 D. AZEBAZE-LABARTHE, « À la recherche d'un patrimoine constitutionnel européen de la révision constitutionnelle : la révision de la Constitution dans les États européens », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 108, no. 4, 2016, pp. 800-804.
- 40 A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *AJP/PJA5/2011*, p. 627-628.
- 41 A. SOMA, « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *AJP/PJA5/2011*, p. 629. Voir aussi, A. ESSONO EVONO, « Les normes et les techniques de contrôle de constitutionnalité des lois au Gabon », *AJP, revue du CER-DIP*, volume 2, n° 2, juillet-décembre 2006 ; T. ONDO « Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles en Afrique noire francophone », *RDIDC*, 2009, n°1.
- 42 S. BOLLE, « La cour constitutionnelle du Bénin censure une loi constitutionnelle », consulté sur www.la-constitution-en-afrique.org/article-13327380.html ; I. SALAMI, « Le pouvoir constituant dérivé à l'épreuve de la justice constitutionnelle », *Revue Togolaise de droit*, p. 5 ; L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 336 ; Voir plus généralement, sur l'audace du juge constitutionnel béninois, S. BOLLE, *Le nouveau régime constitutionnel du Bénin. Essai sur la construction d'une démocratie africaine par la Constitution*, Thèse de droit public, Montpellier I, 1997 ; I. SALAMI, *La protection de l'État de droit par les cours constitutionnelles africaines. Analyse comparative des cas béninois, ivoirien, sénégalais et togolais*, Thèse de droit public, Université de Tours, 2005 ; S. DAKO, *Processus*

La Cour constitutionnelle n'est pas formellement désignée pour modifier la constitution, mais en réalité, elle produit des « interprétations constituantes »⁴³. Ainsi, de l'interprétation de la constitution à la création d'une nouvelle norme, il n'y a qu'un pas. Comme cela a été souligné, « Le juge constitutionnel est constituant lorsqu'il découvre une nouvelle norme de valeur constitutionnelle et quand il interprète la Constitution et prive d'effet certaines de ces dispositions... La thèse du juge constitutionnel créateur des normes constitutionnelles est désormais admise. La chose est devenue évidente ; elle n'est plus contestée, mais simplement constatée comme inévitable et souvent légitime »⁴⁴.

Par sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle béninoise se place donc indéniablement en pouvoir constituant⁴⁵, ce qui nous a fait dire qu'elle est un co-constituant décomplexé⁴⁶. L'interprétation du juge conduit ainsi à une mutation de la Constitution, à la réécriture de la Constitution du 11 décembre 1990 qui transforme le juge constitutionnel béninois en co-constituant substantiel.

B. LE CO-CONSTITUANT SUBSTANTIEL

La Cour désormais débarrassée de tout complexe arrive par différentes touches à modifier substantiellement la Constitution du 11 décembre 1990. Sans être exhaustif dans ses interprétations constituantes, certaines « nouveautés », ou amendements implicites de la Constitution du 11 décembre 1990 peuvent être évoqués. Il s'agit principalement de nouveaux principes et des nouvelles normes intangibles.

1. Le créateur de nouveaux principes

La Cour constitutionnelle du Bénin a développé une jurisprudence florissante en matière de nouveaux principes à valeur constitutionnelle : le « consensus national »⁴⁷,

électorales et transitions démocratiques en Afrique noire francophone. Etude des cas du Bénin, du Cameroun, du Gabon, du Sénégal et du Togo. Thèse de droit public, Université d'Abomey-Calavi, 2007 ; A. KPODAR, *Commentaire des grands arrêts et décisions de la Cour constitutionnelle togolaise*, Presses de l'Université de Lomé, 2007.

43 P. PACTET, « Libres réflexions sur les interprétations constituantes du juge constitutionnel français », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Sadok Belaïd*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2004.

44 D.-G. LAVROFF, « La Constitution et le Temps », in *Mélanges Philippe ARDANT, Droit et politique à la croisée des chemins*, Paris, LGDJ, p. 221.

45 F. HOURQUEBIE, « Pouvoir constituant dérivé et contrôle du respect des limites », p. 7.

46 D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », *Mélanges en l'honneur de Maurice Ahanhanzo-Glèlè*, l'Harmattan, 2014, pp. 708.

47 Décisions DCC 06-074 du 8 juillet 2006, DCC 10-025 du 11 mars 2010 ; DCC 10-49 du 5 avril 2010 et DCC 10-050 du 14 avril 2010. La Cour définit la notion de consensus comme étant « un processus de choix ou de décision sans passer par le vote [et] permet, sur une question donnée, de dégager par une voie appropriée, la solution satisfaisant le plus grand nombre de personnes ». Décision DCC 10-049 du 5 avril 2010, reprise *in extenso* dans la décision DCC 10-117 du 08 septembre 2010. En matière électorale, le consensus doit autant que possible être constamment recherché sans pour autant constituer une source de ralentissement excessif, de blocage ou de perversion d'un processus, de la mise en œuvre d'une décision déjà acquise ou de l'accomplissement d'une mission confiée à une institution quelconque de la République ».

la « représentation proportionnelle majorité/minorité »⁴⁸, la « transparence dans la gestion des élections »⁴⁹.

Ainsi, en matière de protection des droits fondamentaux, son interprétation l'a amenée à s'auto-instituer réformatrice des arrêts de la Cour suprême pourtant insusceptibles de recours sur le fondement de l'article 131 al.3 de la Constitution du 11 décembre 1990⁵⁰. Elle a par ailleurs confirmé cette position en 2013 en rappelant dans sa décision que « le Coutumier du Dahomey fixé par la circulaire A.P. 128 du 19 mars 1931 ne peut servir de base légale à une décision judiciaire et aucune juridiction⁵¹ ne saurait asseoir sa décision sur un principe ou règle censé porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine »⁵².

Elle a aussi produit des revirements jurisprudentiels qui constitutionnalisent⁵³ puis déconstitutionnalisent⁵⁴ le caractère fondamental et insusceptibles de

⁴⁸ DCC 09-002 du 8 janvier 2009. Cette décision est en rupture avec les décisions DCC 03-117 du 10 juillet 2003, ainsi que celle de 2007 où la Cour avait dit et jugé l'élection conforme à la Constitution. Respectant l'autonomie parlementaire, la Cour avait affirmé que la notion de configuration politique n'étant pas définie et laissée à l'Assemblée nationale un large pouvoir discrétionnaire pour décider du mode de scrutin de l'élection des 6 députés devant siéger à la Haute Cour de justice. La Cour avait ainsi jugé que l'Assemblée pouvait indifféremment élire ses membres au scrutin majoritaire c'est sa décision DCC 01-13 du 29 janvier 2001 ou à la représentation proportionnelle, c'est la décision DCC 03-168 du 26 novembre 2003. Se plaçant sur le terrain du respect de la configuration politique, le juge béninois en l'absence de toutes sources textuelles consacre les droits des minorités à l'Assemblée. Si ce revirement jurisprudentiel a de quoi surprendre, il y a lieu de reconnaître qu'elle permet d'éviter le risque de la dictature de la majorité et constitue une avancée pour la démocratie pluraliste, malgré les soupçons de partialité invoquée par une partie de la classe politique. V. A. KPODAR, « Décision de la Cour constitutionnelle du Bénin. DCC 09-002 du 8 janvier 2009. « Une bonne année pour la démocratie pluraliste » », *Texte inédit*.

⁴⁹ La transparence dans les élections avait déjà été souligné par la Cour constitutionnelle dans sa décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994. La Cour a ensuite déclaré la transparence principe à valeur constitutionnelle dans la gestion des élections dans sa décision DCC 01-011 du 12 janvier 2001 et l'a confirmé à nouveau en 2010 dans sa décision DCC 10-049 du 05 avril 2010.

⁵⁰ La Cour Constitutionnelle sanctionne le recours au Coutumier du Dahomey qu'elle avait déclaré sans force exécutoire par décision DCC 96-063 du 26 septembre 1996, faisant grief à la Cour suprême de ne pas avoir respecté l'autorité de sa décision DCC 06-076 du 27 juillet 2006, DCC 09-087 du 13 août 2009. Voir à ce propos, DJOGBENOU (J.), « Le contrôle de constitutionnalité des décisions de justice : une fantaisie de plus », http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/DJOGBENOU_Quelques_propos_sur_le_controle_de_constitutio_nalite_des_decisions_de_justice_type_2_co-.pdf, consulté le 12 juillet 2018.

⁵¹ Nous soulignons.

⁵² DCC 13-082 du 09 août 2013.

⁵³ DCC 18-01 du 18 janvier 2018. « il échet pour la Cour de dire et juger que l'alinéa 5 de l'article 50 nouveau prévu par l'article 1er de la loi sous examen excluant de la jouissance du droit de grève les militaires, les agents des forces de sécurité publique et assimilés (gendarmes, policiers, douaniers, agents des Eaux-Forêts et Chasses, sapeurs-pompiers), le personnel de la santé, le personnel de la justice, les personnels de l'administration pénitentiaire, les personnels de transmission opérant en matière de sûreté et de sécurité de l'Etat est également contraire à l'article 31 précité de la Constitution »

⁵⁴ DCC 18-141 du 28 juin 2018

suppression le droit de grève⁵⁵, et le contrôle obligatoire et systématique des lois ordinaires⁵⁶.

Enfin, la Cour a surtout introduit des normes intangibles qui viennent compléter les clauses écrites de la Constitution.

2. L'ajout de nouvelles normes intangibles

La Cour est protectrice de l'identité constitutionnelle béninoise, car elle étendant le champ d'application des normes intangibles. C'est sa jurisprudence « options fondamentales de la conférence nationale », où la Cour soumet, à l'examen de la loi organique portant conditions de recours au référendum en application de l'article 4 de la Constitution⁵⁷, la révision constitutionnelle par voie référendaire à des limites non prévues dans la Constitution⁵⁸. En effet, les seules limitations au pouvoir de révision au regard de la lettre de la Constitution du 11 décembre 1990 sont prévues à l'article 156 qui prohibe toute procédure de révision en cas d'atteinte à l'intégrité du territoire et interdit toute modification de la forme républicaine et de la laïcité de l'État. Avec sa décision du 20 octobre 2011, la Cour inclut dans les

55 L'article 31 de la Constitution : « L'État reconnaît et garantit le droit de grève. Tout travailleur peut défendre, dans les conditions prévues par la loi, ses droits et ses intérêts soit individuellement, soit collectivement ou par l'action syndicale. Le droit de grève s'exerce dans les conditions définies par la loi » ; qu'il résulte de cette disposition que le droit de grève est un droit fondamental dont l'exercice est enfermé dans des conditions fixées par le pouvoir législatif

56 La Cour impose en 2017 une lecture en faveur d'un contrôle a priori des lois avant leur promulgation dans le cadre de la décision DCC 17-039 du 23 février 2017. Selon elle, « Considérant qu'aux termes des articles 117, 121 et 124 de la Constitution : « La Cour Constitutionnelle - Statue obligatoirement sur : * la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation... » ; « La Cour Constitutionnelle, à la demande du Président de la République ou de tout membre de l'Assemblée Nationale, se prononce sur la constitutionnalité des lois avant leur promulgation » ; « Une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application. Les décisions de la Cour constitutionnelle ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles » ; qu'il en résulte que les lois en général doivent être soumises au contrôle de leur conformité à la Constitution avant leur promulgation ; que cette formalité n'est donc pas facultative et doit être accomplie, soit par le Président de la République, soit par un membre de l'Assemblée nationale » Nous soulignons.

Avec la sixième mandature, cette interprétation en faveur du contrôle systématique avant promulgation est remise en cause par décision DCC 18-44 du 21 juin 2018 par laquelle la Cour affirme, « Considérant que si en son article 117 alinéa 1, la Constitution dispose que : « La Cour Constitutionnelle - Statue obligatoirement sur : * la constitutionnalité des lois organiques et des lois en général avant leur promulgation... », ce texte n'institue pas une obligation de saisine générale, absolue et systématique de la Cour constitutionnelle de toutes les lois à la charge du Président de la République » http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/DCC%2018-134.pdf

57 Décision DCC11-067 du 20 octobre 2011.

58 KPODAR (A.) et KOKOROKO (D.), « Loi organique portant conditions de recours au référendum : La Cour constitutionnelle du Bénin peut-elle soumettre, aux « Options fondamentales de la Conférence nationale », le peuple dans l'exercice de son pouvoir de révision ? Controverse doctrinale », Le point de vue de M. Dodzi KOKOROKO, *Annuaire béninois de justice constitutionnelle*, vol I 2013, pp. 717-728.

dispositions insusceptibles de révisions les articles 42, 44 et 54 de la Constitution du 11 décembre 1990. Elle estime en effet que l'article 6 de la loi organique n° 2011-27 portant conditions de recours au référendum, votée par l'Assemblée Nationale le 30 septembre 2011, sous examen, est contraire à la Constitution en ce que « il ne cite pas toutes les options fondamentales de la Conférence Nationale de février 1990 et qui sont reprises par les articles 42, 44 et 54 de la Constitution ; qu'il s'agit du nombre de mandats présidentiels, de la limitation d'âge pour les candidats à l'élection présidentielle et de la nature présidentielle du régime politique dans notre pays »⁵⁹. Par cette décision, elle rend insusceptible de révision par voie de référendum, le mandat présidentiel de cinq ans renouvelable une fois, la limite d'âge de 40 ans au moins et de 70 ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielle et le type présidentiel du régime. La Cour constitutionnelle, ce faisant, réaménage l'économie de la Constitution avec des normes intangibles supplémentaires⁶⁰ des « options fondamentales », que le Peuple, titulaire originaire du pouvoir de constitutionnalisation, ne peut modifier par le biais de la révision ces dispositions. Le peuple s'exprimant souverainement et par lui-même tant qu'il use de la voie de la révision prévue dans la Constitution du 11 décembre 1990 se doit de respecter ces options fondamentales. La Cour a confirmé sa jurisprudence sur les options fondamentales 2014⁶¹.

Ainsi, par le biais de son pouvoir créateur, la cour constitutionnelle apparaît dans le droit constitutionnel béninois comme un concurrent du pouvoir de constitutionnalisation qui bénéficie en outre du pouvoir de validation de la révision constitutionnelle.

II. LE POUVOIR DE VALIDATION DE LA RÉVISION CONSTITUTIONNELLE

Le pouvoir de validation est la conséquence du contrôle de constitutionnalité de la loi constitutionnelle. La cour constitutionnelle se trouve à la fois dans le rôle de validation des révisions constitutionnelles en amont et en aval du processus de révision. Elle dispose d'un pouvoir de validation *a priori* de la loi de révision constitutionnelle adoptée par voie référendaire (A) et d'un pouvoir de validation *a posteriori* d'une révision constitutionnelle effectuée hors voie référendaire (B).

A. LE POUVOIR DE VALIDATION A PRIORI DU PROJET DE RÉVISION PAR VOIE RÉFÉRENDAIRE

Le pouvoir de validation *a priori* pourrait être comparé au contrôle préventif (1) que doit exercer les juridictions constitutionnelles avant l'adoption d'une loi de révision constitutionnelle. Mais au Bénin, le contrôle va plus loin. Il faut une déclaration de conformité de la Cour constitutionnelle (2).

⁵⁹ Décision DCC11-067 du 20 octobre 2011. http://www.cour-constitutionnelle-benin.org/doss_decisions/11067.pdf, pp. 3-4.

⁶⁰ On trouve le même raisonnement chez le juge constitutionnel nigérien qui pourrait avoir inspiré le juge béninois, Avis n° 02/CC du 25 mai 2009.

⁶¹ Voir DCC 14-156 du 20 août 2014 relatif au recours en inconstitutionnalité, des propositions tenus par Madame Fatouma AMADOU DJIBRIL, Ministre de l'Agriculture, de l'Élevage et de la Pêche, au cours de l'émission « Zone Franche » de la Télévision Canal 3 Bénin, introduit par Monsieur Jean Claude DOSSA, et aussi DCC 14-199 du 20 août 2014 concernant le recours en inconstitutionnalité de MM. Emmanuel HOUENOU et Paulin H. AHOANDOGBO contre la lettre ouverte de Latifou DABOUTOU.

1. La validation suppose un contrôle

Le contrôle préventif effectué avant le référendum se retrouve dans plusieurs constitutions d'États francophones⁶². En effet, la loi constitutionnelle obéit à une procédure spéciale⁶³. L'avis de certaines institutions est donc requis avant la soumission du projet de loi constitutionnelle référendaire quand l'initiative du processus est celle du Président de la République. C'est le cas par exemple au Sénégal⁶⁴ où le Président de la République peut soumettre directement un projet de loi constitutionnelle au référendum après avis du Président de l'Assemblée nationale, du Président du Sénat et du Conseil constitutionnel⁶⁵. Au Gabon, les projets comme les propositions de lois sont soumis pour avis à la Cour constitutionnelle⁶⁶. Ces situations classiques et communes à de nombreux processus décisionnels prévus par la Constitution sont en amont du processus constituant. Encore au stade de projet, les observations formulées doivent permettre à l'initiateur du projet de l'améliorer⁶⁷.

Selon les termes de la loi 2011-27 du 18 janvier 2012 portant conditions de recours au référendum, l'initiative de toute révision de la Constitution par voie référendaire fait l'objet d'une consultation des présidents d'institutions, dont le Président de la Cour constitutionnelle. Le Président de la République procède à la consultation par lettre circonstanciée adressée aux Présidents d'institution. La consultation de la Cour constitutionnelle se fait selon les modalités prévues à l'article 5 de la loi⁶⁸. Ainsi c'est par une lettre circonstanciée accompagnée du projet ou de la proposition de loi référendaire, de l'exposé des motifs ; du texte de la question à soumettre au référendum et du projet de décret portant convocation du corps électoral que les Présidents d'institutions sont saisis. Ces différents documents sont donc obligatoires dans la procédure de consultation. Toutefois, à la différence des autres institutions, la consultation de la Cour Constitutionnelle est non seulement obligatoire, mais le contenu de l'avis de la Cour est primordial dans l'organisation ou non du référendum. En effet, la formulation de l'article 12 de la loi portant recours au référendum ne laisse aucun doute sur la validation a priori du projet ou de la proposition de loi de révision. Il dispose « Si la Cour Constitutionnelle consultée par le Président de la République déclare l'initiative conforme à la Constitution⁶⁹, le Gouvernement inscrit

62 R. Ngando SANDJÉ « Le droit de la révision constitutionnelle dans le nouveau constitutionnalisme africain », *Revue du droit public*, 2016, n° 4, pp. 1209

63 P. AVRIL, J. GICQUEL, J., *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, PUF, « Que Sais-je », 2013, p. 72.

64 Article 51 alinéa 1 de la Constitution de la République du Sénégal dont la dernière modification a été effectuée par voie de référendum du 22 janvier 2001 par la Loi constitutionnelle n° 2016-10 du 05 avril 2016 portant révision de la Constitution.

65 On retrouve la même procédure au Gabon, au Tchad ou en Tunisie.

66 L'article 116 de la Constitution de la République gabonaise du 26 mars 1991 dispose, « Tout projet ou toute proposition de révision de la Constitution ainsi que tout amendement y relatif est soumis, pour avis, à la Cour constitutionnelle avant le référendum ou la réunion du Parlement en congrès (L. 13/2003 du 19 août 2003). »

67 Voir par exemple la Décision n° 1/C/2016 du 12 février 2016 du Conseil constitutionnel du Sénégal.

68 Article 11 de la loi 2011-27 du 18 janvier 2012 portant conditions de recours au référendum.

69 Nous soulignons.

au budget général initial ou au collectif budgétaire qui suit la décision de la Cour Constitutionnelle, les ressources nécessaires à l'organisation du référendum. »

2. La déclaration de conformité est obligatoire

La mise en œuvre des opérations référendaires sont liées, à la déclaration de conformité de la proposition portant révision de la Constitution. L'examen référendum, et sur le fond, c'est à dire les modifications introduites par la révision constitutionnelle. La déclaration de conformité se fait eu égard à la Constitution, y compris les mutations constitutionnelles induites par l'œuvre du juge donc, le principe du « consensus national »⁷⁰, et les clauses intangibles retenues par la Cour constitutionnelle, lors du contrôle de constitutionnalité de la loi organique par Décision DCC11-067 du 20 octobre 2011.

La Cour doit donc vérifier sur le plan procédural que les autorités visées par la loi portant recours au référendum ont été consultées en bonne et due forme et que la proposition ou le projet de loi constitutionnelle pourtant déjà adopté par l'Assemblée nationale à la majorité des $\frac{2}{3}$ ne portent pas atteinte aux « options fondamentales de la Conférence nationale de février 1990 à savoir :

- la forme républicaine et la laïcité de l'État ;
- l'atteinte à l'intégrité du territoire national ;
- le mandat présidentiel de cinq (05) ans, renouvelable une fois ;
- la limite d'âge de quarante (40) ans au moins et soixante-dix (70) ans au plus pour tout candidat à l'élection présidentielle ;
- le type présidentiel du régime politique au Bénin. »

Dans le cas béninois néanmoins, la déclaration de conformité en matière de révision constitutionnelle porte sur le projet ou la proposition de loi constitutionnelle déjà adopté à la majorité des $\frac{2}{3}$ par les députés. Il y a donc une validation préalable de la volonté exprimée par les représentants élus. Certes on pourrait soutenir, qu'il s'agit d'un projet, mais la phase de prise en considération est déjà validée par l'Assemblée nationale. Les représentants ont déjà confirmé l'intention de la révision et manifestement sa teneur. Sous la mandature du président Patrice Talon, les députés ont d'ailleurs été, par deux fois, saisis pour réviser la Constitution, la première fois par un projet de loi constitutionnelle⁷¹ et la deuxième fois par une proposition de loi constitutionnelle⁷². Pour le projet de loi, la majorité des $\frac{2}{3}$ n'a pas été atteinte, le projet n'a donc pas été pris en considération. En revanche, la proposition de loi constitutionnelle⁷² a franchi la barre de la prise en considération sans pouvoir obtenir l'onction du vote définitif à la majorité des $\frac{4}{5}$ ^{ème}. On peut constater que le texte pris en considération n'a pas connu de modifications au moment du vote au $\frac{4}{5}$ ^{ème}. Les députés auraient, si l'initiative avait réussie, adopté le texte tel que pris en considération.

70 DECISION DCC 06-074 du 08 juillet 2006, Président de la République : AHOSSI Jean Iréné et consorts.

71 Voir décret n° 2017-170 du 15 mars 2017 portant transmission à l'Assemblée Nationale du projet de loi portant modification de la Constitution du 11 décembre 1990.

72 Introduite le 28 juin par huit députés de la majorité présidentielle, la proposition prise en considération est abandonnée faute d'avoir réuni les $\frac{4}{5}$ ^{ème} nécessaire le 5 juillet 2018 et avec le refus pour le Président de la République de recourir au référendum.

La Cour constitutionnelle potentiellement pourrait refuser de déclarer la conformité à la Constitution, voir faire modifier le projet ou la proposition déjà votée par le Parlement dans le sens d'une conformité à la Constitution. Elle a déjà pris l'habitude de le faire pour les lois ordinaires et pour les lois organiques, y compris la loi organique portant recours au référendum. A ce stade, et bien que l'occasion ne se soit pas encore présentée à la Cour constitutionnelle, les indications du juge constitutionnel en termes de modifications l'amèneront indéniablement à modeler *in concreto* le projet de loi constitutionnel, à le co-écrire bien avant que le projet soit soumis au référendum⁷³. Elle entrerait ainsi avec la déclaration de conformité sous réserve d'observation dans la fabrique de la loi constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle détient donc un pouvoir de validation a priori du projet à soumettre au référendum. Elle a aussi un pouvoir de validation a posteriori, puisqu'elle s'est reconnue compétente pour le contrôle de constitutionnalité de la loi constitutionnelle.

B. LE POUVOIR DE VALIDATION A POSTERIORI

Le pouvoir de validation est exclu pour la loi constitutionnelle adoptée par voie référendaire (1), mais est de mise pour les révisions constitutionnelles adoptées uniquement par les députés (2).

1. L'exclusion du contrôle de loi référendaire

Pour ce qui concerne la loi constitutionnelle référendaire, dès lors qu'elle a été soumise au peuple et que les opérations référendaires ne sont pas empreintes d'irrégularité de nature à altérer le vote, le juge constitutionnel n'est plus compétent pour effectuer le contrôle de constitutionnalité de la loi référendaire. On en revient à la théorie classique du pouvoir constituant détenteur de la souveraineté nationale, lequel ne peut subir un quelconque contrôle de la part du juge. Ainsi, si le pouvoir constituant dérivé est soumis au contrôle de conformité du projet ou de la proposition de loi voté par les $\frac{2}{3}$ de l'Assemblée nationale, le détenteur direct de la souveraineté ne peut souffrir d'un quelconque contrôle. Aussi, l'article 30 de la loi portant conditions de recours au référendum dispose « Les projets ou propositions de loi référendaire adoptés par le peuple constituent l'expression directe de la souveraineté nationale et sont soustraits à tout contrôle de constitutionnalité. »

Nonobstant la place du peuple souverain, un contrôle a posteriori de la loi adoptée par référendum est superfétatoire. Le projet ou la proposition de loi soumis au référendum ayant fait en amont l'objet d'un avis de la Cour constitutionnelle sur la base de la loi à adopter et de la question à soumettre au référendum, la déclaration de conformité certifie l'absence de contrariété à la Constitution.

2. Le contrôle de la loi constitutionnelle adoptée par les députés

Cependant en ce qui concerne la procédure de révision constitutionnelle adoptée uniquement par les députés de l'Assemblée nationale, la Cour constitutionnelle ayant admis le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois constitutionnelles devient l'instance de validation de la révision constitutionnelle. L'invalidation qu'elle a faite de la loi constitutionnelle du 23 juin 2006, ayant pour but exclusif de

⁷³ Le juge constitutionnel sénégalais bien qu'ayant limité son avis sur la conformité du projet de révision constitutionnelle au contrôle qui a lui-même qualifié de « minimum », a réécrit le projet de loi constitutionnelle, Décision n° 1/C/2016 du 12 février 2016.

modifier l'article 80 de la Constitution du 11 décembre 1990, pour proroger d'une année supplémentaire le mandat des députés confirme le pouvoir de validation.

Le contrôle de la Cour l'amène du coup à sanctionner la procédure pour manquement à la procédure relative au déroulement de la session parlementaire⁷⁴ et au déroulement de la procédure parlementaire de révision de la Constitution⁷⁵. Le juge constitutionnel fait le constat de la violation du déroulement de la session parlementaire en raison de l'absence des secrétaires parlementaires, dont le rôle reste crucial au sein de l'Assemblée. Quant à la procédure de révision, le juge constitutionnel considère que l'adoption de la loi constitutionnelle par un vote unique n'est pas en conformité avec les articles 154⁷⁶ et 155⁷⁷ de la Constitution qui requièrent pour la validité de la procédure, deux votes, le premier est celui de la prise en considération et le deuxième celui de l'adoption définitive du projet ou de la proposition prise en considération.

Elle constate aussi une contrariété de la loi constitutionnelle du 21 juin 2006 à la méconnaissance des délais de transmission des lois adoptées au Président de la République aux fins de promulgation⁷⁸, du principe de non rétroactivité de la loi et de l'obligation d'accompagner ses propositions de lois d'une proposition d'augmentation de recettes ou d'économies équivalentes lorsque la proposition ou l'amendement a pour conséquence une diminution des ressources publiques ou la création ou l'aggravation d'une charge publique⁷⁹, et l'obligation de respecter le caractère définitif de l'autorité de la chose jugée des décisions de la Cour constitutionnelle⁸⁰.

CONCLUSION

Juger c'est entrer dans la fabrication de la norme, c'est créer des normes⁸¹. Le juge ne peut interpréter la Constitution et assurer le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles sans entrer dans la création de normes constitutionnelles. On l'a admis pour la loi, le verrou de la distinction pouvoir constituant/pouvoir

74. Voir les articles 17.5, 47.5, 58.4 et 129 du Règlement intérieur de l'Assemblée nationale du Bénin.

75. Titre XI de la Constitution du 11 décembre 1990.

76. L'article 154 de la Constitution du 11 décembre 1990 dispose : « L'initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au président de la République, après décision prise en Conseil des ministres, et aux membres de l'Assemblée nationale. Pour être pris en considération, le projet, ou la proposition de révision, doit être voté à la majorité des trois quarts des membres composant l'Assemblée nationale ».

77. Aux termes de l'article 155 de la même Constitution, « La révision n'est acquise qu'après avoir été approuvée par référendum, sauf si le projet ou la proposition en cause a été approuvé à la majorité des quatre cinquièmes des membres composant l'Assemblée nationale ».

78. Article 57 de la Constitution du 11 décembre 1990.

79. Article 107 de la Constitution du 11 décembre 1990.

80. D. E. EMMANUEL-ADOUKI, « Contribution à l'étude de l'autorité des décisions du juge constitutionnel en Afrique », *RFDC*, 2013/3, n° 95, p. 611-638.

81. O. PFERSMANN, « Présentation. Le juge dans la démocratie constitutionnelle », *Cités*, vol. 69, no. 1, 2017, pp. 7-18.

constitué doit être levé pour ce qui concerne le juge de la constitutionnalité des textes constitutionnels.

La sentinelle de la Constitution béninoise détient par la force des choses et sous sa jurisprudence audacieuse un pouvoir de constitutionnalisation qui ne subit pas le carcan d'une procédure formelle de révision. Un pouvoir de constitutionnalisation, pour le meilleur et pour le pire.

Il est dans la fabrication de la norme suprême, il crée la norme suprême. Il produit par lui-même des interprétations qui modifient substantiellement la Constitution. Il est en capacité de bloquer une procédure de révision constitutionnelle par voie référendaire, avant la soumission du texte constitutionnel et de la question au peuple, et il peut empêcher la promulgation d'une loi de révision constitutionnelle votée par le Parlement. Son audace était tolérée car majoritairement en faveur de la protection des droits et libertés fondamentales.

Son pouvoir s'est exercé très largement pour le meilleur.

Plus que jamais au cœur du pouvoir constituant, nul n'a envie de contester ce gouvernement du juge protecteur de la démocratie, ce « juge constituant » en charge de la préservation des droits et libertés fondamentales.

A moins que l'État légal se substitue à l'État de droit, qu'à la loi expression de la volonté générale en raison de sa conformité à la Constitution moderne nous en venions à la loi expression de la volonté générale de la majorité parlementaire sous ordres, conduisant le peuple habitué à un État de droit à désavouer sa cour constitutionnelle.

Le pouvoir de la Cour constitutionnelle serait alors...pour le pire... avec pour seule issue le retour de la souveraineté au peuple, le recours au peuple, ultime détenteur de la souveraineté.

MÉLANGES EN L'HONNEUR DU PROFESSEUR KOFFI AHADZI-NONOU L'ÉTAT INACHEVÉ

Pour les universitaires, particulièrement ceux d'Afrique noire francophone, le Professeur AHADZI-NONOU Koffi fait partie de ces icônes du droit public et de la science politique. Cet éminent personnage se distingue par sa pluridisciplinarité et par sa complétude universitaire, avec en toile de fond une « passion » hors pair dans ce qu'il entreprend.

Né en 1955 à Lomé (Togo), il est titulaire d'un doctorat d'État en droit public à l'Université de Poitiers. Agrégé de droit public et de sciences politiques, puis Professeur titulaire des Universités, il fut Vice-Président de l'Université de Kara (Togo), puis Président de l'Université de Lomé (Togo).

Il occupe de Hautes responsabilités dans le Conseil Africain et Malgache pour l'Enseignement Supérieur (CAMES), notamment en présidant le Comité Consultatif Général (CCG). Membre de la Cour constitutionnelle du Togo, le Professeur AHADZI-NONOU Koffi a fait beaucoup de contributions en droit constitutionnel et en sciences politiques sur l'Afrique.



ISBN 978-10-90426-98-6

ISSN 2492-6272

PRIX PUBLIC : 60 €



Université
de Lomé