

LES PRINCIPES NON ECRITS DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU BENIN

Errol TONI

Docteur en droit public

Centre d'études et de recherches sur l'administration et les finances (Université d'Abomey-Calavi)

Équipe de droit public (Université Jean Moulin – Lyon 3)

errol.toni@yahoo.fr

SOMMAIRE

INTRODUCTION

I- DES PRINCIPES NÉCESSAIRES

A- La consolidation de l'État de droit

1- La Constitution politique utilement complétée

2- La Constitution sociale faiblement amendée

B- L'apaisement de la compétition électorale

1- La transparence exigée

2- L'approche inclusive promue

II- DES PRINCIPES CONTROVERSÉS

A- La manifestation d'un pouvoir normatif craint

1- Un pouvoir critiqué

2- Un risque accentué de dérive

B- La relativité des craintes exprimées

1- Un fondement principiel posé

2- Une découverte mesurée de principes

CONCLUSION

RÉSUMÉ

Au-delà des normes de référence écrites, le juge constitutionnel béninois recourt à plusieurs principes non écrits dans le cadre de son office. Ils sont relatifs à la continuité du service public, à la non-immixtion par un organe institué par la Constitution dans les prérogatives d'un autre organe, au respect de la hiérarchie des normes, à la garantie du droit à pétition, à la promotion du consensus national, de la transparence et de la participation en matière électorale. Ces principes font l'objet d'intenses controverses, même si, au regard des thèmes concernés, leur nécessité paraît évidente.

ABSTRACT

Beyond the written reference standards, the Beninese constitutional judge resorts to several unwritten principles within the framework of his office. They relate to the continuity of public service, non-interference by a body established by the Constitution in the prerogatives of another body, respect for the hierarchy of standards, the guarantee of the right to petition, promotion national consensus, transparency and participation in electoral matters. These principles are the subject of intense controversy, even if, with regard to the themes concerned, their necessity seems obvious.

INTRODUCTION

Les normes non écrites tirent leur fondement de ce que le Professeur Léo HAMON qualifiait d'« illusion sur la capacité humaine d'inscrire réponse à tout dans la formulation d'une règle de droit »¹. Au niveau du juge constitutionnel², ces normes sont traduites par le syntagme « principe³ à valeur constitutionnelle »⁴. Encore désignés par les expressions de « principe général du droit à valeur constitutionnelle »⁵ et « principe général à valeur constitutionnelle »⁶, ces principes, « bien que n'étant pas explicitement énoncés dans les textes de valeur constitutionnelle, sont reconnus par le juge constitutionnel comme s'imposant au législateur avec la même force qu'eux »⁷. Il s'agit du « caractère foncièrement extratextuel ou extra-*legem* du principe »⁸.

Mais, le principe peut être explicitement inscrit dans un texte. Il désigne alors une « règle juridique, établie par un texte en termes assez généraux, destinée à inspirer diverses applications et s'imposant avec une autorité supérieure »⁹. Si ce texte a une valeur constitutionnelle, le principe s'en voit lui aussi affecté. C'est le cas de la solidarité nationale, de l'égal accès de tous à l'instruction et de la liberté syndicale qui sont des « principes particulièrement nécessaires à notre temps » et qui sont inscrits dans le préambule de la Constitution française de 1946. C'est également le cas de l'égalité, de la fraternité et de la souveraineté nationale qui sont mentionnés par certaines constitutions.

¹ L. HAMON, *Les juges de la loi*, Paris, Fayard, 1987, p. 205.

² Sur le plan matériel, « la justice constitutionnelle est l'activité de contrôle de la conformité à la constitution des actes qui lui sont subordonnés ainsi que des actions et décisions des pouvoirs publics ayant une dimension constitutionnelle ». G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, Paris, PUF, 2011, p. 30.

³ Étymologiquement, le terme « principe » est issu du latin « *principium* », lui-même composé du préfixe *primo* (premier) et du suffixe *capere* (prendre). Les principes traduisent donc l'idée de « ce qui prend place en premier », « ce qui est fondamental ». Il faut signaler que le mot a connu des variations sémantiques au fil du temps. Ainsi que l'a noté N. CATELAN (« Les principes et le droit (ou le droit a-t-il encore des principes ?) », in J. M. PONTIER (dir.), *Les principes et le droit*, Marseille, PUAM, 2007, p. 171), « le terme principe renvoie successivement à origine ou commencement en 1265, puis à une règle de conduite en 1351, à une notion scientifique fondamentale pour Montaigne en 1580 et, à nouveau, à commencement pour Renan en 1833 ».

⁴ L'expression « principe de valeur constitutionnelle » est également utilisée.

⁵ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, PUF, 1989, p. 42.

⁶ G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, op. cit., p. 108.

⁷ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Paris, Dalloz, 2017, p. 1616. Voir aussi A. M. LE BOSS LE-POURHIET, « Principes généraux du droit », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 827 : Ce sont des « normes non écrites, ne tirant leur existence et leur force juridique d'aucun texte, même si certaines d'entre elles sont évidemment inspirées de dispositions constitutionnelles ».

⁸ P. MORVAN, « Principes », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1203.

⁹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 804.

Dans ce dernier cas, le caractère général du principe apparaît de manière évidente. Ce trait semble en d'ailleurs définitoire¹⁰ et focalise les controverses relatives à sa valeur juridique. En d'autres termes, parce qu'étant général, le principe ne saurait par lui-même avoir une charge axiologique suffisante du point de vue normatif ; il ne saurait être suffisamment précis pour servir de fondement à une décision juridictionnelle. Tout au plus, pourrait-il servir à déduire des règles qui, elles, seraient applicables par le juge.

Ce point de vue, bien qu'ayant une certaine pertinence, ne rend pas compte de la réalité liée aux principes à valeur constitutionnelle. Ce sont d'authentiques normes permettant au juge constitutionnel de censurer, le cas échéant, les lois et autres textes qui y contreviennent. En tant que telles, ils doivent être distingués des principes voisins que sont les principes généraux du droit administratif¹¹. Comme leur dénomination l'indique, ces derniers sont découverts par le juge administratif¹² dans sa sphère de compétence. Mais, cela n'exclut pas qu'un même principe puisse être « constitutionnel » et « administratif »¹³, surtout si les deux juges concernés n'en font pas la même lecture ou le même usage.

Les principes à valeur constitutionnelle doivent aussi être distingués des « objectifs de valeur constitutionnelle »¹⁴ (ou « impératifs constitutionnels »¹⁵ suivant la terminologie du juge constitutionnel béninois). Ces derniers font également partie de l'arsenal auquel se réfère le juge constitutionnel, mais leur degré de normativité au sein de cet arsenal est controversé. En clair, à

¹⁰ Ce caractère général a fondé, dans l'œuvre de R. DWORKIN (*Prendre les droits au sérieux*, Paris, PUF, 1995, pp. 79 et ss.), une distinction entre la règle, qui serait un énoncé fermé, et le principe, qui serait un énoncé ouvert.

¹¹ Sur ces principes, on pourra lire B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954, 287 p. ; J. M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, Paris, Dalloz, 2003, 766 p ; B. STIRN, « Les principes généraux du droit dans la jurisprudence du Conseil d'État », *Séminaire sur les principes généraux du droit en droit national, européen et international*, 15 et 16 février 2018, 3 p., en ligne https://www.conseil-etat.fr/content/download/152218/file/discours_B-STIRN_20180216.pdf, consulté le 10 mai 2019 et P. BRUNET, « Les principes généraux du droit et la hiérarchie des normes », in *Mélanges en l'honneur de Michel TROPER*, Paris, Economica, 2006, pp. 207-221. Dans le même sens, il faut distinguer les principes constitutionnels des « principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées » tels qu'ils apparaissent à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice.

¹² Il faut signaler que, de manière inédite, le juge administratif français a découvert un principe constitutionnel. Voir Conseil d'État français, 3 juillet 1996, Koné (principe fondamental reconnu par les lois de la République selon lequel l'extradition doit être refusée lorsqu'elle est demandée dans un but politique).

¹³ C'est le cas, par exemple, des droits de la défense. Sur l'ambivalence principe « constitutionnel – administratif », voir F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000, pp. 51-54.

¹⁴ B. FAURE, « Les objectifs de valeur constitutionnelle : une nouvelle catégorie juridique ? » *RFDC*, n° 21, 1995, pp. 47-77 et P. de MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2006, 680 p.

¹⁵ L'impératif constitutionnel est un concept nouveau (2018) dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin. Ses contours ne sont pas encore tout à fait précis, mais plusieurs décisions incitent à l'assimiler à l'objectif de valeur constitutionnelle. Par exemple, DCC 18-156 du 31 juillet 2018, DCC 11-065 du 30 septembre 2011 et DCC 18-141 du 28 juin 2018. Pour approfondir, lire A. KPODAR, « L'impératif constitutionnel », *RCC*, n° 001, 2019, pp. 101-125.

la différence des principes, les objectifs de valeur constitutionnelle ne seraient pas autosuffisants pour justifier une censure. Le juge constitutionnel français, par exemple, en fait essentiellement « une utilisation *a contrario* »¹⁶ afin de concilier des normes contradictoires. C'est aussi le cas de son homologue béninois dans certaines de ses décisions¹⁷. Mais, cette distinction n'est pas marquée du sceau de l'universalité. Le juge constitutionnel gabonais, par exemple, a censuré des dispositions législatives sur le fondement autonome d'objectifs de valeur constitutionnelle¹⁸. La démarche du juge constitutionnel sénégalais dans la décision du 12 février 2016¹⁹ est similaire.

En revanche, le recours aux principes à valeur constitutionnelle, quant à lui, semble être une donnée quasi-universelle. Ainsi, en droit italien, le juge a recours à des principes non écrits qui sont qualifiés de principes « implicites »²⁰ ou suprêmes²¹. En Allemagne, c'est la Constitution elle-même qui renvoie à des normes non écrites et qui légitime, *ipso facto*, le recours à des principes non écrits par le juge constitutionnel²². En Inde, la Cour suprême a identifié une « structure basique »²³ de la constitution constituée de principes découverts par elle et dont elle assure le respect. Au Burkina-Faso, le juge constitutionnel a évoqué, dans l'une de ses décisions²⁴, les « principes généraux de droit sur la nature juridique de la constitution ». Partant, il a censuré sur ce fondement une disposition d'une loi de révision constitutionnelle qui ne présentait pas un caractère suffisant de généralité²⁵. En France²⁶, au Gabon²⁷, au Maroc²⁸ et en

¹⁶ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après : réflexions sur une catégorie juridique introuvable », in *Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, p. 699.

¹⁷ DCC 18-126 du 21 juin 2018, DCC 18-141 du 28 juin 2018 et DCC 18-157 du 31 juillet 2018.

¹⁸ Décision n° 3/CC du 27 février 2004 (objectifs d'applicabilité et de lisibilité de la loi). Pour un commentaire, voir A. ESSONO OVONO, « Les normes et techniques de contrôle de constitutionnalité des lois au Gabon », *Revue Afrique juridique et politique*, vol. 2, n° 2, 2006, pp. 148-181.

¹⁹ Décision n° 1/C/2016 du 12 février 2016, avis sur le projet de loi de révision de la Constitution (objectifs de sécurité juridique et de stabilité des institutions).

²⁰ J. VROBLEWSKI et R. GUASTINI cités par F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », article (art.) précité, p. 49.

²¹ E. BESSON, « Les principes suprêmes inviolables dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne : véritable limite ou simple précaution démocratique ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, n° XXI, 2005, pp. 11-38.

²² Voir M. FROMONT, « Les normes constitutionnelles non écrites dans la République fédérale d'Allemagne », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, op. cit., pp. 132-135.

²³ J. L. HALPÉRIN, « La doctrine indienne de la structure basique de la constitution : un socle indérogeable et flexible ? », *Revue Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 27, 2010, 4 p., en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-51456.pdf>, consulté le 7 mars 2019.

²⁴ Conseil constitutionnel burkinabè, décision n° 2012-008/CC du 26 avril 2012.

²⁵ À titre comparé, voir une position identique du Conseil constitutionnel sénégalais dans la décision n° 1/C/2016 du 12 février 2016 : « (...) pour éviter une personnalisation incompatible avec le caractère général et impersonnel de la règle de droit, l'exposé des motifs ne doit pas comporter de références répétées aux réalisations du président de la République en fonction (...). Considérant que cet alinéa (2 de l'article 27) au caractère personnel très marqué est inconciliable avec le caractère général des règles par lesquelles la constitution organise les institutions de la République et protège les droits fondamentaux ainsi que les libertés individuelles des citoyens ».

²⁶ Décisions n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 (liberté d'association), n° 76-70 DC du 2 décembre 1976 (droits de la défense), n° 77-87 DC du 23 novembre 1977 (liberté de conscience), etc.

²⁷ Décision n° 4/CC du 19 février 1997 (principe du droit d'âge en matière électorale).

Afrique du Sud²⁹ également, lesdits principes ne sont pas inconnus du juge constitutionnel. Seuls les États-Unis semblent finalement réfractaires à cette notion. Son évocation constituerait une « bizarrerie »³⁰ pour les juristes américains et la Cour suprême n'en aurait consacré aucun³¹.

Au-delà du recours quasi-universel aux principes constitutionnels, il faut signaler une certaine circulation de ceux-ci. Les juges s'inspirent mutuellement dans leurs découvertes. Le principe de la continuité du service public présent dans la plupart des jurisprudences constitutionnelles du monde francophone en est une illustration. Elle vient confirmer le constat suivant lequel « le phénomène de mondialisation ne concerne pas que l'économie et les échanges. Le droit n'échappe pas non plus à son emprise »³².

À l'analyse, les principes à valeur constitutionnelle apparaissent comme une catégorie autonome au sein des normes de référence du juge constitutionnel ou au sein du « bloc de constitutionnalité »³³, pour reprendre une expression chère au Doyen Louis FAVOREU et qui est consacrée par certaines constitutions³⁴. Ils prendraient place dans ce bloc à côté des normes issues du dispositif de la constitution et de son préambule. En ce qui concerne la jurisprudence constitutionnelle du Bénin, l'étendue de ce bloc est autrement vaste. C'est d'ailleurs le premier point d'originalité qui incite à s'intéresser aux principes dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise. Le bloc de constitutionnalité dans lequel ils s'insèrent est, par son étendue, d'un particularisme certain³⁵.

²⁸ Décisions n° 382-2000 du 15 mars 2000 (principe de continuité du service public) et n° 586-04 du 12 août 2004 (principe de la présomption d'innocence).

²⁹ Arrêt du 25 juillet 1996, *Azapo and others vs Président of Republic of South Africa and others* (principe « *ubuntu* »). Le mot est issu des langues bantoues d'Afrique du Sud et fait référence à des valeurs d'humanité, de pardon et de fraternité.

³⁰ E. ZOLLER, « La question des règles non écrites aux États-Unis », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, op. cit., p. 143. Mais, cette approche mérite d'être nuancée au regard des travaux de L. TRIBE, *The invisible Constitution*, Oxford, OUP, 2008, 278 p. L'auteur y défend l'idée de l'existence d'une constitution invisible dans le contexte américain.

³¹ *Ibid.*, p. 145.

³² Th. di MANNO, « Les figures du juge comparatiste », in Th. di MANNO (dir.), *Le recours au droit comparé par le juge*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p.11.

³³ Le bloc de constitutionnalité désigne « l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif, et, d'une manière générale, à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ainsi, bien sûr, qu'aux particuliers ». L. FAVOREU, « Bloc de constitutionnalité » in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, op. cit., p. 87. Voir aussi L. FAVOREU, « Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *Mélanges Charles EISENMANN*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33-48 et G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le "bloc de constitutionnalité" », art. précité, p. 35.

³⁴ Pour un exemple, voir l'article 126, alinéa 3 de la Constitution ivoirienne de 2016 : « Le Conseil constitutionnel est juge de la conformité de la loi au bloc de constitutionnalité ».

³⁵ H. AKEREKORO, « La Cour constitutionnelle et le bloc de constitutionnalité au Bénin », *Revue Afrilex*, 2016, 44 p., en ligne : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Le_bloc_de_constitutionnalite.pdf, consulté le 24

En effet, il est composé non seulement de la Constitution et de son préambule (ce qui inclut les textes auxquels il se réfère : la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, la *Charte des Nations unies* et la *Déclaration universelle des droits de l'homme*)³⁶, mais aussi des nombreux textes auxquels renvoie la Constitution. Il s'agit là d'une illustration de la théorie de la constitutionnalité « par renvoi » développée par le Professeur Agnès ROBLOT-TROIZIER³⁷. La conséquence, c'est que le juge se réfère dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, et quelquefois même exclusivement, à des textes aussi divers que le règlement intérieur de l'Assemblée nationale³⁸, les lois organiques relatives aux institutions constitutionnelles³⁹, les engagements internationaux non inscrits dans le préambule constitutionnel⁴⁰, etc.

Au regard de cette abondance de sources textuelles, il est permis de s'interroger sur l'utilité des principes pour le juge constitutionnel béninois. Ne forge-t-il pas une catégorie juridique évanescence dans le seul dessein de justifier des décisions ayant des fondements inavouables ? Pour paraphraser Pierre BOURDIEU⁴¹, le jeu avec la règle (constitutionnelle) serait-il un élément de la règle du jeu constitutionnel béninois ? Dans le prolongement de ces questions, il semble pertinent de s'interroger sur la réception des principes découverts par le juge constitutionnel béninois. Sont-ils favorablement accueillis par les institutions, la doctrine et les requérants ? Dans le cas contraire, les controverses suscitées sont-elles fondées ?

Ce sont autant d'interrogations qui justifient une réflexion sur les principes constitutionnels dans la jurisprudence⁴² de cette Cour qui est « tant citée et tant vantée »⁴³. Cette réflexion est d'autant plus opportune que, comme l'a souligné le Doyen Babacar KANTÉ⁴⁴, l'un des problèmes majeurs auxquels est actuellement confronté le juge constitutionnel africain, c'est

décembre 2019. Voir aussi H. AKEREKORO, « L'élargissement des sources du droit constitutionnel au Bénin », *Revue Droit béninois*, n° 4, 2015, pp. 141-182.

³⁶ Voir, entre autres, les décisions DCC 34-94 du 23 décembre 1994, DCC 01-024 du 16 mai 2001, DCC 08-046 du 11 avril 2008, DCC 10-015 du 8 mars 2010 et DCC 11-030 du 26 mai 2011.

³⁷ A. ROBLOT-TROIZIER, *Contrôle de constitutionnalité et normes visées par la constitution française : recherches sur la constitutionnalité par renvoi*, Paris, Dalloz, 2007, 688 p.

³⁸ Décisions DCC 98-052 du 29 mai 1998, DCC 08-072 du 25 juillet 2008 et DCC 10-114 du 6 septembre 2010.

³⁹ Décisions DCC 08-94 du 08 avril 1994, DCC 10-035 du 23 mars 2010 et DCC 12-048 du 23 février 2012.

⁴⁰ Décisions DCC 00-072 du 17 novembre 2000, DCC 10-049 du 5 avril 2010 et DCC 11-042 du 21 juin 2011.

⁴¹ Cité par F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », art. précité, p. 59.

⁴² La jurisprudence est l'« ensemble des décisions de justice rendues pendant un certaine période soit dans une matière, soit dans une branche du droit, soit dans l'ensemble du droit ». G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 589.

⁴³ M. FAU-NOUGARET, « Manipulations constitutionnelles et coup d'Etat constitutionnel en Afrique francophone », *Revue Afrilex*, 2016, p. 4, en ligne : http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Manipulations_constitutionnelles_et_coup_d_etat_constitutionnel.pdf, consulté le 15 février 2019.

⁴⁴ B. KANTÉ, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », in *Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Paris, Montchrestien, 2008, p. 268.

« la détermination de la consistance de ses normes de référence ». Plus exactement, en ce qui concerne les normes référentielles non écrites du juge béninois, cette détermination, même si elle a fait l'objet de quelques travaux⁴⁵, demeure encore perfectible.

Étudier les principes non écrits dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle béninoise⁴⁶ suppose leur identification préalable. Il s'agit d'une ambition heuristique nécessitant une lecture approfondie de la jurisprudence concernée. Quand on sait que cette jurisprudence totalise plus de quatre mille décisions⁴⁷, on ne peut que convenir de l'ampleur considérable de la tâche. Au surplus, même si une liste des principes peut être établie, cette dernière ne peut être que protéiforme puisque constituant le reflet de la jurisprudence à un moment donné. Il n'est pas exclu, par exemple, qu'au moment de la finalisation de cette étude, de nouveaux principes aient été découverts par le juge ou qu'il en ait modifié la substance de certains.

De ces deux éléments découle la principale limite de l'étude, limite qui ne s'est cependant pas révélée dirimante. En effet, plusieurs principes ont pu être recensés. Ils ont trait à la continuité du service public, à la non-immixtion par un organe institué par la Constitution dans les prérogatives d'un autre organe, au respect de la hiérarchie des normes, à la garantie du droit à pétition, à la promotion du consensus national, de la transparence et de la participation en matière électorale. Au regard des thèmes concernés, la nécessité de ces principes paraît évidente (I). Mais, cette nécessité n'a pas eu pour conséquence de préserver lesdits principes des critiques. Pour tout dire, ils se situent au cœur d'intenses controverses (II).

I- DES PRINCIPES NÉCESSAIRES

La nécessité des principes découverts par le juge béninois peut être appréciée à l'aune des éléments constituant l'objet du droit constitutionnel⁴⁸. En effet, à partir de la constitution, le juge

⁴⁵ La plus récente semble être la suivante : E. NGANGO YOUNBI, « Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », *RDP*, n° 6, 2018, pp. 1705-1736. Mais, contrairement à cette étude (p. 1711 : « Ces quelques principes ont une valeur illustrative et ne représentent pas l'ensemble des principes à valeur constitutionnelle dégagés par la Cour constitutionnelle »), la présente se veut exhaustive et se concentre exclusivement sur les normes **de référence** non écrites. Elle n'embrasse donc pas les normes contrôlées non écrites. On pourra lire aussi D. GNAMOU, « Juridictions constitutionnelles et normes de référence », *RCC*, n° 001, 2019, pp. 75-99.

⁴⁶ J. AÏVO, « La Cour constitutionnelle du Bénin », *Revue Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 47, 2015, pp. 99-112.

⁴⁷ 4168 décisions en matière de contrôle de constitutionnalité au 17 octobre 2019. Source : Greffe de la Cour constitutionnelle du Bénin.

⁴⁸ J. M. DENQUIN, « L'objet du droit constitutionnel : État, constitution, démocratie ? », in M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 39-65.

fait émerger des principes qui participent tant à la consolidation de l'État de droit⁴⁹ (A) qu'à celle de la démocratie. Cette dernière est notable à travers la volonté d'apaisement de la compétition électorale qui irrigue lesdits principes (B).

A- La consolidation de l'État de droit

En suivant les plis de la distinction opérée par le Doyen Maurice HAURIOU entre la constitution politique et celle sociale⁵⁰, il est possible de distinguer deux pans de l'État de droit : celui politique et celui social. L'intervention du juge béninois n'est pas identique à ces deux niveaux. Le texte de la Constitution politique est utilement complété par des principes (1) tandis que celui de la Constitution sociale est faiblement amendé (2).

1- La Constitution politique utilement complétée

Grâce à son œuvre d'interprétation, le juge béninois a fait accéder à la dignité constitutionnelle la hiérarchie des normes et de la continuité du service public. Est significative de l'importance de ces principes la référence qu'y opèrent plusieurs juridictions à travers le monde. Ainsi, le juge constitutionnel gabonais a eu à reformuler une disposition législative au motif que la formulation initiale n'était pas conforme au principe de la hiérarchie des normes⁵¹. Pour sa part, le juge constitutionnel français a consacré le principe de la continuité du service public⁵².

Il est important de rappeler que la continuité du service public est consubstantielle à la notion d'intérêt général⁵³. « Or, la satisfaction de l'intérêt général ne saurait être discontinuée ; toute interruption risque d'entraîner, dans la vie de la collectivité, les troubles les plus graves »⁵⁴. C'est eu égard à cette importance que la Cour constitutionnelle béninoise a élevé la continuité du service public au rang de principe constitutionnel⁵⁵. Au nom de celui-ci, la Haute juridiction a admis que « le gouvernement en place avant l'élection présidentielle est (...) juridiquement

⁴⁹ 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 doctorat en droit, Université François Rabelais de Tours, 2005, 459 p. et J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, Paris, LGDJ, 2017, 160 p.

⁵⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2015, p. 611. La constitution politique est considérée comme « le statut de l'État » (p. 612). Quant à la constitution sociale, elle est assimilable au « statut du citoyen » (p. 613).

⁵¹ Décision n° 3/CC du 27 février 2004.

⁵² Décision 79-105 DC du 25 juillet 1979.

⁵³ Au sens matériel, le service public désigne usuellement « une activité destinée à satisfaire un besoin d'intérêt général ». G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 958.

⁵⁴ J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, 2014, p. 386.

⁵⁵ Déjà dans la décision DCC 95-026 du 06 juillet 1995, la Cour a évoqué la continuité du service public comme devant constituer une limite au droit de grève. Elle n'a cependant pas employé l'expression de « principe à valeur constitutionnelle » pour la désigner.

compétent pour (...) garantir la continuité de l'État jusqu'à la formation d'un nouveau gouvernement... »⁵⁶. C'est également la garantie de ce principe qui lui a permis de déclarer conforme à la Constitution des lois interdisant le droit de grève aux militaires, paramilitaires et autres agents publics des secteurs vitaux de la vie sociale⁵⁷. Il est vrai que l'interdiction générale du droit de grève admise à cette occasion par la Cour est « discutable »⁵⁸. Mais, il est tout autant vrai que la continuité du service public constitue un élément essentiel de l'État de droit et, en cela, la Cour fait œuvre utile en assurant sa garantie.

La hiérarchie des normes⁵⁹ est également un élément essentiel de l'État de droit. Il est significatif que le père de l'École normativiste, Hans KELSEN, considérait que tout État était nécessairement de droit⁶⁰. Cette analyse ne fait pas l'unanimité⁶¹, mais elle a le mérite de mettre en exergue le lien étroit entre l'État de droit et le respect de la hiérarchie des normes. En vertu de ce lien, la Cour constitutionnelle béninoise se reconnaît compétente pour sanctionner la violation de ce principe. Ainsi, « le ministre des travaux publics et des transports, dans la sphère de sa compétence, ne peut, par simple lettre, sans porter une atteinte grave au principe de la hiérarchie des normes, qui est l'un des traits essentiels de l'État de droit, modifier les dispositions d'un décret »⁶². De même, les articles législatifs qui donnent à cette Cour, en tant qu'institution, des attributions expressément dévolues par l'article 68 de la Constitution à son seul Président sont, « en vertu du principe de la hiérarchie des normes, (...) contraires à la Constitution »⁶³.

Dans les deux décisions précitées, la juridiction a fait mention du « principe de la hiérarchie des normes ». Dans d'autres⁶⁴, en revanche, elle sanctionne la violation dudit principe sans le mentionner. C'est le cas lorsqu'elle déclare contraire à la Constitution un arrêté relevant de ses fonctions le Directeur général de l'Office de radiodiffusion et télévision du Bénin (ORTB) alors que ce dernier avait été nommé par décret. Dans d'autres décisions encore⁶⁵, elle a affirmé

⁵⁶ DCC 11-048 du 26 juillet 2011.

⁵⁷ DCC 11-065 du 30 septembre 2011 et DCC 18-141 du 28 juin 2018. *Contra*, DCC 18-001 du 18 janvier 2018 et DCC 06-034 du 4 avril 2006 (refus de l'interdiction du droit de grève à des agents publics). Voir, à titre comparé, Chambre constitutionnelle de la Cour suprême burkinabè, décision n° 2002/02/CS/CC du 15 janvier 2002 (interdiction du droit de grève aux magistrats).

⁵⁸ E. SOHOUÉNOU, « La justice constitutionnelle et le droit de grève », in *La justice constitutionnelle*, Paris, L'Harmattan, 2016, pp. 375-391.

⁵⁹ C. BRAMI, *La hiérarchie des normes en droit constitutionnel français : essai d'analyse systémique*, thèse de doctorat en droit, Université de Cergy-Pontoise, 2008, 437 p.

⁶⁰ Pour lui, « État » et « droit » étaient une même réalité désignée par deux dénominations différentes. Voir sa démonstration dans H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, pp. 275-310.

⁶¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Paris, De Boccard, 1927, pp. 64-65.

⁶² DCC 96-088 du 6 décembre 1996.

⁶³ DCC 96-010 du 24 janvier 1996.

⁶⁴ Par, exemple, DCC 16-091 du 7 juillet 2016.

⁶⁵ Par exemple, DCC 17-082 du 13 avril 2017 : « Aucune dérogation ne peut être valablement apportée (à une incompatibilité instituée par la Constitution) par une loi ordinaire, encore moins par un texte réglementaire, si ce

explicitement que la hiérarchie des normes était un principe à valeur constitutionnelle et en a sanctionné la violation. Ce procédé de consécration explicite a également été utilisé pour le principe du consensus national et celui de non-immixtion.

Le premier est apparu dans un contexte politique tendu avec, en toile de fond, une initiative parlementaire non consensuelle de révision de la Constitution visant à porter le mandat des députés de quatre à cinq ans⁶⁶. Pour l'annihiler, le juge a fait appel à une notion nouvelle : le consensus national. Le mandat législatif de quatre ans a été présenté comme le résultat du consensus national dégagé à la Conférence des forces vives de la nation de février 1990. Il s'est ensuivi que, « même si la Constitution a prévu les modalités de sa propre révision, la détermination du peuple béninois à créer un État de droit et de démocratie pluraliste, la sauvegarde de la sécurité juridique et de la cohésion nationale commandent que toute révision tienne compte des idéaux qui ont présidé à l'adoption de la Constitution du 11 décembre 1990, notamment le consensus national, principe à valeur constitutionnelle... »⁶⁷.

Quant au second principe, il est d'apparition plus récente. Il semble traduire une nouvelle politique jurisprudentielle de retenue vis-à-vis des autres pouvoirs publics. La Cour a ainsi eu l'occasion d'affirmer que, malgré son rôle d'« organe régulateur du fonctionnement des institutions et de l'activité des pouvoirs publics »⁶⁸, elle n'avait pas vocation à s'immiscer dans les prérogatives des pouvoirs exécutif⁶⁹, législatif⁷⁰ ou judiciaire⁷¹. Ce faisant, elle semble faire

n'est par la Constitution elle-même en vertu du principe constitutionnel de la hiérarchie des normes » et DCC 02-130 du 11 octobre 2002 : « L'arrêté n° 185/MISPAT/DC/SA du 20 décembre 1990, pris en méconnaissance du principe à valeur constitutionnelle de la hiérarchie des normes, est contraire à la Constitution ».

⁶⁶ Le 23 juin 2006, les députés béninois ont voté une proposition de loi constitutionnelle qui portait leur mandat de quatre à cinq ans, avec un effet rétroactif. Le moins qu'on puisse écrire est que ce vote était très controversé. En témoignent le nombre élevé de requêtes contre la proposition de loi constitutionnelle (vingt-quatre au total dont, curieusement, une tendant à faire valider la loi) et l'imagination dont a fait preuve le juge pour la censurer.

⁶⁷ DCC 06-074 du 8 juillet 2006.

⁶⁸ Art. 114 de la Constitution béninoise.

⁶⁹ DCC 18-204 du 11 octobre 2018 : « Considérant qu'en vertu du principe à valeur constitutionnelle de non-immixtion par un organe institué par la Constitution dans les prérogatives non dérogeables d'un autre organe également institué par la même Constitution, la Cour ne peut exercer un pouvoir d'injonction au gouvernement relativement aux modalités de dotations budgétaires ; qu'il s'agit d'une prérogative exclusive de l'exécutif ».

⁷⁰ DCC 18-156 du 31 juillet 2018 : « Ce contrôle (de constitutionnalité des lois) ne saurait s'étendre à l'examen de l'opportunité de l'exercice par ladite Assemblée de ses prérogatives en vertu du principe à valeur constitutionnelle de non-immixtion par une institution prévue par la Constitution dans les prérogatives d'une autre institution également prévue par la Constitution ». Voir aussi DCC 18-142 du 28 juin 2018 et DCC 18-197 du 02 octobre 2018.

⁷¹ DCC 18-196 du 02 octobre 2018 : « En vertu du principe à valeur constitutionnelle de non-immixtion par un organe institué par la Constitution dans les prérogatives non dérogeables d'un autre organe également institué par la même Constitution, la Cour ne saurait interférer, sauf en cas de violation des droits fondamentaux, dans les contentieux en examen devant les juridictions ». Voir aussi DCC 18-184 du 18 septembre 2018.

écho à une conception plus rigide que par le passé de la séparation des pouvoirs⁷² dans le contexte béninois.

Tous les exemples précités montrent que le juge constitutionnel béninois a, à plusieurs reprises, eu recours à des principes non écrits pour compléter la Constitution politique. Relativement à la Constitution sociale, son attitude est plus modérée puisque celle-ci n'a été que faiblement amendée.

2- La Constitution sociale faiblement amendée

L'examen de la jurisprudence constitutionnelle béninoise fait ressortir peu de principes relatifs au volet social de la Constitution. En vérité, sur ce point, seul un principe est apparu dans l'inventaire dressé dans le cadre de la présente étude. Il s'agit du droit de pétition.

Aux termes de la Cour, la pétition représente « une demande adressée essentiellement à des autorités administratives et politiques aux fins de provoquer de leur part une décision à l'avantage des pétitionnaires ou en faveur de la cause qu'ils défendent »⁷³. Plus généralement, la pétition désigne un acte écrit par lequel un groupe de citoyens appelle l'attention des pouvoirs publics sur une question donnée, leur soumet une plainte ou des propositions. C'est un « recours gracieux que les citoyens peuvent adresser, par écrit, aux assemblées parlementaires pour dénoncer un abus de l'administration, préconiser une modification législative, etc. »⁷⁴.

Au Bénin, la pétition est un moyen de contrôle de l'action gouvernementale qui est prévu, non par la Constitution elle-même⁷⁵, mais par les articles 121 à 125 du règlement intérieur de l'Assemblée nationale. Il peut donc paraître discutable que le juge ait choisi de faire du droit de pétition un principe constitutionnel. Ce choix de politique jurisprudentielle figure formellement dans une décision du 10 octobre 2002. La conviction du juge y est traduite de façon simple, mais ferme : « Le droit de pétition, qui est une forme d'expression d'opinion, doit être considéré comme un principe à valeur constitutionnelle... »⁷⁶.

⁷² O. NAREY (dir.), *Séparation des pouvoirs et contre-pouvoirs*, Dakar, L'Harmattan, 2019, 518 p. et A. SOMA, « La séparation des pouvoirs comme droit fondamental dans le constitutionnalisme africain », *Revue Afrilex*, 2018, 26 p., en ligne http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Abdoulaye_SOMA_Separation_des_pouvoirs_comme_droit_fondamental_dans_le_constitutionnalisme_contemporain.pdf, consulté le 15 juin 2019.

⁷³ DCC 13-162 du 12 novembre 2013.

⁷⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, op. cit., p. 773.

⁷⁵ Elle (art. 113) ne prévoit que quatre moyens de contrôle de l'action gouvernementale : l'interpellation, la question écrite, la question orale (avec ou sans débat, non suivie de vote) et la commission parlementaire d'enquête.

⁷⁶ DCC 02-126 du 10 octobre 2002.

En tout état de cause, même si ce choix paraît discutable, l'utilité de la consécration du droit de pétition prêche moins à polémique. En effet, ce droit est reconnu comme fondamental. Pour reprendre la formule de ROBESPIERRE, il s'agit d'un « droit imprescriptible de tout homme en société »⁷⁷. L'exploration des thématiques abordées par les pétitionnaires confirme son importance dans le contexte béninois⁷⁸.

Par ailleurs, il est possible de s'interroger sur la faiblesse quantitative des principes relatifs aux droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle béninoise. Cette faiblesse peut surprendre, notamment au regard de l'importance prise par le phénomène de protection des droits humains par les juridictions constitutionnelles. Comme le rappelle le Professeur Dominique ROUSSEAU, on assiste en effet, depuis quelques années, à « une transformation de la notion de constitution »⁷⁹. Celle-ci a pour corollaire d'en faire une « charte jurisprudentielle des droits et libertés »⁸⁰. C'est ce que confirme le Conseil constitutionnel français lorsqu'il découvre un nombre non négligeable de principes constitutionnels relatifs aux droits de l'homme⁸¹ et dont il assure la protection. L'interrogation prend un relief particulier concernant la Cour constitutionnelle du Bénin. Pour rappel, cette dernière a été créée essentiellement en vue de protéger les droits fondamentaux des citoyens⁸². Il s'agissait de se prémunir des violations massives des droits humains qui avaient eu cours pendant les décennies précédentes⁸³. Pourquoi alors la Cour ne se montre-t-elle pas plus active dans la découverte de principes ayant trait aux droits fondamentaux des citoyens ?

La raison en est simple. C'est que la Constitution comporte elle-même « l'énoncé d'un imposant catalogue de droits et de libertés »⁸⁴. Sa position et sa substance sont d'ailleurs révélatrices de l'importance accordée aux droits fondamentaux par le constituant. Ledit

⁷⁷ Cité par D. HOCHEDÉZ, « Pétition », in O. DUHAMEL et Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, *op. cit.*, p. 750.

⁷⁸ Destruction massive d'habitations dans le cadre de litiges domaniaux (n° 001 – P/07), dénonciation d'injustices subies par les candidats à un examen national de fin de formation (n° 003 – P/07), etc.

⁷⁹ D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 447.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 449.

⁸¹ Cf. *supra*, Introduction.

⁸² Constitution béninoise du 11 décembre 1990, art. 114 : « La Cour Constitutionnelle (...) garantit les droits fondamentaux de la personne humaine et les libertés publiques ». Le constituant lui attribue même un pouvoir de saisine d'office en la matière. Il est également significatif que, contrairement à la Constitution française du 4 octobre 1958 (art. 66), celle béninoise ne positionne nullement l'autorité judiciaire en « gardienne de la liberté individuelle ».

⁸³ Sans remonter jusqu'à l'indépendance, il convient de rappeler que le Bénin a connu, pendant la période, un mouvement révolutionnaire déclenché par le coup d'État du 26 octobre 1972. Ce mouvement a été l'occasion de nombreux abus. Des cas de gabegie, de détournement, de malversation financière ont été rapportés. Sur le plan politique, le monolithisme institué par le parti au pouvoir, le Parti de la révolution populaire du Bénin (PRPB), laissait aux opposants « le choix entre la valise de l'exil et le cercueil ». Lire Th. HOLO, « Émergence de la justice constitutionnelle », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2008, p. 102.

⁸⁴ S. BOLLE, « Le bloc de constitutionnalité au Bénin et au Gabon », art. précité, p. 6.

catalogue est placé au tout début de la Constitution (titre 2). Du point de vue de sa substance, il s'agit d'une énumération couvrant vingt-quatre articles. Tous les droits et libertés de la personne humaine, ou presque, ont été cités⁸⁵. À ceux-ci, le constituant a ajouté ceux proclamés par la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*⁸⁶.

Dans ces conditions, il apparaît superfétatoire pour le juge de recourir à des principes non écrits. Il semble en avoir conscience et concentre son œuvre sur la découverte, en dehors des principes à caractère « politique » évoqués *supra*, de ceux contribuant à apaiser la compétition électorale.

B- L'apaisement de la compétition électorale

En Afrique, les élections correspondent généralement à des moments de tensions⁸⁷. Il n'est donc pas surprenant que le juge constitutionnel, qui est le plus souvent juge de la régularité et de la sincérité des élections nationales⁸⁸, fasse émerger des principes pour apaiser le jeu électoral. En ce qui concerne celui béninois, son action a consisté à marquer les élections du sceau de la transparence (1) et de la participation (2).

1- La transparence exigée

Actuellement, il est difficilement niable qu'il existe « une analyse classique des systèmes politiques africains qui a tendance à faire de l'organisation d'élections transparentes un facteur surdéterminant de la démocratie... »⁸⁹. Cette analyse est, à l'évidence, fonction de l'évolution des systèmes politiques du continent. Elle repose sur le postulat suivant lequel des élections transparentes sont le meilleur moyen d'assurer une représentation politique conforme aux intérêts du peuple et, par suite, de préserver au mieux ses intérêts.

⁸⁵ La sacralité et l'inviolabilité de la personne humaine, l'éducation, la sécurité et l'intégrité, la présomption d'innocence, l'inviolabilité du domicile, la non-soumission à une détention arbitraire, à la torture ou à des traitements inhumains et dégradants, le droit de propriété, les libertés d'aller et de venir, d'association, de pensée, de conscience, de religion, de culture, d'opinion, d'expression, etc.

⁸⁶ Constitution béninoise du 11 décembre 1990, art. 7 : Les droits et les devoirs proclamés et garantis par la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, adoptée en 1981 par l'Organisation de l'unité africaine et ratifiée par le Bénin le 20 Janvier 1986, font partie intégrante de la présente Constitution et du droit béninois.

⁸⁷ Voir B. GUEYE et S. NDIAYE, « L'instabilité institutionnelle en Afrique », *Revue Droit sénégalais*, n° 10, 2012, p. 178 ; G. ROSSATANGA-RIGNAULT, « Identités et démocratie en Afrique : entre hypocrisie et faits têtus », *Revue AFCO*, n° 242, 2012, p. 59 ; D. MELEDJE, « Le contentieux électoral en Afrique », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 143 et D. KOKOROKO, « Les élections disputées : réussites et échecs », *Revue Pouvoirs*, n° 129, 2009, p. 116.

⁸⁸ Constitution béninoise du 11 décembre 1990, art. 117 ; Constitution ivoirienne du 8 novembre 2016, art. 126 ; Constitution guinéenne du 7 mai 2010, art. 94, etc.

⁸⁹ B. KANTÉ, « Les juridictions constitutionnelles et la régulation des systèmes politiques en Afrique », art. précité, p. 272.

Cette importance de l'élection est reconnue par la Cour constitutionnelle béninoise. Elle affirme, à ce titre, que l'élection est « le seul mode d'alternance politique et de dévolution du pouvoir »⁹⁰. Mais, pour que les résultats d'une élection soient acceptés de tous, il importe que sa transparence soit assurée. En cela, cette dernière constitue une norme de référence « obligatoire » pour le juge en charge de contrôler le processus. Il ne saurait valider des élections manifestement non transparentes. C'est en raison de ce caractère déterminant que le juge en a fait un principe à valeur constitutionnelle. Si le juge constitutionnel français a eu à consacrer ce principe dans un autre cadre⁹¹, celui béninois a choisi de l'inscrire en toile de fond des élections. Au surplus, il en fait une utilisation quelque peu originale. Ainsi, la transparence est convoquée non pour apprécier les résultats d'un scrutin donné, mais pour contribuer à créer les conditions optimales de son déroulement. Elle est donc sollicitée par le juge pendant la période précédant l'élection. Cela transparaît aussi bien dans la décision ayant consacré ce principe que dans les décisions ultérieures l'ayant conforté.

À cet égard, il faut d'ailleurs signaler que le principe de transparence est apparu très tôt dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise. Dès 1994, la Cour s'y est référée pour valider la création d'une Commission électorale indépendante devant prendre en charge l'organisation des élections en lieu et place du Ministère de l'intérieur. Elle a justifié sa position par le fait qu'une telle création devrait permettre « d'une part, d'instaurer une tradition d'indépendance et d'impartialité en vue d'assurer la liberté et la transparence des élections et, d'autre part, de gagner la confiance des électeurs et des partis et mouvements politiques »⁹². Mais, à cette occasion, elle n'a pas fait expressément de la transparence un principe constitutionnel⁹³.

C'est lors du contrôle des lois électorales votées en 2000⁹⁴ que la valeur constitutionnelle de ce principe a été clairement énoncée. La Cour a alors demandé de reformuler un article « pour assurer la participation de toutes les forces politiques représentées à l'Assemblée nationale et pour garantir la transparence (principe à valeur constitutionnelle) dans la gestion des élections

⁹⁰ Décision DCC 13-071 du 11 juillet 2013.

⁹¹ Voir les décisions n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 (« ... la mise en œuvre de l'objectif de transparence financière... ») et n° 99-421 DC du 16 décembre 1999 (le Conseil évoque « l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi »). Dans le même sens, il est possible de signaler une décision isolée dans la jurisprudence constitutionnelle béninoise où le juge applique le principe de transparence à son propre office : « elle (l'institution des audiences publiques à la Cour constitutionnelle du Bénin) renforce la mise en œuvre de la transparence, principe à valeur constitutionnelle auquel doivent se conformer les pouvoirs publics lorsqu'ils sont amenés à décider en lieu et place des citoyens ». DCC 18-262 du 06 décembre 2018.

⁹² DCC 34-94 du 23 décembre 1994.

⁹³ *Idem* dans la décision DCC 95-008 du 21 février 1995.

⁹⁴ Lois n° 2000-18 portant règles générales pour les élections en République du Bénin et n° 2000-19 définissant les règles particulières pour l'élection du Président de la République, votées le 17 novembre 2000.

(cf. décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994) » (*sic*)⁹⁵. Poursuivant dans la même décision, elle a considéré qu'il était contraire à la transparence d'admettre la validité des documents électoraux en l'absence des signatures de tous les membres du bureau de vote concerné. Elle a de ce fait censuré une disposition autorisant, sans préjudice pour la validité des documents électoraux, l'absence d'une ou de deux signatures. L'intégration de la transparence au bloc de constitutionnalité a été ainsi officialisée. Elle a été rappelée, de façon tout aussi explicite, dans la décision DCC 01-011 du 12 janvier 2001.

Par la suite, la Cour a conservé cette attitude d'exhortation à la transparence dans le déroulement des élections. Elle a encouragé des désignations de membres des Commissions électorales communales (CEC) et des commissions électorales d'arrondissement (CEA) qui « ne violent pas le principe à valeur constitutionnelle de transparence »⁹⁶. En revanche, elle a déclaré contraire à la Constitution l'exclusion de la société civile du processus de désignation des membres de la Commission électorale nationale autonome (CENA)⁹⁷. Est également contraire à la Constitution une loi qui n'est pas de « nature à accélérer et faire progresser la transparence et le processus d'élaboration de la liste électorale permanente informatisée (LEPI) en cours », mais plutôt de nature à « l'arrêter, le ralentir ou le faire reculer »⁹⁸. Il en est de même du fait que des candidats aux élections législatives, malgré l'ouverture de la campagne électorale, continuent d'occuper des postes-clés dans les structures en charge de l'organisation desdites élections⁹⁹.

L'usage que fait la Cour constitutionnelle du principe de transparence montre bien son attachement à l'organisation d'élections apaisées. Cet attachement s'est également manifesté à travers la promotion d'une approche électorale inclusive.

2- L'approche inclusive promue

Généralement, il est admis que le système proportionnel présente l'avantage d'assurer la représentation d'un plus grand nombre d'opinions au niveau des organes issus de l'élection¹⁰⁰. Ce faisant, ce système peut efficacement servir de terreau à la promotion d'une approche politique inclusive nécessaire à l'épanouissement de la démocratie pluraliste. C'est, en tout cas, ainsi que l'entend la Haute juridiction constitutionnelle du Bénin. Dès le début des années

⁹⁵ DCC 00-078 du 7 décembre 2000.

⁹⁶ DCC 05-056 du 22 juin 2005.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ DCC 10-049 du 5 avril 2010.

⁹⁹ DCC 15-092 du 14 avril 2015.

¹⁰⁰ P. PACTET et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*. Paris, Dalloz, 2015, p. 99.

2000¹⁰¹, elle a imposé la représentation proportionnelle des forces politiques en présence dans les diverses instances de gestion du processus électoral. Pour ce faire, elle a fait appel à une autre notion, la configuration politique, qu'elle a placée au fondement du mécanisme de représentation proportionnelle.

Au niveau de l'Assemblée nationale, la configuration politique doit s'entendre comme « l'ensemble des forces politiques représentées à l'Assemblée nationale et organisées en groupes parlementaires et / ou en non-inscrits »¹⁰². Cette définition d'une notion politique par la Cour a donné lieu à une polémique. Il lui a été reproché d'avoir « franchi un pas politique qu'elle s'était, par le passé, toujours refusée de poser » en invoquant une « notion essentiellement politique »¹⁰³. La question était alors posée de savoir si la Cour aurait « les moyens et les arguments juridiques d'imposer et de dicter à la représentation nationale (...) le contenu et l'application d'une notion essentiellement politique »¹⁰⁴. La réponse fut assez rapidement apportée. La Cour a maintenu sa ligne jurisprudentielle malgré les critiques¹⁰⁵. Il y a lieu de s'en réjouir, car le but visé était de garantir l'implication de tous dans le déroulement du processus électoral et d'assurer, *in fine*, le respect de la « vérité des urnes ». Or, n'est-ce pas là l'essence de la démocratie pluraliste ?

À travers les exemples susévoqués, on constate qu'à l'origine, la référence à la représentation proportionnelle (déterminée en fonction de la configuration politique) était utilisée par la Cour aux fins d'assurer la transparence des élections, principe à valeur constitutionnelle. Cela ressort clairement de la décision précitée du 7 décembre 2000. La Cour a exigé la prise en compte de la configuration politique « pour garantir la transparence dans la gestion des élections ». Le lien entre la représentation proportionnelle et la transparence a donc été mis en évidence de façon nette, le premier élément assurant l'effectivité du second.

Mais, à partir de l'année 2009, il y a eu l'avènement d'une autre conception de la représentation proportionnelle. Celle-ci est indépendante de la transparence et joue même en dehors des processus électoraux classiques requérant l'expertise de la Cour¹⁰⁶. La représentation proportionnelle, en cette occurrence, est appliquée à la désignation des représentants de

¹⁰¹ Décision DCC 00-078 du 7 décembre 2000.

¹⁰² Décision DCC 01-011 du 12 janvier 2001.

¹⁰³ J. AÏVO, *Le juge constitutionnel et l'État de droit en Afrique : l'exemple du modèle béninois*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 135.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Décisions DCC 05-056 du 22 juin 2005 et DCC 05-124 du 7 octobre 2005.

¹⁰⁶ En vertu de l'article 117 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, il s'agit des élections présidentielle, législatives et du référendum.

l'Assemblée nationale dans une autre institution de la République¹⁰⁷. Plus précisément, la Cour a estimé que « le choix des députés appelés à représenter l'Assemblée nationale en tant que corps, à animer ses organes de gestion ou à siéger au sein d'autres institutions de l'État doit se faire selon le principe à valeur constitutionnelle de la représentation proportionnelle majorité / minorité »¹⁰⁸. Par conséquent, la désignation des représentants de l'Assemblée nationale à la Haute cour de justice, faite en ignorant ce principe, est contraire à la Constitution¹⁰⁹.

Il convient de rappeler que, pour faire émerger ce principe dans le bloc constitutionnel, la Cour a fondé son *ratio decidendi* sur la notion de démocratie pluraliste contenue dans le préambule de la Constitution béninoise. Pour elle, la démocratie pluraliste « suppose, entre autres, la garantie des droits de la minorité et la participation de tous à la gestion des affaires publiques »¹¹⁰. Or, cette participation ne peut se traduire au sein de l'Assemblée nationale que par le respect de sa configuration politique, reflet de ses composantes que sont la majorité et la minorité parlementaires.

Ce raisonnement n'a pas fait l'unanimité. Il a même suscité de vives critiques à l'encontre de la juridiction constitutionnelle¹¹¹. Ces critiques ont été d'autant plus acerbes que, dans des décisions antérieures, la Cour avait elle-même écarté l'application d'un tel principe dans la désignation des membres du bureau de l'Assemblée nationale¹¹², des représentants de l'Assemblée nationale à la Haute cour de justice¹¹³ et à la Cour constitutionnelle¹¹⁴. Ces critiques

¹⁰⁷ On retrouve, dans la jurisprudence de la Cour, une décision (DCC 18-005 du 23 janvier 2018) où elle a appliqué ce principe à la désignation, par le bureau de l'Assemblée nationale, des personnalités extérieures devant siéger au Conseil supérieur de la magistrature. Mais, la Cour est très tôt revenue sur cette décision (DCC 18-142 du 28 juin 2018).

¹⁰⁸ Décision DCC 09-002 du 8 janvier 2009.

¹⁰⁹ Pour d'autres applications de ce principe, voir les décisions DCC 11-047 du 21 juillet 2011 et DCC 14-005 du 14 janvier 2015.

¹¹⁰ Décision DCC 09-002 du 8 janvier 2009, précitée.

¹¹¹ Pour illustrer, il est possible de citer deux commentaires de cette décision :

« En conclusion, il ressort de tout ceci que la Cour constitutionnelle, pour cette fois-ci, est passée à côté. Elle n'a pas dit le droit. Elle a tout simplement dit de la politique ; elle a tout simplement fait de la politique politicienne. ». B. HOUSSOU, « Désignation des six députés pour siéger à la Haute cour de justice : la Cour n'a pas dit le droit », *Journal Fraternité*, 12 janvier 2009.

« En dehors de l'insécurité juridique soulevée, il est à noter qu'actuellement au niveau des textes organisant notre Assemblée nationale, aucun élément juridique ne fonde la constitution du groupe parlementaire majoritaire et celui minoritaire ». S. PRINCE AGBODJAN, « Décision de la Cour constitutionnelle : revirement jurisprudentiel au Bénin ; la Cour constitutionnelle de Maître Robert DOSSOU continue de surprendre ! », *Journal La Croix*, 16 janvier 2009.

¹¹² DCC 99-037 du 28 juillet 1999.

¹¹³ DCC 01-013 du 29 janvier 2001. Il convient toutefois de signaler que, dans une décision précédente (DCC 03-168 du 26 novembre 2003), la Cour avait validé le recours par les députés à la « configuration politique » de l'Assemblée nationale pour déterminer la répartition des sièges au sein de la Haute cour de justice. Mais, elle n'en avait pas fait le mode exclusif de désignation. Le choix semble avoir été laissé à la discrétion de l'Assemblée nationale.

¹¹⁴ DCC 08-065 du 26 mai 2008.

n'ont pas conduit la Cour à revenir sur sa position. Mais, elles illustrent les controverses auxquelles donnent lieu la découverte de principes non écrits par le juge.

II- DES PRINCIPES CONTROVERSÉS

Si l'on admet avec BEAUMARCHAIS que juger les hommes est certainement un grand honneur¹¹⁵, l'on conviendra aussi qu'il s'agit d'une tâche ardue. En effet, les juges sont souvent accusés de ne pas toujours faire application des règles édictées par le législateur, mais de se substituer à lui à travers le recours à des règles qui leur sont propres. Ces accusations prennent une acuité particulière lorsqu'elles ont trait au recours par le juge à des principes non écrits. Ainsi, les principes à valeur constitutionnelle seraient la manifestation éclatante d'un pouvoir normatif des juges constitutionnels qui est craint (A). Toutefois, à l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle béninoise, divers éléments incitent à relativiser les craintes exprimées (B).

A- La manifestation d'un pouvoir normatif craint

La question du pouvoir normatif des juges n'est pas nouvelle. Elle a été explorée par d'éminents juristes, leurs avis étant partagés sur la question¹¹⁶. Mais, de plus en plus, l'existence de ce pouvoir est admise, sans pour autant que cette reconnaissance n'atténue les critiques à son encontre (1). En ce qui concerne le juge constitutionnel béninois, diverses raisons ont été avancées pour critiquer davantage ce pouvoir. Elles ont essentiellement consisté à montrer que le risque de dérive le concernant était accentué (2).

1- Un pouvoir critiqué

Dans un message adressé au Congrès des États-Unis, le 8 décembre 1908, le Président américain Théodore ROOSEVELT déclarait : « Les organes principaux de création du droit (...) peuvent être et sont souvent les juges, du fait que ceux-ci ont le dernier mot pour dire ce qu'est le

¹¹⁵ « Après le bonheur de commander aux hommes, le plus grand honneur, Monsieur, n'est-il pas de les juger ? ». P. CARON de BEAUMARCHAIS, *Lettre modérée sur la chute et la critique du Barbier de Séville*, Presses-Pocket, n° 6168, 1999, p. 23.

¹¹⁶ Ainsi, pour MONTESQUIEU, le juge n'aurait pas de pouvoir normatif. Il ne serait que « la bouche qui prononce la parole de la loi » (MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois I*, Paris, Éditions Gallimard, 1995, p.337). En revanche, pour Lord RADCLIFFE (cité par M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, Paris et Marseille, Economica et PUAM, 1990, p. 33), « il n'y a jamais eu de controverse plus stérile que celle touchant la question de savoir si le juge contribuait à créer le droit. Il est patent qu'il en est ainsi. Comment pourrait-il en être autrement ? ». Une opinion identique se retrouve chez D. BECHILLON, « Comment encadrer le pouvoir normatif du juge constitutionnel ? », *Revue Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 24, 2008, p. 78 : « Le pouvoir normatif des juges constitutionnels existe ; il existe nécessairement ; il existe partout et même là où on l'attend le moins ; il a toujours existé... ». Il faut préciser que ce numéro de la Revue citée est dédié à la question du pouvoir normatif du juge constitutionnel. Dans le même sens, le tome 50 (2007) de la Revue *Archives de philosophie du droit* porte sur la création du droit par le juge.

droit dans leur État (...). Par cette interprétation, qui est d'une importance fondamentale, ils orientent tous les types d'activité tendant à créer le droit »¹¹⁷. Ainsi, le pouvoir créateur des juges est intimement lié à leur pouvoir d'interprétation. On sait qu'en la matière, il existe deux grandes écoles. La première est celle de l'interprétation – acte de connaissance (théorie cognitive). Elle considère que le texte à interpréter n'a qu'un seul sens, un sens « véritable », qu'il revient à l'interprète de découvrir. La seconde école, celle de l'interprétation – acte de volonté (théorie réaliste), considère plutôt que c'est l'interprète qui donne son sens au texte. L'interprétation peut alors être considérée comme « vraie » non pas en soi, mais parce qu'elle est valide, car énoncée par une autorité habilitée à le faire¹¹⁸.

C'est en se positionnant sur le second créneau, celui de la théorie réaliste de l'interprétation, que l'évocation d'un pouvoir normatif du juge est la plus pertinente. Généralement critiqué¹¹⁹, ce pouvoir l'est davantage lorsqu'il aboutit à la découverte de principes non écrits par le juge constitutionnel. Parce qu'il en est « l'artisan autant que l'interprète »¹²⁰, ces principes sont considérés par certains auteurs comme une « effraction de sens »¹²¹. Ils sont qualifiés de « principes introuvables, principes à géométrie variable, principes à contenu élastique ou aux effets aléatoires »¹²². De manière plus précise, la révélation de normes constitutionnelles par le juge pose plusieurs questions.

D'abord, elle interroge quant à la valeur desdites normes. Le Professeur Guy CARCASSONNE évoquait, à un autre propos, des « produits de grande consommation, commercialisables sans licence et disponibles en *self-service*, tandis que l'organe légitime, seul habilité à délivrer les labels de qualité et à lutter contre les faux, serait réduit à l'impuissance »¹²³. La découverte de principes entraînerait une situation similaire en provoquant une inflation dangereuse des normes de nature constitutionnelle. Ces dernières en perdraient

¹¹⁷ Cité par M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, op. cit., p. 23.

¹¹⁸ Pour une synthèse, on pourra lire F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2005, 248 p. et D. ROUSSEAU, *Droit du contentieux constitutionnel*, op. cit., pp. 144-146.

¹¹⁹ Pour des exemples, voir F. TERRÉ, « Un juge créateur de droit ? Non merci ! », *Revue Archives de philosophie du droit*, tome 50, 2007, pp. 305-311 et A. KPODAR, « Quand l'interprétation constitutionnelle menace la lisibilité du bloc référentiel », *Revue Constitutions*, n° 1, 2015, pp. 7-19. Pour une synthèse des arguments pour et contre le pouvoir créateur des juges, voir G. CANIVET, « Activisme judiciaire et prudence interprétative », *Revue Archives de philosophie du droit*, tome 50, 2007, pp. 7-32.

¹²⁰ Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Paris, LGDJ, 1972, p. 35.

¹²¹ G. TIMSIT, *Gouverner ou juger : blasons de la légalité*, Paris, PUF, 1995, p. 101.

¹²² D. LOCHAK, « Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ? », *Revue Pouvoirs*, n° 13, 1991, p. 43.

¹²³ G. CARCASSONNE, « Faut-il maintenir la jurisprudence issue de la décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 ? », *Revue Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 7, décembre 1999, p. 10, en ligne <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52748.pdf>, consulté le 20 novembre 2019.

assurément leur valeur. La confiance des acteurs politiques et sociaux en leur vertu en sortirait ébranlée.

Les principes à valeur constitutionnelle posent ensuite un problème quant à la position de la juridiction qui les découvre dans le système institutionnel. L'extension des normes constitutionnelles à des règles relevant, en partie tout au moins, de sa compétence renforcerait indûment cette juridiction par rapport aux autres institutions. On voit poindre la question de la légitimité du juge constitutionnel¹²⁴, lui qui est censé contrôler des actes émanant des représentants élus du peuple. En découvrant des normes de même valeur que celles édictées par le constituant, il s'arrogerait un pouvoir suprême et corrupteur.

Enfin, les principes posent un problème en contribuant à créer des incertitudes dans la composition du bloc de constitutionnalité. En effet, comme le souligne le Professeur Georges LAVROFF, « si l'on accepte de limiter l'expression de la souveraineté nationale par les représentants du peuple, ce ne peut être que par une norme solennelle, unanimement reconnue et suffisamment stable pour que sa majesté soit acceptée par tous »¹²⁵. Or, il est douteux que les principes bénéficient de toutes ces qualités. Au contraire, ils rendraient les normes constitutionnelles fluctuantes en participant à la création d'une « constitution bis »¹²⁶ ou d'une « constitution invisible »¹²⁷ que seul le juge serait en mesure de voir. Cela est évidemment problématique pour la sécurité juridique et pour l'État de droit.

En réalité, tous les risques évoqués peuvent se résumer en un seul : celui du gouvernement des juges¹²⁸. C'est « un des grands thèmes de la pensée juridique et politique contemporaine »¹²⁹. Sans pour autant affirmer qu'il est approprié pour décrire l'attitude de la Cour constitutionnelle du Bénin, il est possible d'identifier des raisons qui accentuent la probabilité de sa survenance au niveau de celle-ci.

¹²⁴ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *RIDC*, n° 2, 1994, pp. 557-581.

¹²⁵ Cité par P. SOGLOHOUN, *Le rôle du juge constitutionnel dans le processus de démocratisation en Afrique : les cas du Bénin, du Mali, du Sénégal et du Togo*, thèse de doctorat en droit, Université d'Abomey-Calavi, 2011, p. 78.

¹²⁶ M. AMELLER, « Principes d'interprétation constitutionnelle et autolimitation du juge constitutionnel », Exposé présenté lors de la *Rencontre organisée par l'OCDE*, Istanbul, mai 1998, p. 5, en ligne : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/principi.pdf, consulté le 10 mars 2019.

¹²⁷ L. TRIBE, *The invisible Constitution*, *op. cit.*, 278 p. et M. C. PONTTHOREAU, « Le recours à l'argument de droit comparé par le juge constitutionnel », in F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN (dir.), *L'interprétation constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 171.

¹²⁸ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis : l'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, 276 p.

¹²⁹ H. ROUSSILLON, « Rigidité des constitutions et justice constitutionnelle : réflexions sur un paradoxe », in *Mélanges Philippe ARDANT*, Paris, LGDJ, 1999, p. 257.

2- Un risque accentué de dérive

Les facteurs qui contribuent à accroître les inquiétudes au niveau du juge constitutionnel béninois sont de deux ordres. Ils ont trait à l'étendue de ses compétences et à la façon dont il les perçoit.

En effet, les attributions de la Cour constitutionnelle béninoise couvrent un champ très vaste. Elles concernent aussi bien le contrôle de la constitutionnalité des lois, des règlements intérieurs des institutions constitutionnelles, des actes réglementaires que le contrôle de la régularité des élections présidentielle, législatives et du référendum. À ce lot d'attributions, il faut ajouter la régulation du fonctionnement des institutions républicaines et d'autres attributions qui ont été qualifiées de « spéciales »¹³⁰. Au surplus, la Cour peut être saisie par diverses personnes¹³¹. Elle peut l'être de diverses manières¹³² et se prononce sur une pluralité d'actes et de faits¹³³. Un spectre de compétences aussi large peut surprendre *prima facie*. En réalité, il trouve son origine dans la volonté du constituant originaire de faire de la Cour la garante du fonctionnement harmonieux du régime politique béninois. Il n'en demeure pas moins que des compétences aussi étendues peuvent générer d'importantes difficultés, notamment en favorisant l'avènement de juges qui gouvernent. Dit autrement, de telles compétences peuvent contribuer à créer le sentiment d'une « hyper Cour constitutionnelle » et, par suite, offrir une caution pour d'éventuelles dérives.

Le second facteur qui contribue à accentuer les inquiétudes se situe au niveau de la lecture « libérale » que la Cour fait de ses compétences. En vertu de celle-ci, elle adopte une position maximaliste qui est de « faire droit à ce qui est prescrit, mais d'admettre aussi tout ce qui n'est pas interdit et qui peut aider à la solution des questions intéressant le contrôle de

¹³⁰ B. GBAGO, *Le Bénin et les droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 107. Il s'agit de la constatation et la déclaration de vacance de la présidence de la République (en cas de décès, démission, empêchement définitif, mise en accusation), l'autorisation préalable avant l'acquisition de biens publics par les gouvernants, la promulgation des lois régulières en cas de défaillance du président de la République, la consultation préalable avant le recours aux pouvoirs exceptionnels, les délégalisations, etc.

¹³¹ Le président de la République, tout membre de l'Assemblée nationale ou tout citoyen. Constitution béninoise du 11 décembre 1990, art. 121 et 122.

¹³² Par voie d'action ou d'exception. *Ibid.*

¹³³ La Cour a ainsi accueilli des recours contre un décret d'application d'une loi (décision DCC 12-012 du 24 janvier 2012), une décision de justice (décision DCC 09-087 du 13 août 2009), un message radiodiffusé du Directeur général de la police nationale (décision DCC 00-063 du 12 octobre 2000), un arrêté d'un recteur d'université (décision DCC 08-046 du 11 avril 2008), les comportements violents d'émissaires royaux (décision DCC 13-021 du 14 février 2013), etc.

constitutionnalité »¹³⁴. De façon pratique, la Cour a imposé, entre autres, un avis conforme du Conseil supérieur de la magistrature avant toute nomination d'un magistrat¹³⁵, l'ouverture du droit à réparation à l'occasion d'un constat de violation des droits de l'homme¹³⁶, sa prééminence sur la Cour suprême en matière de droits de l'homme¹³⁷. Elle a examiné des conflits interinstitutionnels¹³⁸ ou intra-institutionnels¹³⁹ sur saisine de la partie la plus diligente ou d'un simple citoyen. Elle a, plusieurs fois, adressé des injonctions aux pouvoirs publics¹⁴⁰. Elle a même interprété les dispositions fondant son contrôle des lois ordinaires de sorte à le rendre obligatoire¹⁴¹. En résumé, la Cour secrète une jurisprudence « dynamique, peut-être un peu trop, mais certainement trop active »¹⁴².

Au regard de tout cela, il semble légitime de s'interroger : « Le juge constitutionnel béninois n'en fait-il pas trop ? »¹⁴³. Dans un tel contexte, la découverte de principes n'est-elle pas susceptible de conduire inexorablement à l'avènement d'un gouvernement des juges ? Plus encore, il est permis de relever que les méthodes dont use le juge ne font pas toujours l'unanimité. Les controverses liées à la représentation proportionnelle majorité / minorité, principe découvert suite à un revirement jurisprudentiel, avaient déjà été évoquées. D'autres, non moins intenses, ont été liées à la révélation du consensus national, principe qui était relatif à l'épineuse problématique de la supraconstitutionnalité¹⁴⁴. En effet, en acceptant de censurer une loi constitutionnelle, le juge a admis l'existence de normes supérieures s'imposant au pouvoir constituant dérivé. En droit comparé, il existe peu de juridictions qui ont manifesté une telle

¹³⁴ La formule est empruntée à G. VEDEL, « Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif (I) », *Revue Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 2, 1997, p. 9, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52900.pdf>, consulté le 15 février 2019.

¹³⁵ Décision DCC 95-027 du 2 août 1995.

¹³⁶ Décision DCC 02-052 du 31 mai 2002.

¹³⁷ Décision DCC 09-087 du 13 août 2009.

¹³⁸ Décision DCC 34-94 du 23 décembre 1994.

¹³⁹ Décision DCC 03-078 du 12 mai 2003.

¹⁴⁰ Décision DCC 13-171 du 30 décembre 2013.

¹⁴¹ Décision DCC 17-039 du 23 février 2017. La Cour est revenue sur cette position dans la décision DCC 18-130 du 21 juin 2018.

¹⁴² J. AÏVO, « Contribution à l'étude de la garantie juridictionnelle des droits fondamentaux : retour sur vingt ans de jurisprudence constitutionnelle (trop active) au Bénin », *Revue Afrilex*, 2016, p. 13, en ligne : [http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/F-J-](http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/F-J-Aivo_Contribution_a_l_etude_de_la_garantie_Juridictionnelle_des_droits_fondamentaux_18_mai_2016.pdf)

[Aivo Contribution a l etude de la garantie Juridictionnelle des droits fondamentaux 18 mai 2016.pdf](http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/F-J-Aivo_Contribution_a_l_etude_de_la_garantie_Juridictionnelle_des_droits_fondamentaux_18_mai_2016.pdf), consulté le 10 mars 2019.

¹⁴³ D. GNAMOU, « La Cour constitutionnelle du Bénin en fait-elle trop ? », in *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLÈLÈ*, Paris, L'Harmattan, 2014, pp. 687-715.

¹⁴⁴ Pour approfondir, on pourra lire G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Revue Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 79-97 ; L. FAVOREU, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », *Revue Pouvoirs*, n° 67, 1993, pp. 71-77 ; R. BADINTER, « Le Conseil constitutionnel et le pouvoir constituant », in *Mélanges Jacques ROBERT*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 217-225 et B. GENEVOIS, « Les limites à l'intervention du pouvoir constituant », *RFDA*, n° 5, 1998, pp. 909-921.

audace ou qui ont affirmé qu'elles en seraient capables¹⁴⁵. Confronté à cette question, le Conseil constitutionnel français, par exemple, a décliné sa compétence¹⁴⁶. Il en a été de même du Conseil constitutionnel sénégalais¹⁴⁷.

En déclarant une loi constitutionnelle contraire à la constitution, « sans même poser la question de sa compétence »¹⁴⁸, le juge constitutionnel béninois a donné l'impression de détenir un pouvoir sans bornes. Ce faisant, il a, d'une certaine manière, fait le lit de la thèse professant que son pouvoir de révélation de principes était indissociable de dérives graves. Mais, une analyse approfondie permet de réfuter cette thèse et de relativiser les craintes.

B- La relativité des craintes exprimées

Suivant Mauro CAPPELLETTI, l'activité juridictionnelle et celle de création juridique entretiennent une relation osmotique. Le débat sur ce sujet doit donc servir à déterminer non pas si les tribunaux créent du droit, mais « jusqu'où les tribunaux peuvent aller dans leur œuvre de création du droit »¹⁴⁹. Relativement à la Cour constitutionnelle du Bénin, il est possible de soutenir qu'elle ne va pas trop loin. Deux principaux arguments peuvent être avancés à cet effet. D'une part, elle pose presque toujours un fondement textuel pour les principes qu'elle découvre (A). D'autre part, elle procède à une découverte mesurée desdits principes (B).

1- Un fondement principiel posé

Même lorsqu'ils s'inscrivent dans la logique réaliste de l'interprétation, il y a une évidence sur laquelle s'accorde la majorité des auteurs : c'est que le pouvoir d'interprétation du juge, qu'il soit constitutionnel ou non, est un pouvoir encadré. Il est encadré non seulement par les textes applicables, mais aussi par divers autres facteurs¹⁵⁰. C'est ce point de vue que retient généralement la doctrine constitutionnelle¹⁵¹ et qui lui permet de légitimer les principes non écrits. Il a été plusieurs fois rappelé par le Doyen Georges VEDEL : tout principe a un

¹⁴⁵ Cour suprême d'Inde, (L.C. Golaknath vs State of Punjab. 1967 AIR 1643, 1967 SCR (2) 762 du 27 février 1967), Cour constitutionnelle d'Allemagne (BverfGE 30,1 du 15 décembre 1970), Cour constitutionnelle d'Italie (arrêts n° 1146 du 29 décembre 1988 et n° 366 du 23 juin 1991), Conseil constitutionnel du Burkina-Faso (décision n° 2012-008/CC du 26 avril 2012), Cour constitutionnelle du Mali (arrêt n° 01-128 du 12 décembre 2001) et Conseil constitutionnel du Tchad (décision n°001/CC/SG/04 du 11 juin 2004).

¹⁴⁶ Décision n° 2003-469 DC du 26 mars 2003.

¹⁴⁷ Décisions n° 44/98 du 9 octobre 1998, n° 92/2005 du 18 janvier 2006 et n° 2/C/2009 du 18 juin 2009.

¹⁴⁸ M. AÏDARA, « Les rapports entre doctrine et juge en Afrique : de la pertinence de l'incitation à l'audace », in F. HOURQUEBIE (dir.), *La doctrine dans l'espace africain francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 267.

¹⁴⁹ M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges*, op. cit., p. 30. Voir aussi pp. 32-33.

¹⁵⁰ La jurisprudence antérieure, les opinions doctrinales, le contexte politique, les procédures applicables, etc.

¹⁵¹ Cf. Y. POIRMEUR et D. ROSENBERG, « La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français », in *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, pp. 230-251 et F. HOURQUEBIE (dir.), *La doctrine dans l'espace africain francophone*, op. cit., pp. 255-323.

fondement direct ou dérivé dans un texte de valeur constitutionnelle¹⁵². Cet « enracinement dans le droit écrit »¹⁵³ est même considéré comme une marque distinctive des principes à valeur constitutionnelle. En effet, à la différence des principes généraux du droit administratif par exemple¹⁵⁴, ils disposeraient toujours d'un fondement textuel. En d'autres termes, « il n'existe donc pas, au sens "administrativiste" du terme, des "principes généraux du droit" en droit constitutionnel »¹⁵⁵.

Du point de vue de la pratique des juridictions constitutionnelles, des indices confortent cette thèse. Par exemple, si dans l'arrêt Aramu¹⁵⁶, le juge administratif français a évoqué des principes applicables « même en l'absence de texte », le juge constitutionnel français, pour sa part, n'a jamais revendiqué une telle majesté pour « ses » principes. Au contraire, le souci du rattachement textuel le conduit parfois à des « acrobaties »¹⁵⁷. Le même souci est présent au niveau de plusieurs juridictions constitutionnelles africaines¹⁵⁸.

Au Bénin, l'attitude de la juridiction constitutionnelle semble être identique à celle française. Ainsi, au moment de la première évocation du principe de la hiérarchie des normes¹⁵⁹, le juge a commencé par rappeler la volonté du constituant de créer un État de droit, volonté qui est expressément transcrite dans le préambule constitutionnel. Ce n'est qu'à la suite de ce rappel qu'il a fait émerger le principe de la hiérarchie des normes et en a censuré le non-respect. Pareillement, la référence à la continuité du service public a été précédée du rappel des

¹⁵² G. VEDEL, « Souveraineté et supraconstitutionnalité », art. précité, p. 83. *Contra*, voir G. LAVROFF, « À propos de la constitution », in *Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Paris, Dalloz, 2003, p. 287. Ce dernier soutient qu'il existe des « règles (constitutionnelles) qui n'ont pas de support dans le texte constitutionnel ».

¹⁵³ G. VEDEL, « Préface », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. XII.

¹⁵⁴ Voir J. M. MAILLOT, *La théorie administrativiste des principes généraux du droit : continuité et modernité*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁵ G. VEDEL, « La place de la Déclaration de 1789 dans le bloc de constitutionnalité », art. précité, p. 51. Voir aussi F. MODERNE, « Actualité des principes généraux du droit », art. précité, p. 52 et B. GENEVOIS, « Normes de référence du contrôle de constitutionnalité et respect de la hiérarchie en leur sein », in *Mélanges en l'honneur de Guy BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 336.

¹⁵⁶ Conseil d'État français, 26 octobre 1945, Aramu.

¹⁵⁷ A. LEVADE, « L'objectif de valeur constitutionnelle, vingt ans après : réflexions sur une catégorie juridique introuvable », art. précité, p. 697.

¹⁵⁸ Le rattachement du principe est généralement effectué au préambule de la constitution. À titre d'illustration, voir Conseil constitutionnel de Côte d'Ivoire, avis n° 2005-013/CC/SG du 15 décembre 2005 (principes de « la séparation et l'équilibre des pouvoirs » et de « la continuité de la vie de la nation ») et Conseil constitutionnel de Tunisie, avis n° 62-2006 du 12 janvier 2007 (principe de la séparation des pouvoirs). Pour approfondir, lire B. BA, « Le préambule de la constitution et le juge constitutionnel en Afrique », *Revue Afrilex*, 2016, 37 p., en ligne http://afrilex.u-bordeaux4.fr/sites/afrilex/IMG/pdf/Boubacar_BA_Preambule_et_juge_constitutionnel_en_Afrique.pdf, consulté le 10 février 2019.

¹⁵⁹ Décision DCC 96-088 du 6 décembre 1996, précitée.

dispositions de nature constitutionnelle¹⁶⁰ autorisant la limitation du droit de grève et de l'idée suivant laquelle la primauté de l'intérêt général traverse l'ensemble du texte constitutionnel. En ce qui concerne les principes de transparence et de représentation proportionnelle « majorité / minorité », la Cour les a également rattachés au préambule constitutionnel¹⁶¹. Ce dernier mentionne en effet la détermination du peuple béninois à mettre en place un régime de démocratie pluraliste. Or, il est difficilement réfutable que la transparence et la participation sont des éléments-clés pour la concrétisation d'un tel régime.

Plus problématique est le rattachement opéré par la Cour en ce qui concerne le droit de pétition. Comme souligné *supra*¹⁶², la Cour l'a déduit du règlement intérieur de l'Assemblée nationale. La démarche ne peut *a priori* être contestée puisque la Cour intègre explicitement ledit règlement dans ses normes de référence. En cela, le principe révélé a bien pour fondement une disposition de nature constitutionnelle. Toutefois, il convient de rappeler que la constitutionnalisation du règlement intérieur est elle-même le résultat d'une lecture de la Constitution « par renvoi ». En posant pour socle du droit de pétition une norme constitutionnelle « par renvoi », la Cour ne fait-elle pas un usage excessif de son pouvoir ?

Enfin, relativement aux principes du consensus national et de la non-immixtion, il faut avouer que des doutes peuvent être émis quant à leur rattachement à la Constitution¹⁶³. Pourtant, il importe de transcender ces doutes pour au moins deux raisons. D'une part, dans la décision fondatrice du consensus national¹⁶⁴, le juge fait explicitement référence au préambule constitutionnel comme source du principe. La pertinence de cette référence peut être discutée, mais, en aucun cas, il ne saurait être reproché au juge de n'avoir pas déterminé une assise textuelle au principe. D'autre part, si le rattachement textuel par le juge lui-même est souhaitable, il peut aussi être déduit par les destinataires de ses décisions. De ce point de vue, il est possible d'inférer le principe de « non-immixtion par un organe institué par la Constitution

¹⁶⁰ Voir la décision précitée DCC 11-065 du 30 septembre 2011. Il s'agit essentiellement de l'article 31 de la Constitution et de l'article 11 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*.

¹⁶¹ Voir les décisions DCC 34-94 du 23 décembre 1994 et DCC 09-002 du 8 janvier 2009, précitées.

¹⁶² Partie I-A-2.

¹⁶³ « Le recours au "consensus national, principe à valeur constitutionnelle" par la Cour constitutionnelle est insusceptible de trouver un quelconque fondement dans la constitution ». M. BLÉOU cité par J. AÏVO, « La crise de normativité de la Constitution en Afrique », *RDP*, n° 1, 2012, p. 164. « Il (le juge constitutionnel béninois) crée un principe à valeur constitutionnelle qui n'est à aucun moment évoqué dans le texte de la Constitution, à savoir le consensus... ». L. SINDJOUN, *Les grandes décisions de la justice constitutionnelle africaine*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 336. Voir aussi G. BADET, *Contrôle intra-normatif et contrôle ultra-normatif de constitutionnalité*, Thèse de doctorat en droit, Université catholique de Louvain, 2012, pp. 396-397.

¹⁶⁴ Décision DCC 06-074 du 8 juillet 2006, précitée.

dans les prérogatives d'un autre organe également institué par la Constitution » de l'article 125 de la loi fondamentale¹⁶⁵.

Il est donc possible d'affirmer que, globalement, le juge adopte une démarche prudente dans la découverte des principes en s'assurant de leur rattachement à un texte. Sa prudence se manifeste également à travers la découverte mesurée de ces principes.

2- Une découverte mesurée de principes

Il peut paraître surprenant d'affirmer que le juge constitutionnel béninois fait preuve de mesure dans la découverte des principes non écrits, la parcimonie n'étant pas ce qui le caractérise le plus dans l'utilisation de l'expression « principe à valeur constitutionnelle ». Cette expression est abondamment affichée dans sa jurisprudence. Qu'est-ce qui autorise alors à avancer l'idée d'un caractère mesuré de la découverte des principes ? Il y a plusieurs raisons à cela.

D'abord, le recours à l'expression « principe à valeur constitutionnelle » ne traduit pas toujours, dans l'esprit du juge, la volonté de faire émerger un principe non écrit. C'est le cas lorsque l'expression est utilisée pour désigner des règles constitutionnelles écrites¹⁶⁶. Cette tendance est également notable chez d'autres juges constitutionnels en Afrique¹⁶⁷.

Ensuite, le juge béninois utilise parfois un style ampoulé qui pourrait faire croire en la découverte d'un principe constitutionnel là où il n'y en a point. À titre illustratif, il ressort de sa jurisprudence que les opérations électorales sont soumises aux principes de sincérité, de fiabilité

¹⁶⁵ Cet article pose le principe de la séparation des pouvoirs : « Le pouvoir judiciaire est indépendant du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif ».

¹⁶⁶ Par exemple, dans les décisions DCC 18-001 du 18 janvier 2018 et DCC 11-065 du 30 septembre 2011, le juge a affirmé que « le droit de grève est un principe à valeur constitutionnelle ». On aurait cependant tort d'y voir un principe non écrit, car le droit de grève est prévu à l'article 31 de la Constitution béninoise. Dans la décision DCC 00-040 du 29 juin 2000, le juge a fait référence au « principe constitutionnel d'impartialité du juge ». Or, ce principe est inscrit à l'article 7 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* qui fait partie intégrante de la Constitution béninoise. Il en est de même pour le « principe constitutionnel de la présomption d'innocence » invoqué par le juge dans la décision DCC 15-209 du 15 octobre 2015. Les cas des principes de « l'immovibilité des juges du siège » (décision DCC 01-033 du 13 juin 2001) et de « la liberté d'aller et de venir » (décision DCC 02-036 du 17 avril 2002) méritent également d'être cités. Ces deux principes sont respectivement prévus par les articles 126 et 25 de la Constitution.

¹⁶⁷ Cour constitutionnelle du Niger, arrêt n° 2002-010/CC du 18 janvier 2002 (« principe de valeur constitutionnelle de la personnalité des peines ») et Haute Cour constitutionnelle de Madagascar, décision n° 24-HCC/D3 du 12 Juin 2015 (« principes constitutionnels d'une procédure équitable, indépendante et impartiale, contradictoire et garantissant l'équilibre des droits des parties »). Ces principes sont inscrits à l'article 7 de la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples*, Charte contenue dans le bloc de constitutionnalité dans ces États.

et d'honnêteté des élections¹⁶⁸. Mais, à l'analyse, l'emploi de ces termes ne fait apparaître aucune valeur ajoutée par rapport à celui de transparence tantôt évoqué¹⁶⁹.

Enfin, il convient de signaler la référence par le juge à des principes qui ne peuvent raisonnablement pas être des principes à valeur constitutionnelle. Il en est ainsi du « principe de l'État de droit »¹⁷⁰ et du « principe de la paix »¹⁷¹. Ces deux éléments pourraient certainement induire des normes dont le respect serait garanti par le juge, mais pourraient malaisément eux-mêmes servir d'unique fondement à une censure juridictionnelle. Pour preuve, dans les décisions concernées, aucun des deux « principes » n'est cité dans le dispositif¹⁷².

Dans tous les cas ci-dessus évoqués, le juge fait un usage équivoque de l'expression « principe à valeur constitutionnelle ». Cet usage est susceptible d'entraîner une confusion quant à la véritable composition de ses normes de référence. En cela, ledit usage mérite d'être réprouvé. Mais, d'un autre point de vue, l'identification de ces nombreux « faux – principes à valeur constitutionnelle » conforte la thèse de la découverte mesurée des principes. Les principes « authentiques » ne seraient donc pas si nombreux au final. Dans le cadre de cette étude, par exemple, moins de dix principes ont été identifiés comme tels.

À ces « faux – principes à valeur constitutionnelle », il est possible d'ajouter ceux qui, suivant une formule empruntée au Professeur Jean-François LACHAUME¹⁷³, pourraient être qualifiés de « non - principes à valeur constitutionnelle ». En clair, il s'agit des principes auxquels le juge a, implicitement ou explicitement, refusé la valeur constitutionnelle. Une décision du 9 juillet 2013¹⁷⁴ fournit une bonne illustration de ce cas de figure. Les requérants avaient invoqué le « principe de sécurité juridique » et le « principe à valeur constitutionnelle qui

¹⁶⁸ Décisions DCC 00-078 du 7 décembre 2000 et DCC 05-056 du 22 juin 2005. Voir aussi DCC 15-092 du 14 avril 2015 : « Le maintien en poste du COS-LEPI en avril 2015 porte atteinte au principe de transparence, de sincérité du processus d'actualisation de la LEPI et même à celui de la légitimité de l'organe de pilotage du processus qu'il est ».

¹⁶⁹ Ce cas de figure peut être rapproché de ceux où le juge fait référence au « principe à valeur constitutionnelle du parallélisme des formes » (décision DCC 05-017 du 3 mars 2005) et au « principe de bon fonctionnement des pouvoirs publics » (décision DCC 10-116 du 8 septembre 2010) pour apprécier des atteintes qui auraient été portées, respectivement, au principe de la hiérarchie des normes et à celui de la continuité du service public. Voir aussi la décision DCC 19-274 du 22 août 2019 où le juge censure une disposition réglementaire au regard de l'objectif à valeur constitutionnelle de transparence, de clarté et de prévisibilité des dispositions de la loi.

¹⁷⁰ Décision DCC 01-018 du 9 mai 2001.

¹⁷¹ Décision DCC 13-071 du 11 juillet 2013.

¹⁷² Ce point de vue n'est pas partagé par l'ensemble de la doctrine. Par exemple, E. NGANGO YOUMBI (« Les normes non écrites dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin », art. précité) considère le « principe de paix et d'unité nationale » comme un authentique principe à valeur constitutionnelle.

¹⁷³ J. F. LACHAUME, « Les non – principes généraux du droit », in *Mélanges en l'honneur de Benoît JEANNEAU*, Paris, Dalloz, 2002, p. 162.

¹⁷⁴ DCC 13-064 du 9 juillet 2013. Voir aussi la décision DCC 13-155 du 22 octobre 2013 : un requérant a invoqué « le principe qui veut que "nul ne puisse être juge et partie", principe à valeur constitutionnelle ». Il n'a pas non plus été suivi par la Cour.

interdit qu'il y ait deux poids deux mesures ». La Cour n'a consacré aucun des deux principes, même si elle a semblé plutôt voir dans le second une autre formulation de la règle de l'égalité (qui figure à l'article 26 de la Constitution).

Un dernier élément qui montre la mesure du juge constitutionnel béninois est la retenue qu'il manifeste ces dernières années à l'égard des normes non écrites. Hormis le cas de la non-immixtion, il est possible d'affirmer que, depuis une demi-dizaine d'années, le juge semble plutôt se focaliser sur la consolidation des principes existants. C'est ainsi qu'il s'est, par exemple, dans plusieurs décisions¹⁷⁵, attaché à préciser les contours du consensus national. Au surplus, et notamment au regard du processus de découverte de ce principe, il est possible d'affirmer que le juge ne découvre des principes que lorsqu'il y est contraint. À vrai dire, en l'espèce, le recours au consensus national pouvait être difficilement évité si tant est que l'on voulait définitivement se prémunir d'une révision « intéressée » de la constitution¹⁷⁶. Ce recours demeure cependant problématique. D'aucuns pourraient avancer, et non pas sans raison, qu'il n'appartient pas au juge de censurer le pouvoir constituant, fut-il dérivé, et plus encore au regard de principes non écrits. À ceux-ci, il est tentant de répondre, avec le Professeur Francis DELPÉRÉE, que « les principes non écrits, ce sont un peu les médicaments du monde juridique moderne. Ce sont les principes qui nous rassurent lorsque nous sommes inquiets (...). Pourquoi – je vous le demande – renoncer à utiliser ces potions magiques ? »¹⁷⁷.

CONCLUSION

Il est aujourd'hui largement admis que la constitution (*lato sensu*) ne se résume plus au seul texte constitutionnel. Elle comprend également des principes qui sont révélés par le juge constitutionnel. Au Bénin, ces derniers sont utiles, car ils participent à la consolidation de l'État de droit et de la démocratie pluraliste. Mais, ils sont aussi discutés. Les controverses peuvent cependant être relativisées. Pour preuve, elles n'ont pas, jusqu'ici, entraîné un rejet des décisions où le juge invoque des principes non écrits. Certaines d'entre elles sont certes abondamment critiquées, mais, de manière générale, elles sont finalement respectées par les pouvoirs publics et les citoyens.

¹⁷⁵ DCC 10-049 du 5 avril 2010, DCC 10-025 du 11 mars 2010, DCC 10-050 du 14 avril 2010, DCC 13-124 du 12 septembre 2013 et DCC 15-086 du 14 avril 2015.

¹⁷⁶ En effet, dans la décision fondatrice de ce principe (DCC 06-074 du 8 juillet 2006, précitée), le juge a relevé des cas d'ouverture liés à la procédure utilisée. Il lui a alors été reproché un « excès de zèle » puisqu'il pouvait censurer la loi de révision constitutionnelle sans pour autant révéler un principe. Mais, ce raisonnement ne tient pas compte du fait que la procédure aurait alors pu être régulièrement reprise par les députés, validant *ipso facto* une révision non consensuelle et manifestement en déphasage avec les aspirations populaires.

¹⁷⁷ F. DELPÉRÉE, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des conseils d'État », *Revue administrative*, n° spécial 4, 1999, p. 122.

L'existence de telles controverses doit néanmoins inciter le juge à la prudence dans l'identification de nouveaux principes. La prudence est d'autant plus justifiée qu'il résulte de sa jurisprudence que le législateur ne dispose plus automatiquement du levier de la révision constitutionnelle pour contourner une décision de censure, le juge s'étant reconnu compétent pour contrôler les lois de révision constitutionnelle. Dans ces conditions, la légitimité des principes découverts est fonction de leur acception par les requérants, les pouvoirs publics et la doctrine. C'est ici que l'expression « la retenue des juges »¹⁷⁸ prend tout son sens.

Jusqu'ici, il semble que cette retenue n'a manqué au juge constitutionnel. La rédaction de la décision consacrant le consensus national en fournit une illustration. Le juge y affirme que « les articles 1 et 2 de la loi constitutionnelle n° 2006-13 adoptée par l'Assemblée nationale le 23 juin 2006, sans respecter le principe à valeur constitutionnelle **ainsi rappelé**, sont contraires à la constitution »¹⁷⁹. En d'autres termes, il ne se reconnaît aucune compétence initiale pour créer des normes constitutionnelles, mais s'emploie juste à les « rappeler ». Cette argumentation pourrait être discutée, mais elle n'en fait pas moins apparaître une volonté affichée de s'autolimiter. Il est souhaitable que cette volonté continue de guider l'œuvre juridictionnelle. Comme l'a rappelé le Professeur Georges BURDEAU¹⁸⁰, les principes sont assimilables aux racines d'un arbre. « Les racines contribuent, sans doute, à donner à l'arbre la sève nourricière. Mais, elles gagnent aussi, pour conserver leur utilité, à rester enfouies dans le sol et à ne pas être exagérément découvertes ».

¹⁷⁸ L. FAVOREU, « Rapport introductif », in P. AVRIL et M. VERPEAUX (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, op. cit., p. 16.

¹⁷⁹ Dernier considérant. C'est nous qui mettons en exergue.

¹⁸⁰ Cité par F. DELPÉRÉE, « La place des principes non écrits dans les avis et les décisions des Conseils d'État », art. précité, p. 125.