

**REFLEXIONS SUR LE CONFLIT DES NORMES CONSTITUTIONNELLE ET
COMMUNAUTAIRE DANS LES ETATS MEMBRES DE L'UNION ECONOMIQUE
ET MONETAIRE OUEST-AFRICAINE (UEMOA)**

**ANALYSE A PARTIR DES DECISIONS DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE
BENINOISE**

COULIBALEY D. Babakane

Maître de Conférences de droit public

Université de Kara-Togo

Le droit constitutionnel des Etats africains membres de l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA)¹ n'a pas été conçu dans l'indifférence du droit international. L'ouverture en a été esquissée dès l'ère des constitutions inaugurales des indépendances² et s'est maintenue sans discontinuité jusqu'à nos jours par la consécration de dispositions constitutionnelles relatives à la position de ces Etats par rapport au droit international. Une telle imprégnation internationaliste³ s'est réalisée à travers les dispositions déclaratives des préambules⁴ et par celles substantiellement normatives visant le statut des traités et accords internationaux. L'arrimage au mouvement d'internationalisation du droit⁵ qu'implique cette ouverture aux normes d'origine externe n'a toutefois pas été accompagné d'une clarification des rapports entre ces deux types de normes. Sans doute, la plupart des constitutions des Etats

¹ L'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEMOA) est une organisation ouest-africaine créée par le traité de Dakar du 10 janvier 1994. Elle regroupe huit (08) Etats membres dont le Benin, le Burkina-Faso, la Côte d'Ivoire, la Guinée-Bissao, le Mali, le Niger, le Sénégal et le Togo. D'une superficie de 3.507.006 km² avec une population de 120,2 millions d'habitants, elle a pour mission la réalisation de l'intégration économique des Etats membres à travers le renforcement de la compétitivité des activités économiques dans le cadre d'un marché ouvert, concurrentiel et d'un environnement juridique rationalisé et hiérarchisé ; voir, Luc Marius IBRIGA, Saïb Abou COULIBALY, Dramane SANOU, *Droit communautaire ouest-africain*, Ouagadougou, coll. Précis de droit burkinabè, 2008, pp.61 et ss ; Saïdou Nourou TALL, *Droit des organisations internationales africaines*, Paris, l'Harmattan, 2015, pp.149 et ss ; Alioune SALL, *Les mutations de l'intégration des Etats en Afrique de l'Ouest. Une approche institutionnelle*, Paris, l'Harmattan, 2006, 192 pages.

² Les premières constitutions adoptées par les Etats membres de l'UEMOA renferment toutes des dispositions relatives aux accords et traités internationaux ; voir les articles 55 à 57 de la première Constitution togolaise du 14 avril 1961, et pour la Cote d'Ivoire les articles 53 à 56 et 69 à 70 de sa première Constitution du 3 novembre 1960.

³ C'est la formule qu'emploie le professeur Alain ONDOUA, voir « La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 et les normes d'origine externe », in *Mélanges en l'honneur de Maurice AHANHANZO-GLELE*, Paris, l'Harmattan, 2014, p.793.

⁴ En guise d'exemples, les 7^e et 8^e alinéas du préambule de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992, les 11^e et 12^e alinéas de celui de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990, les 9^e et 10^e alinéas du préambule de la Constitution nigérienne du 25 novembre 2010. Voir notamment, Franc de Paul TETANG, « La normativité des préambules des Constitutions des Etats africains d'expressions française », *RFDC* 2015/4, n° 104, pp. 953-978 ; Karim DOSSO, « Repenser le préambule des Constitutions des Etats africains », *Revista de Estudios Juridicos*, n°20/2020, pp. 90-123.

⁵ Louis DELBEZ, « Le concept d'internationalisation », *RGDIP*, 1967, p.6 et ss. ; Hélène TOURARD, *L'internationalisation des constitutions nationales*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 1 et ss.

membres de l'UEMOA énoncent de façon explicite, et conformément à leur option moniste⁶ une règle de conflit en cas de contrariété entre le traité et la loi⁷. Mais, la même solution est loin d'être opératoire dans les rapports entre la Constitution et le traité international, *a fortiori* les normes communautaires aux caractéristiques très singulières.

En effet, les rapports entre les ordres juridiques interne et externe révèlent des hypothèses de contrariété entre une norme interne conforme à la Constitution mais incompatible avec le droit international ou communautaire et inversement des situations où un acte de droit interne serait contraire à la Constitution sans être incompatible avec le droit international ou communautaire⁸. Faute d'avoir formulé de façon explicite la règle de conflit des normes entre le droit constitutionnel et le droit international ou communautaire, le constituant a propulsé le juge constitutionnel, ultime gardien juridique de la Constitution, au sein de ce que la doctrine a appelé les rapports de systèmes⁹. Toutefois, l'exploration de l'univers intellectuel et conceptuel

⁶ La question de la place des normes internationales au sein de la pyramide des normes a donné naissance à deux écoles de pensée. L'école dualiste et l'école moniste qui à son tour renferme deux variantes. L'école dualiste considère que les normes juridiques internationales d'un côté, et nationales de l'autre forment des ensembles distincts et étanches l'un de l'autre. Ce cloisonnement repose sur l'idée que les deux catégories de normes ont des destinataires tout à fait différents. Alors que les règles juridiques internes s'adressent aux particuliers, les règles de droit international visent quant à elles nécessairement les Etats. Pour faire produire à un traité ses effets dans l'ordre juridique interne, l'Etat signataire est tenu de procéder à son incorporation en reproduisant par un acte de droit interne le contenu. Les partisans du monisme estiment pour leur part que les normes de droit interne et de droit international sont intégrées dans un unique ordre juridique, qu'elles ont par essence les mêmes destinataires et s'appliquent à des situations juridiques identiques. Dans la mesure où ces normes de différentes natures interagissent entre elles, la question de leur ordonnancement hiérarchique se pose dans la pensée moniste alors qu'elle est dépourvue d'intérêt dans le schéma dualiste. Par ailleurs un Etat moniste s'expose à un risque de conflit entre ses normes internes et les règles de droit international puisque les unes et les autres sont susceptibles d'être appliquées par les juridictions internes de cet Etat. L'hypothèse emblématique est celle d'une contradiction entre une norme de droit interne de rang constitutionnel et une norme de droit international, toutes deux applicables au litige; voir sur l'exposé de la distinction monisme-dualisme à partir des bases conceptuelles très pédagogiques, Christian BEHRENDT, « Les notions de monisme et de dualisme », In *Liber amicorum Michel Melchior*, Anthémis, 2010, pp.5 et ss. ; *adde*, Michel VIRALLY, « Sur un pont-aux-ânes : les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges Henri ROLIN, problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp.488 et ss. ; Pierre-Marie DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 2000, 5^e éd., pp. 387 et ss. ; Jean COMBACAU, Serge SUR, *Droit international public*, Paris, Montchrestien, 2000, 5^e éd., pp. 385 et ss.

⁷ On retrouve dans la plupart des constitutions des Etats membres de l'UEMOA l'équivalent de l'article 55 de la Constitution française du 4 octobre 1958 aux termes duquel : « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie » ; voir, art.140 Constitution togolaise du 14 octobre 1992 ; art. 147 de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990 ; art. 147 de la Constitution du Burkina Faso du 11 juin 1991 ; art. 171 de la Constitution du Niger du 25 novembre 2010.

⁸ Sur la question de l'autonomie ou des influences réciproques des ordres juridiques international et communautaire, voir Alain PELLET, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », *RCADE*, 1994, vol. 5, pp. 193-271 ; Pierre-Marie DUPUY, « Un débat doctrinal à l'Ere de la Globalisation : Sur la fragmentation du droit international », *European Journal of Legal Studies*, 2007, vol. 1, pp. 1 et ss.

⁹ Baptiste BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, 1824 pages ; Anne LEVADE, « Constitution et Europe où le juge au cœur des rapports de systèmes », *CCC*, n°18, juillet 2005 ; Chloé CHARPY, « Le Conseil d'Etat au cœur des rapports de systèmes constitutionnel et européen », *Petites Affiches*, 27 juillet 2018, n°136, pp.5 et ss. ; n°138, 30 juillet 2018, pp.7 et ss. ; Hans KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international », *RCADI*, 1926, vol. 14, tome IV. ; Eduard VAN DEN BOGAERT, « Les antinomies entre le droit international et le droit interne », *RGDIP*, 1968, pp.346 et ss. ; Krystyna MAREK,

dans lequel se trouve placé ce juge ne saurait se concevoir sans un détour par les notions d'ordre juridique, de rapports de systèmes et de conflits des normes. Quelques définitions terminologiques paraissent donc devoir s'imposer. Selon Charles LEBEN, « l'ordre juridique est l'ensemble structuré en système, de tous les éléments entrant dans la constitution d'un droit régissant l'existence et le fonctionnement d'une communauté humaine. La communauté peut regrouper directement les personnes, par exemple l'ordre juridique étatique ou les regrouper de façon médiate seulement comme la communauté des Etats dans l'ordre juridique international »¹⁰. Cet auteur insiste sur l'expression « structuré en système » qui signifierait que l'ordre juridique n'est pas une simple collection d'objets disparates mais un ensemble organisé d'éléments interdépendants formant une unité, un tout, qui ne se réduit pas à la simple addition de ses composantes¹¹.

Résumant ces caractères de l'ordre juridique, Jacques CHEVALLIER dira de celui-ci qu'il « exprime cette conjonction et ce croisement des deux dimensions de systématisme et de normativité du droit »¹². Il pourrait s'avérer instructif d'aller au-delà de cette approche très conceptuelle de l'ordre juridique et de s'orienter vers une définition de l'ordre juridique qui renseignerait sur son identité intrinsèque ; on en retiendra que c'est « un ensemble organisé et structuré, possédant ses propres sources de droit, doté d'organes aptes à les émettre et à les interpréter, au profit de destinataires qu'on peut appeler les sujets »¹³.

Ainsi de cette définition, on admettra qu'à côté des ordres étatiques, il existe d'autres ordres juridiques externes qui ne se construisent pas à partir d'un seul Etat. Tels sont les exemples de l'ordre juridique de l'UEMOA ou de celui de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO) ou encore de l'ordre juridique international. La coexistence des ordres juridiques interne et externe conduit nécessairement à aborder la question de l'ordonnement hiérarchique qui structure chacun de ces ordres¹⁴. L'influence de l'ordre communautaire sur l'ordre national ou interne peut se traduire par un conflit que

« Les rapports entre le droit international et le droit interne à la lumière de la jurisprudence de la CPJI », *RGDIP*, 1962, pp. 260 et ss.

¹⁰ Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *Droits*, 2001, n°33, p.20 ; du même auteur, « Ordre juridique », in Denis ALLAND, Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p.133.

¹¹ *Ibid.*

¹² Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le Droit en procès*, Paris, CURAPP, Puf, 1984, p.9 ; Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, 174 pages.

¹³ Marc BLANQUET, *Cours de Droit général de l'Union européenne*, Leçon n°1, Introduction, Université Numérique Juridique Francophone, p.2.

¹⁴ Lazare KOPELMANAS, « Du conflit entre le droit international et le droit interne. Quelques remarques au sujet des rapports du droit interne et du droit international » ; *RDILC*, 3^{ième} Série, Tome XVIII, n°1, 1937, p. 366 et ss.

préventivement aucune mesure de neutralisation n'aura endigué à travers une révision préalable de la constitution avant la ratification de la norme internationale, notamment du traité communautaire. Quant à la notion de conflit des normes, elle désigne le rapport de deux pouvoirs ou de deux principes dont les applications exigent dans un même objet des déterminations contradictoires¹⁵.

Il faut néanmoins éviter l'amalgame entre interférences et conflits. Certaines contradictions entre normes sont solubles puisque les textes eux-mêmes fournissent parfois la règle de conflit à appliquer. C'est le cas des rapports entre le traité et la loi, celle-ci devant s'effacer au profit de celui-là en cas de contrariété. Les conflits résultent des hypothèses qui dépassent le prisme de la complémentarité des systèmes pour déboucher sur des situations complexes dues à l'inadéquation des principes d'articulation des normes, et notamment du principe hiérarchique. Un rapprochement a pu aussi être établi entre la notion d'ordre juridique et celle de système juridique. La doctrine incline de plus en plus à considérer que l'ordre juridique présente les caractéristiques d'un système et à proposer conséquemment une synonymie entre ordre juridique et système juridique.

Ainsi, Jacques CHEVALLIER admet que « la perception de l'ordre juridique comme système conduit à mettre en évidence à la fois la logique qui commande l'articulation de ses éléments constitutifs et la dynamique qui résulte de son insertion dans un certain environnement social avec lequel il entretient des relations réciproques d'échanges »¹⁶. Charles LEBEN préfère aussi utiliser l'expression « système juridique comme synonyme d'ordre juridique même si les deux notions ne se recouvrent pas exactement »¹⁷. L'idée de synonymie est explicitement retenue par Daphné AKOUMIANAKI qui souligne pour sa part que « les deux notions de “système” et “d'ordre” sont considérées comme synonymes dans le discours positiviste. Toutefois le terme “système” désigné comme un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produits par les acteurs juridiques est plus convenable afin de mettre l'accent sur le mode particulier d'agencement des normes visant à préserver la stabilité de l'ordre juridique »¹⁸. A partir de

¹⁵ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Paris, Puf, 1991, p. 168.

¹⁶ Jacques CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p.10 ; la perspective que retient cet auteur de l'ordre juridique s'inspire de celles de Santi ROMANO, des institutionnalistes français tels que GURVITCH et d'autres mais d'une manière différente et originale ; voir, Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », *Les Cahiers de droit*, vol. 29, n°1, 1988, p.102.

¹⁷ Charles LEBEN, « De quelques doctrines de l'ordre juridique », *op. cit.*, p.20.

¹⁸ Daphné AKOUMIANAKI, *Les rapports entre l'ordre juridique constitutionnel et les ordres juridiques européens, Analyse à partir du droit constitutionnel grec*, Thèse de doctorat en droit, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, 2014, p.15. Pour Damien FALLON « L'influence de la théorie pure du droit de Kelsen, posant un fondement unique à la validité de l'ensemble des normes juridiques explique vraisemblablement pourquoi la majeure partie des études sur ce thème préfère la notion de “système” à celle “d'ordre juridique” », in *Melanges*

l'élucidation des notions d'ordre juridique, de système juridique, de conflit des normes, il est désormais possible de faire le constat de la multiplicité des ordres juridiques distincts ayant des caractéristiques spécifiques. A côté d'un ordre juridique interne ayant au sommet de sa pyramide la Constitution, on distingue un ordre juridique international, un ordre juridique communautaire lequel servira de prisme à l'examen des conflits intersystémiques. Pour décrire cette configuration des systèmes juridiques, la doctrine contemporaine a recours à la notion de pluralisme juridique¹⁹. Celui-ci renvoie à la « coexistence d'une pluralité d'ordres, de systèmes juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit, ou encore de sources de droit, dans un espace donné à un moment donné »²⁰. Refusant de considérer le droit comme un système unique, le pluralisme juridique postule « l'existence simultanée, au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques ou encore la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit »²¹.

L'engouement doctrinal que suscite la question des conflits entre les ordres juridiques constitutionnel et communautaire n'a pas baissé d'intensité. Dans l'espace européen, les relations entre l'Union européenne et ses Etats membres ne cessent de lui redonner une certaine actualité²². Ce regain d'actualité irrigue également au sein de l'espace communautaire africain, les relations entre l'UEMOA et ses Etats membres dont certains, encore récemment n'ont pu

en l'honneur du Doyen François HERVOUET, entre les ordres juridiques, Paris, LGDJ, 2015, p.76 ; Baptiste BONNET explicite pour sa part ce qu'il y'a lieu d'entendre par systèmes et rapports de systèmes : « Un système est constitué d'un ensemble cohérent de normes, de principes liés logiquement et considérés dans leur enchaînement. Chaque système, interne ou international, dispose éventuellement d'un juge qui en assure la cohérence et la logique. Des relations s'établissent entre des systèmes distincts mais qui, pour autant, ne sont pas étanches les uns vis-à-vis des autres. C'est en ce sens que l'on peut parler de rapports de systèmes. Cette notion de rapports de systèmes est utilisée concernant les liens entre le système interne et le ou les systèmes internationaux mais elle serait également utilisable pour décrire les liens entre systèmes internationaux distincts dont certaines normes entrent en conflit. », voir « Le Conseil d'Etat, la Constitution et la norme internationale », *RFDA*, 2005.

¹⁹ Voir les nombreux travaux que consacrent Mireille DELMAS-MARTY au thème du pluralisme juridique et qui tendent à montrer comment l'Un et le Multiple pourraient se dire ensemble dans le droit ; Mireille DELMAS-MARTY, *Le Relatif et l'Universel : les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2004, 440 pages ; Du même auteur, *Le pluralisme ordonné : les forces imaginantes du droit*, Paris, Seuil, 2006, 308 pages ; également, « le pluralisme ordonné et les interactions entre ensemble juridiques », *Recueil de Dalloz*, 2006, pp. 951 et ss.

²⁰ Jean-Guy BELEY, « Pluralisme juridique », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, 2^e éd., p.446.

²¹ Joël MORET-BAILLY, « Ambition et Ambiguïtés des pluralismes juridiques », *Droits*, 2002, n°1, p.197.

²² A titre d'illustration d'une récente résistance des juges nationaux au droit de l'Union européenne, le rejet par le Tribunal constitutionnel polonais le 7 octobre 2021 de la primauté du droit européen sur l'ordre constitutionnel polonais. Dans sa décision, le Tribunal constitutionnel déclare que plusieurs articles du traité étaient anticonstitutionnels et que de nombreuses décisions de la Cour de justice de l'Union européenne étaient incompatibles avec la législation polonaise. Le Tribunal a également envisagé une structure dans laquelle l'ensemble du système juridique, des décisions, des directives et des règlements de l'Union européenne pourraient être soumis à son contrôle constitutionnel ; voir, Florian REVERCHON, « Le nouvel arrêt du Tribunal constitutionnel polonais sur l'application du droit européen : Quelles conséquences juridiques », *Blog. Juspoliticum.com*, consulté le 21 octobre 2021.

résister à des manifestations de défiance au regard de leurs engagements internationaux²³. Cette confrontation “systémique” a connu son expression paroxystique dans les rapports entre la Cour constitutionnelle du Bénin et la Cour de Justice de l’UEMOA lorsque chacune de ces juridictions, appelée à statuer sur une même situation litigieuse, a cru pouvoir, à l’image du Souverain Pontife dans son encyclique *immortale Dei* revendiquer le pouvoir du dernier mot pour régler les inévitables conflits normatifs.²⁴

L’objet du litige apprécié différemment portait sur la demande d’inscription d’un agrégé des Facultés de droit au barreau de l’ordre national des avocats du Bénin. Face aux tergiversations du Conseil de l’ordre qui estimait ne pouvoir faire droit à la demande du postulant sur le fondement de la loi béninoise n°65-6 du 20 avril 1965 abrogée par le règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014, la Cour constitutionnelle saisie, a conclu dans sa décision DCC 19-287 du 22 août 2019 à une méconnaissance du droit constitutionnel à l’égalité du requérant. En réaction à cette décision, la Cour de justice de l’UEMOA, estimant que la question rentrait dans le champ des compétences communautaires a par son arrêt n°005/2020 du 8 juillet 2020 déclaré que la juridiction nationale avait fait une interprétation erronée du

²³ Pour ne citer que les Etats membres de l’UEMOA, on notera que le 24 avril 2020, le Bénin a notifié au Président de l’Union Africaine (UA) et au Président de la commission de l’UA, le retrait de sa déclaration d’acceptation de la juridiction de la Cour Africaine des Droits de l’Homme et des Peuples pour recevoir les requêtes individuelles et des organisations non gouvernementales. Le Bénin a été suivi cinq jours plus tard par la Côte d’Ivoire soit le 29 avril 2020. Dans la même logique de défiance à l’égard de ses engagements externes, le Bénin se distinguera par sa Cour constitutionnelle ; celle-ci privera par sa décision n°20-434 du 30 avril 2020 les citoyens béninois et les ONGs de la possibilité de saisir la Cour de justice de la CEDEAO. Elle fait notamment observer que « Le protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 n’est pas opposable à l’Etat du Bénin pour n’avoir pas été ratifié en vertu d’une loi de ratification, promulguée et publiée au journal officiel. , [... les gouvernements successifs qui ont donné suite aux différentes procédures engagées sur le fondement du protocole additionnel A/SP.1/01/05 du 19 janvier 2005 en l’absence d’une loi de ratification promulguée et publiée au journal officiel ont violé l’article 35 de la Constitution] ». ; voir, Adama KPODAR et Dodzi KOKOROKO, « Le retrait par le Bénin et la Côte d’Ivoire de leur déclaration accordant la saisine de la Cour africaine des droits de l’homme et des peuples aux individus et organisations non gouvernementales », consulté le 21 octobre 2021 sur le site du Centre de Droit Public, Université de Lomé. On fera néanmoins remarquer que le Protocole en question prévoyait « son entrée en vigueur à titre provisoire dès sa signature par les Chefs d’Etat et de Gouvernement » et qu’« en conséquence les Etats membres signataires et la CEDEAO s’engagent à la mise en œuvre de ses dispositions ». La Cour constitutionnelle n’a surement pas tiré les conséquences du consentement du Bénin à mettre en vigueur à titre provisoire ce protocole. Pas plus qu’elle n’a fait un sort particulier aux procédures engagées antérieurement à sa décision et qui se sont traduites par des condamnations prononcées contre l’Etat béninois au profit des particuliers. En préférant anéantir toutes conséquences de cet engagement international du Bénin sans s’embarrasser du moindre souci de modulation des effets de sa décision dans le temps, la Cour constitutionnelle s’écarte radicalement des exigences de sécurité juridique et de procès équitable.

²⁴ Alain SUPIOT écrit : « Le droit du dernier mot est l’équivalent civil de l’infaillibilité pontificale proclamée au XIX^e siècle pour fixer les rapports entre l’autorité de l’Eglise et le pouvoir des Etats. Ces puissances civile et religieuse ont chacune leur sphère propre, explique ainsi le Pape Léon XIII dans l’encyclique *Immortale Dei* (1885), mais s’adressant aux mêmes sujets, elles interfèrent nécessairement. En pareil cas, il est nécessaire de s’en tenir avec une adhésion inébranlable à tout ce que les Pontifes romains ont enseigné ou enseigneront. Sans ce droit du dernier mot en effet, il naîtrait souvent des causes de funestes contentieux et de conflits, et souvent l’homme devrait hésiter, perplexe, comme en face d’une double voie, ne sachant que faire, par suite des ordres contraires des deux puissances dont il ne peut en conscience secouer le joug », in *Liber amicorum en hommage à Pierre RODIERE, Droit social international et européen en mouvement*, Paris, LGDJ, 2019, pp. 489 et ss.

règlement communautaire relatif à l'exercice de la profession d'avocat au sein de l'UEMOA et lui a demandé de se conformer aux stipulations du protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle, notamment son article 14 ; lequel vise les situations de fonctionnement insuffisant de la procédure de recours préjudiciel, et conduisant à la mise en œuvre d'interprétations erronées du Traité de l'Union²⁵. Contre l'arrêt n°005/2020 du 8 juillet 2020 de la Cour de justice de l'UEMOA, la Cour constitutionnelle par une nouvelle décision DCC 20-641 du 19 novembre 2020 opposa une fermeté belliqueuse et souverainiste sur une question qu'elle considère comme relevant de sa compétence exclusive en vertu de la Constitution du Bénin²⁶. C'est en raison de cette représentation spectrale et emblématique qu'a projetée la confrontation des juridictions nationale et communautaire dans l'espace UEMOA que le parti a été pris de mener les réflexions qui suivent à partir des décisions ci-dessus évoquées et plus largement du droit constitutionnel béninois dont les interactions avec le droit communautaire, droit de l'intégration, ont mis à jour un certain nombre de questionnements.

En effet, la théorie moniste qui inspire les ordres juridiques nationaux permet-elle une articulation harmonieuse entre la Constitution et le droit communautaire ? La revendication concurrente de suprématie constitutionnelle et de primauté communautaire ne crée-t-elle pas les conditions d'irréductibles conflits normatifs ? Le mutisme des constitutions nationales sur une offre de règle de conflits, en projetant le juge au cœur des rapports intersystémiques ne contraint-il pas ce dernier à statuer au cas par cas sans une véritable orientation théorique ? Les concessions de transfert de compétences ou de limitations de souveraineté autorisées par les constitutions nationales sont-elles totales et illimitées ? Dans la mesure où ces limitations de souveraineté s'accompagnent souvent d'une réaffirmation de cette dernière doit-on admettre que les traités de création ou d'adhésion à l'organisation d'intégration auraient pour effets d'engager les Etats au-delà de ce que le constituant a prévu ?

²⁵ Aux termes de l'article 14 du Protocole n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA, « Si à la requête de la Commission, la Cour de justice constate que dans un Etat membre, le fonctionnement insuffisant de la procédure de recours préjudiciel permet la mise en œuvre d'interprétations erronées du Traité de l'Union, des actes pris par les organes de l'Union ou des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, elle notifie à la juridiction supérieure de l'Etat membre un arrêt établissant les interprétations exactes. Ces interprétations s'imposent à toutes les autorités administratives et juridictionnelles dans l'Etat concerné».

²⁶ Pour bien montrer que le dernier mot doit lui revenir, la Cour constitutionnelle du Bénin déclare : « Considérant que la Cour constitutionnelle qui, en vertu des articles 114 et 117 de la Constitution, s'est prononcée sur la conformité à la Constitution des dispositions d'une loi béninoise, en l'occurrence les articles 5 alinéa 1, 26 alinéa 2 et 40 alinéa 3 de la loi 65-6 du 20 avril 1965 instituant le barreau de la République du Bénin dont elle a l'exclusive compétence ne peut que dire, conformément à l'article 124 de la Constitution, que sa décision n°19 – 287 du 22 août 2019 n'étant susceptible d'aucun recours, l'autorité de chose jugée qui lui est attachée s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités civiles, militaires et juridictionnelles. ».

Ces questions contribuent à irriguer une autre plus synthétique. Puisqu'il revient en définitive et en ultime recours, en droit interne, au juge constitutionnel d'encadrer les relations intersystémiques et d'en purger les conflits, dispose-t-il aujourd'hui de critères satisfaisants de structuration du raisonnement lorsqu'il est confronté aux problèmes d'articulation des normes constitutionnelle et communautaire dans l'espace d'intégration de l'UEMOA ?

La question ainsi formulée laisse entrevoir le double intérêt théorique et pratique du sujet d'étude. Il sera éclairant d'examiner et d'évaluer les principes que retient le juge constitutionnel dans l'ordre interne ou le juge communautaire dans l'ordre externe quant à l'arbitrage des conflits entre les normes juridiques dans une perspective d'identification du socle théorique et méthodologique censé encadrer leur action. D'un point de vue pratique, il sera utile de déterminer les répercussions du critère ou du principe en vertu duquel les juges choisissent de régler le conflit normatif dans la mesure où règles nationales et communautaires s'entremêlent, chacune nourrissant sa prétention à la suprématie ou à la primauté. Si le choix du critère hiérarchique conduit à des divergences de jurisprudence insurmontables celui de la compétence n'induit pas moins à un brouillage, ou au flou voire à la destruction de la hiérarchie des normes dont le rôle essentiel est de structurer l'ordre juridique.

La question du choix du critère d'articulation des ordres juridiques devient dès lors un enjeu de premier plan. Sans inversion du monisme qui reste à primauté de droit interne²⁷, les constitutions nationales font figure d'ultime rempart contre la menace de submersion du droit communautaire alors que ce dernier affirme un principe de primauté et d'effet direct²⁸ qui redéfinissent l'office du juge interne, en ce sens qu'il n'aurait d'autre parti que de se conformer à la hiérarchie que prescrit l'ordre juridique communautaire lorsqu'il doit appliquer le droit communautaire pour trancher un conflit qui lui a été soumis.

Or, telle ne se conçoit pas la position des juridictions nationales. D'où la nécessité de revenir à une conception de la résolution des conflits normatifs qui situe le débat sur un plan relativisant suprématie constitutionnelle et primauté communautaire et permettant un traitement moins conflictuel et mieux adapté à la coexistence et à la perméabilité des ordres constitutionnel et

²⁷ Voir Christian BEHRENDT, « Les notions de monisme et de dualisme », *op.cit.*, pp.11 et ss.

²⁸ Le droit communautaire établit des rapports juridiques non seulement entre les Etats mais encore il produit des effets directs à l'égard de leurs ressortissants. Sans être pour autant un droit fédéral, il ne se réduit pas à une simple branche du droit international. Sa spécificité réside dans les principes d'applicabilité immédiate, d'effet direct et de primauté ; voir sur ces notions Michel CLAPIE, *Manuel d'institutions européennes*, Paris, Flammarion, 2010, pp. 334 et ss. ; Denys de BECHILLON, « L'applicabilité des directives communautaires selon la jurisprudence du Conseil d'Etat », *RDP*, 1991, pp. 760 et ss. ; Louis CARTOU, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 141 et ss.

communautaire. On doit pourtant convenir, dut-on en éprouver quelque amertume que l'affirmation concurrente de la prééminence de chaque ordre juridique n'a pas contribué à l'identification d'un critère incontestable de règlement des conflits normatifs (1^{ère} partie) et que tel un aventurier de l'espace épistémologique, le chercheur doit se résoudre à poursuivre l'identification d'un ou des critères de structuration du raisonnement du juge dans la gestion des conflits entre les ordres constitutionnel et communautaire (2^e partie).

I. UNE REGLE DE CONFLIT INDISPONIBLE

Dans les cas de confrontation entre norme constitutionnelle et norme communautaire, les acteurs juridictionnels appelés à les mettre en œuvre sont contraints de rechercher les critères susceptibles de leur permettre de surmonter les inévitables difficultés. Alors s'impose aux juges un préalable, celui d'identifier les critères de structuration de leur raisonnement (A) desquels se déduisent nécessairement un certain nombre d'implications (B).

A. L'IDENTIFICATION DES CRITERES DE STRUCTURATION DU RAISONNEMENT DES JUGES

Dans le doute entretenu par les constitutions nationales relativement aux règles de résolution des conflits potentiels entre normes suprêmes appartenant à des systèmes ou ordres juridiques différents, les juges peuvent choisir de fonder la règle de résolution des difficultés sur une méthode privilégiant le critère de la hiérarchie (1) ou une autre accordant la priorité au critère de compétence (2).

1. Le paradigme de la hiérarchie

D'après Denys de BECHILLON, l'idée de hiérarchie des normes occupe une place de choix dans l'imaginaire juridique de l'occident romano-germanique et siège, au moins à ce titre au Panthéon des notions dominantes ... ; la hiérarchie réalise une relation d'autorité en vertu de laquelle une norme dont la valeur est définie relativement à la nature de l'acte juridique qui la porte, ne sera tenue pour licite par l'ordre juridique qu'à la condition de respecter les dispositions d'une autre norme dont la valeur est elle-même définie relativement à la nature de l'acte juridique dont elle procède²⁹. Dans un système hiérarchisé, où chaque degré de l'ordre juridique constitue ensemble et une production du droit vis-à-vis du degré inférieur et une

²⁹ Denys de BECHILLON, « Sur la conception française de la hiérarchie des normes. Anatomie d'une représentation », *RIEJ*, 1994, n°32, p.82.

reproduction du droit vis-à-vis du degré supérieur, l'idée de régularité est essentielle au fonctionnement de l'ensemble qui trouve son fondement dans une norme suprême.

Appliqué dans le cadre du choix du modèle moniste des constitutions nationales aux rapports entre systèmes interne et communautaire qui coexistent et s'interpénètrent, le critère hiérarchique conduit à une revendication concurrente de supériorité ; celle-ci étant souvent évoquée par les termes de suprématie ou de primauté d'une norme sur l'autre. Terry OLSON et Paul CASSIA font observer que cette question du rang de priorité de la norme applicable est plus complexe lorsque sont en cause les rapports entre les droits nationaux et les droits d'origine externe et plus particulièrement entre ceux-ci et les constitutions nationales. En réalité, cette question se dédouble, en fonction de la qualité du juge (national ou international) appelé à statuer, et qui est chargé de déterminer la règle applicable dans l'ordre juridique qui l'a institué³⁰. En s'attachant à une distribution des règles et des rôles, le juge national notamment constitutionnel fera le choix de maintenir à la norme constitutionnelle un statut suprême, y compris en tant qu'elle est le fondement de l'application du droit international ou communautaire en droit interne.

Tel est le parti pris par la Cour constitutionnelle du Bénin dans sa décision DCC 19-287 du 22 août 2019. Dans cette première décision qui suscita une réplique de la Cour de justice de l'UEMOA, la juridiction constitutionnelle mobilise essentiellement les dispositions de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990³¹ pour déterminer la place hiérarchique respective de chaque norme et affirmer la suprématie de la norme constitutionnelle. Elle déclare notamment que n'est pas contraire à la Constitution « la loi n°65-6 du 20 avril 1965 sur le barreau qui accorde aux avocats aspirants aux fonctions d'enseignants du supérieur et aux enseignants agrégés des facultés de droit, des droits plus avantageux que ceux accordés par le règlement n°005/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 »³².

Dans sa négation de la prééminence de la norme communautaire, le juge constitutionnel béninois adopte une formulation plus conceptualisante de la suprématie constitutionnelle à travers un considérant dont les termes paraissent devoir être rappelés : « Considérant en outre, qu'il résulte du préambule de la Constitution, de son titre II et ensemble avec le titre IX, que n'est pas contraire à la Constitution une disposition législative nationale qui accorde aux

³⁰ Terry OLSON, Paul CASSIA, *Le Droit international, le droit européen et la hiérarchie des normes*, Paris, Puf, coll. Droit et Justice, 2006, pp. 7 et ss.

³¹ Ce sont les articles 26, 122, 147 et les titres II et IX de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990.

³² Voir décision DCC 19-287 du 22 août 2019 consultable sur le site de la Cour constitutionnelle du Bénin ; <https://courconstitutionnelle.bj>.

citoyens des droits plus avantageux que ceux résultant d'une norme communautaire ou internationale ; le droit communautaire antérieur ou postérieur, s'appliquant aussi longtemps qu'il ne diminue ni ne restreint les droits reconnus par la Constitution et les lois en général en faveur des personnes ; qu'il n'en irait autrement que si la disposition contenue dans la législation nationale antérieure ou postérieure fixe des obligations et impose des sujétions plus élevées que celles des conventions régulièrement ratifiées par la République du Bénin »³³. En réplique à cette décision du mois d'août 2019, la Cour de justice de l'UEMOA, tirera à son tour du paradigme hiérarchique le motif d'affirmation de la primauté du droit communautaire.

Cette primauté avec l'effet direct serait selon Thierry DEBARD, Bernadette LE BAUT-FERRARESE et Cyril NOURISSAT, l'une des deux caractéristiques fondamentales du droit communautaire considéré dans ses relations avec le droit national. Elle est liée à l'effet direct parce que c'est à partir du moment où des actes communautaires sont invocables devant le juge national qu'ils risquent d'être confrontés à des actes de droit interne et que le juge devra trancher un éventuel conflit entre eux par une analyse en termes de hiérarchie dont l'emploi de l'expression « primauté du droit communautaire » exprime clairement la conclusion³⁴.

L'affirmation du principe de primauté se nourrit de deux ordres de considérations. D'abord, l'autonomie de l'ordre communautaire qui résulte de ses propres sources de droit, de l'existence d'organes aptes à les émettre et à les interpréter, le tout en direction des sujets que sont les États et les particuliers. Ensuite, le postulat de la primauté procède nécessairement de la notion même de marché commun objet premier de la construction communautaire qui, traduit en termes de droit, s'exprime dans un ordre juridique propre marqué par les impératifs d'unité, d'uniformité et d'efficacité³⁵. La séparation du droit communautaire et des droits nationaux sert le principe de sa primauté qui se présente comme général et absolu, bénéficie à l'ensemble des actes de droit communautaire et s'impose à tous les actes de droit interne (administratif, législatif, constitutionnel).

C'est en vertu de cette primauté essentielle, absolue et inconditionnelle du droit communautaire que la Cour de justice de l'UEMOA refuse de prendre en considération dans son arrêt n°005/2020 du 8 juillet 2020 l'argument d'inconstitutionnalité tiré de la méconnaissance par la

³³ *Ibid.*

³⁴ Thierry DEBARD, Bernadette LE BAUT-FERRARESE, Cyril NOURISSAT, *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, 2007, 2^e éd., p.263. ; Abdoulaye SOMA, « Les caractères généraux du droit communautaire », *Revue CAMES/SJP*, 2017, pp. 376 et ss.

³⁵ Robert KOVAR, « Rapports entre le droit communautaire et les droits nationaux », In *Trente ans de droit communautaire*, Luxembourg, 1982, Office des publications officielles des Communautés européennes, coll. Perspectives européennes, pp. 115 et ss.

décision du barreau béninois du principe constitutionnel d'égalité. Rappelant à la Cour constitutionnelle béninoise que « la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires, primaires comme dérivées, immédiatement applicables ou non, et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales administratives, législatives, juridictionnelles, et même constitutionnelles parce que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux »³⁶, le juge communautaire réaffirme que « Les Etats ont le devoir de veiller à ce qu'une norme de droit national incompatible avec une norme de droit communautaire qui répond aux engagements qu'ils ont pris, ne puisse pas être valablement opposée à celle-ci »³⁷.

Ainsi entendu, la Cour de justice de l'UEMOA déduit du paradigme hiérarchique, la conséquence que la primauté « c'est le corollaire de la supériorité de la norme communautaire sur la norme interne ; qu'ainsi le juge national, en présence d'une contrariété entre le droit communautaire et une règle de droit interne, devra faire prévaloir le premier sur la seconde en appliquant l'un et en écartant l'autre »³⁸. Au demeurant, cette prise de position de la Cour de justice de l'UEMOA n'a pas varié depuis son avis 01/2003 du 18 mars 2003 dans lequel elle exposait déjà que l'ordre juridique communautaire l'emporte dans son intégralité sur les ordres juridiques nationaux³⁹.

A la lecture de la décision de la Cour constitutionnelle du 22 août 2019 et de l'arrêt de la Cour de justice de l'UEMOA du 08 juillet 2020, il apparaît que l'appréhension des rapports normatifs intersystémiques à travers le prisme de la hiérarchie paraît impropre à résoudre les conflits entre norme communautaire et norme constitutionnelle car une « telle hiérarchie est impossible entre des ordres juridiques distincts et égaux »⁴⁰ et dans la mesure où « aucun des ordres juridiques concernés n'a admis l'effacement de sa norme suprême face à la norme concurrente. Deux hiérarchies coexistent donc, ou plus précisément, deux points de vues différents et opposés sur la position hiérarchique du Traité et de la Constitution. Dans ces conditions, il faut bien se résoudre à admettre que la hiérarchie est aporétique dans les rapports normatifs entre Constitution et norme communautaire »⁴¹. Devant l'impasse de résoudre les conflits entre des

³⁶ Arrêt n°005/2020 du 08 juillet 2020 de la Cour de justice de l'UEMOA.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Avis n°01/2003 du 18 mars 2003 : Demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à la création d'une Cour des comptes au Mali, Rec., pp. 470-479.

⁴⁰ Chloé CHARPY, « Le Conseil d'Etat au cœur des rapports de systèmes constitutionnel et européens », *op. cit.*, pp.5 et ss.

⁴¹ *Ibid.*

normes relevant de systèmes juridiques différents, il est aussi possible de s'extraire de la logique hiérarchique pour rechercher le fondement de l'articulation de rapports de systèmes à travers le prisme de la compétence⁴².

2. Le paradigme de la compétence

Lorsqu'il aborde les rapports entre les systèmes normatifs constitutionnel et communautaire en termes de compétence, le juge constitutionnel ou le juge communautaire choisit de s'écarter du prisme hiérarchique consistant à fonder son raisonnement sur la subordination d'une norme à une autre pour ne fixer qu'une règle de priorité d'application ancrée dans le titre de compétence en vertu duquel il gère le conflit normatif. La norme applicable est alors déterminée par le juge constitutionnel ou communautaire sans qu'il soit nécessaire d'affirmer la primauté de cette norme sur la norme dont l'application ne paraît pas s'imposer. Le professeur Baptiste BONNET fait remarquer qu'« une conception de la résolution des conflits normatifs qui situe le débat sur le titre de compétence et la priorité d'application de la règle permet d'éviter d'amalgamer suprématie et primauté et de ne pas présenter les rapports entre norme interne et norme internationale en termes de hiérarchie »⁴³. C'est un mode de raisonnement réputé favorable à une articulation plus harmonieuse et moins conflictuelle des rapports de systèmes et par conséquent à leur coexistence et à leur perméabilité⁴⁴.

La logique du raisonnement suivi par la Cour de justice de l'UEMOA dans son arrêt du 08 juillet 2020 ne fournit pas d'indices suffisamment concordants d'une démarche privilégiant le prisme de la compétence. Certes, la motivation au fond de son arrêt comprend un premier point consacré à l'obligation de renvoi préjudiciel, un second point au sens et à la portée de l'article 35 du règlement n°005/CM/UEMOA du 25 septembre 2014, puis enfin un troisième point consacré à la primauté fondamentale du droit de l'Union.

Mais le constat qui s'impose est celui d'un rattachement de la Cour de justice de l'UEMOA au paradigme hiérarchique de primauté, lequel irrigue la plupart des motifs de l'arrêt et que l'on retrouve au dernier considérant de sa motivation aux termes duquel « la primauté demeure donc une condition *sine qua non* du droit communautaire, qui ne saurait exister qu'à la condition de ne pouvoir être mise en échec par le droit des Etats membres ; que ce principe implique, du

⁴² Adama KPODAR, Cyrille MONEMBOU, « La pyramide des normes entre l'interne et l'externe : quand le droit communautaire courbe l'échine devant le droit national contraire », *RCC*, n°s 2 et 3, 2020, pp. 217 et ss.

⁴³ Baptiste BONNET, « L'autorité en France des normes internationales et européennes », *Jurisclasseur Libertés*, *Fasc. 160*, n°35 à 38.

⁴⁴ *Ibid.*

reste, que le juge interne ne puisse opérer un contrôle, même incident, de conformité des dispositions du droit communautaire par rapport au droit national »⁴⁵. Il n'est pas contesté que contrairement à son origine prétorienne dans le droit de l'Union européenne, le principe de primauté a été expressément consacré par le Traité constitutif de l'UEMOA en son article 6⁴⁶. La Cour de justice de cette institution s'estimera fondée à s'en prévaloir d'autant plus que la question de la compétence sur laquelle elle n'a pas cru devoir mettre suffisamment l'accent pourrait se poser également au regard de la base légale communautaire. Il s'agissait en l'espèce d'un règlement communautaire, qui est pris en principe dans les domaines de compétence exclusive de la Communauté. Les Etats membres ayant transféré leurs compétences dans ce domaine, on pourrait présumer que le juge constitutionnel n'aurait plus de compétence à écarter la norme communautaire prise, sauf à postuler un *ultra vires* (excès de compétence de la part des autorités communautaires), y compris le juge communautaire. Il apparaît dès lors que la seule invocation de la primauté ne paraît pas suffisamment appropriée à une gestion moins conflictuelle des rapports de systèmes.

Les raisons qui motivent une mise à distance du critère de compétence au profit de celui de la primauté résident dans la volonté de la Cour de justice de l'UEMOA de prendre position et de s'affirmer comme un ordre juridique majeur face aux ordres juridiques nationaux⁴⁷. La juridiction communautaire tient ainsi à préserver le schéma juridique de l'intégration pour s'imposer face aux prétentions avouées de résistance des Etats membres et d'éviter que des normes internes puissent être opposées aux normes communautaires avec le risque, si cet obstacle prenait forme, d'aboutir à un droit communautaire à géométrie variable dans lequel chaque Etat serait tenté d'avancer une règle nationale et d'en prendre prétexte pour échapper à son engagement communautaire⁴⁸.

Pas plus que le juge communautaire, le juge constitutionnel béninois n'a pas daigné rechercher, en dehors du lien hiérarchique un titre de compétence qui lui aurait permis d'accorder la priorité d'application à la norme interne ou à la norme communautaire. Le mode de gestion du conflit normatif retenu par la Cour constitutionnelle du Bénin, tant dans sa première décision du 22

⁴⁵ Arrêt n°005/2020 du 08 juillet 2020 de la Cour de justice de l'UEMOA.

⁴⁶ Aux termes de l'article 6 du traité constitutif de l'UEMOA, « les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs du présent Traité et conformément aux règles et procédures instituées par celui-ci, sont appliqués dans chaque Etat membre nonobstant toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure ».

⁴⁷ Voir sur ce point, pour une comparaison avec le droit de l'Union européenne, François HERVOUET, « Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétence », In *Mélanges en l'honneur de Jean-François LACHAUME, Le Droit administratif, Permanences et Convergences*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 649 et ss.

⁴⁸ *Ibid.*

août 2019, que dans celle du 10 novembre 2020 rendue en réplique à l'arrêt du 08 juillet 2020 de la Cour de justice de l'UEMOA, n'incline pas à penser qu'elle a adopté un mode de raisonnement fondé sur le critère de compétence.

Bien au contraire, dans sa seconde décision du 19 novembre 2020, pour répondre à la demande de la Cour de justice de l'UEMOA de s'appropriier les articulations de son arrêt n°005/2020 du 08 juillet 2020, le juge constitutionnel béninois mobilise les articles 3 alinéa 3, 114 et 117 de la constitution pour déclarer qu'elle n'est soumise qu'à la volonté souveraine du peuple béninois et que de ce fait, elle a seule, compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi en vigueur sur le territoire ou se prononcer sur le respect des droits fondamentaux dont elle assure la garantie⁴⁹. Si la Cour constitutionnelle recourt parfois à l'incise ou à la notion de compétence, elle ne l'emploie pas à titre exclusif. Elle procède plutôt à sa mixtion avec celle de hiérarchie. L'évocation résiduelle de la notion de compétence sert plutôt à mieux affirmer la suprématie constitutionnelle. Poursuivant sa logique de verticalisation du rapport normatif, la Cour constitutionnelle du Bénin rejette l'obligation de renvoi préjudiciel que fait peser sur elle, l'instance communautaire, au motif que « si les dispositions conventionnelles qui instituent les organes d'intégration juridique ou économique ont une valeur supra législative, elles ont également une valeur infra constitutionnelle ; qu'elles ne valent ni n'équivalent les dispositions de la Constitution dont le juge constitutionnel est l'interprète exclusif et authentique »⁵⁰.

L'appréhension des rapports intersystémiques à partir d'un critère explicite de compétence aurait conduit à atténuer les sources de crispation, et clarifier méthodologiquement parlant, les champs respectifs de compétences. Car dans une telle logique, il aurait suffi de déterminer au fil des espèces, le champ juridique interne ou communautaire dans lequel se situe la situation litigieuse pour identifier lequel du droit interne ou du droit communautaire trouve à s'appliquer. Mais si le mode de raisonnement fondé sur la compétence se caractérise par une relative simplicité, en revanche il n'est guère assuré qu'il pourrait se révéler suffisant lorsqu'il convient de l'éprouver dans ses suites ultimes. On s'en rendra compte à l'examen des implications des différents critères de structuration du raisonnement des acteurs juridictionnels.

⁴⁹ Décision DDC 20-641 du 19 novembre 2020.

⁵⁰ *Ibid.*

B. LES IMPLICATIONS DES CRITERES DE STRUCTURATION DU RAISONNEMENT DES JUGES

Que l'on choisisse de raisonner en termes de hiérarchie ou de compétence dans la résolution des conflits entre norme constitutionnelle et norme communautaire, les logiques juridiques en jeu ne sont pas exemptes, dans leurs implications, de difficultés parfois insurmontables. La logique hiérarchique cristallise des divergences (1) cependant que le postulat de la compétence revêt des relents déconstructivistes (2).

1. La hiérarchie, cristallisatrice de divergences

Le mode de raisonnement fondé sur le paradigme hiérarchique, écrit le professeur Baptiste BONNET, a tous les avantages de la relative clarté (chaque norme semble avoir sa place dans une hiérarchie des normes envisagée dans sa globalité) mais, dans le même temps, il présente des inconvénients majeurs, d'un point de vue théorique et pratique car il conduit à des divergences de jurisprudences insurmontables entre le juge interne et le juge international surtout s'il est communautaire. Chaque juge, selon l'ordre juridique dont il dépend, défend la primauté de la norme suprême de son ordre⁵¹.

Du point de vue du droit interne, l'examen des rapports de systèmes livre des hypothèses d'ailleurs fréquentes dans lesquelles le raisonnement prend appui sur le critère de hiérarchie. Les enseignements du droit comparé fourmillent d'exemples dans lesquels la référence au critère hiérarchique conduit à une affirmation dénuée d'ambiguïtés de la suprématie de la Constitution sur les normes de droit international et de droit communautaire. Après l'avoir affirmée dès 1996 dans une série de précédents jurisprudentiels⁵² à l'égard du droit international, le Conseil d'Etat français étendra la même solution au droit communautaire dont la primauté « ne saurait conduire au demeurant, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution »⁵³. Cette jurisprudence a été constamment rappelée par la haute juridiction⁵⁴. Se situant dans le même mouvement jurisprudentiel, plusieurs juridictions constitutionnelles ont développé des jurisprudences concordantes visant à protéger de l'emprise du droit communautaire, des dispositions constitutionnelles tenues pour intransgressibles, soit parce qu'elles seraient spécifiques à un texte constitutionnel, soit parce qu'elles formeraient le

⁵¹ Baptiste BONNET, « L'autorité en France des normes internationales et européennes », *op. cit.*, p.17.

⁵² CE, Ass, 03 juillet 1996, *Koné*, Rec., p.255 ; CE, Ass, 30 octobre 1998, *Sarran, Levacher et autres, RFDA*, 1998, p.1081.

⁵³ CE, 03 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*.

⁵⁴ CE, 27 juillet 2006, *Association Avenir de la langue française*, n°281629 ; *adde*, CE, 08 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*.

noyau d'ur des droits fondamentaux constitutionnellement garantis, le tout en liaison avec la souveraineté indépassable de l'Etat⁵⁵. Ces positions des juridictions constitutionnelles illustrent ce que la doctrine a qualifié de réserves de constitutionnalité⁵⁶ ou de théorie des contre-limites⁵⁷.

En d'autres termes, cette théorie pose la question de savoir quelles limitations sont permises et lesquelles sont interdites ou encore dans quelles limites les limitations de souveraineté sont acceptables⁵⁸. En application de cette théorie des contre-limites, plusieurs juridictions constitutionnelles, notamment celles des pays tels que l'Allemagne⁵⁹, l'Italie⁶⁰, la France⁶¹, la

⁵⁵ Voir Jean ROSSETTO, « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises : A propos des relations entre le droit communautaire et le droit constitutionnel national », In *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, Presses universitaires François-Rabelais, 2007, disponible en ligne : <http://books.openedition.org/pufr/2266>, consulté le 05 juin 2021 ; Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Les résistances des Etats de Droit », In Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit vers l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 423 et ss.

⁵⁶ Bertrand MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national, bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnels et administratifs français », *RFDC*, 2007/4, n°72, pp. 678 et ss.

⁵⁷ Selon cette théorie, les limitations de souveraineté ou les transferts de compétences ne se conçoivent pas de façon illimitée.

⁵⁸ Ricardo GUASTINI, « La primauté du droit communautaire : une révision tacite de la Constitution italienne », *CCC*, 2001, n°09, pp. 4 et ss.

⁵⁹ Dans un arrêt Solange I du 29 mai 1974, la Cour constitutionnelle allemande réservait déjà sa compétence pour contrôler la législation communautaire au regard des droits fondamentaux, aussi longtemps que la Communauté européenne ne disposerait pas elle-même d'un catalogue des droits fondamentaux. Cette position s'est assouplie dans l'arrêt Solange II du 22 octobre 1986 et surtout dans celui du 07 juin 1990 dit des Bananes où elle indique qu'elle se refusera à tout examen de validité constitutionnelle d'un acte communautaire tant qu'il ne sera pas démontré point par point que celui-ci se situe en dessous du seuil de protection des droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande. Dans sa décision du 12 octobre 1993 relative au Traité de Maastricht, la Cour allemande déclare qu'elle vérifiera si les actes des institutions et des organes européens restent à l'intérieur des compétences de souveraineté qui ont été attribuées à ceux-ci ou s'ils en sortent. Elle l'a répété le 30 juin 2009 à l'occasion de l'examen du Traité de Lisbonne. Le 13 février 2020, elle annule la ratification par le Parlement allemand de l'accord sur la juridiction unifiée du brevet européen, retardant ainsi l'adoption du brevet unitaire européen.

⁶⁰ La Cour constitutionnelle italienne a de longue date pris position sur le sujet en déclarant qu'elle retrouverait sa compétence à l'égard du droit communautaire dérivé dès lors que se manifesterait « un pouvoir inadmissible des organes de la Communauté Economique Européenne (CEE) de porter atteinte aux principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel ou aux droits inaliénables de la personne humaine », (voir les arrêts *Frontini* du 22 décembre 1973, *RTDE*, 1974, p. 148 ; et *Granital* du 08 juin 1984, *RTDE*, 1985, p. 414.).

⁶¹ Le Conseil constitutionnel français fixera sa jurisprudence relative aux réserves de constitutionnalité à l'égard du droit communautaire à partir de 2004 dans ses décisions n°2004-196 DC du 10 juin 2004, *Economie numérique*, *Rec.* p. 99 ; n°2004-497 DC du 01 juillet 2004, *Communications électroniques*, *Rec.* p.107 ; n°2004-498 DC du 29 juillet 2004, *Loi sur la bioéthique*, *Rec.* p. 122 ; n°2004-499 du 29 juillet 2004, *Traitement des données à caractère personnel*. Dans sa décision du 10 juin 2001, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, le Conseil déclare « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ». Et dans celle du 27 juillet 2006, *Loi relative aux droits d'auteurs et aux droits voisins*, il s'est déclaré compétent pour contrôler la conformité des lois de transposition avec la directive qu'elles ont pour objet de transposer ; il réaffirme à la fois l'obligation de transposition des directives et fait varier la formulation de la réserve : « La transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti » ; voir, Chloé CHARPY, « Commentaire sur la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 », *RFDC*, 2007, n°69, p. 100 ; récemment encore le Conseil constitutionnel juge que « l'interdiction de déléguer l'exercice de la force publique à des personnes privées est inhérente à l'identité constitutionnelle de la France », (Décision n°2021-940, *QPC* du 15 octobre 2021).

Pologne⁶² ont envisagé des hypothèses dans lesquelles elles écarteraient la mise en œuvre d'une disposition communautaire qui entrerait en conflit avec une norme constitutionnelle⁶³. L'argumentation retenue n'est pas dénuée de solides justifications dont pourrait se prévaloir la Cour constitutionnelle dans la confrontation juridictionnelle qui l'a opposée à la Cour de justice de l'UEMOA⁶⁴. Organe constitué de l'Etat et tirant son autorité d'un ordre juridique disposant lui-même de la suprématie, elle est fondée à rechercher la solution des conflits normatifs dans la Constitution qui l'a instituée. Quoique compréhensibles, les motivations formulées par la Cour constitutionnelle du Bénin dans les décisions évoquées n'encourent pas moins un regard critique. Préoccupée qu'elle fût de construire son argumentation sur le socle de la verticalité hégémonique de la Constitution, elle n'a pas daigné forger les outils méthodologiques et conceptuels qui auraient pu la faire regarder comme une instance de réception et de diffusion du droit communautaire, et pas seulement comme un organe de résistance.

En principe, une fois passés les contrôles préventifs requis, l'engagement international entré en vigueur dans l'ordre interne jouit d'une présomption de constitutionnalité dont on trouve la source dans la norme constitutionnelle elle-même. La même remarque s'applique au règlement communautaire qui, par nature, déploie directement ses effets dans les ordres juridiques nationaux et bénéficie de ce fait d'une immunité contentieuse, un régime contentieux *a priori* applicable au règlement n°005/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 que la Cour

⁶² La dernière expression de la résistance de cette juridiction remonte à sa décision du 07 octobre 2021 ; elle conteste à la fois la compétence de la CJUE et le principe de primauté du droit de l'Union au motif que ses décisions ou certaines dispositions des Traités étaient contraires à la Constitution de la République de Pologne.

⁶³ Ces prises de positions jurisprudentielles ont pu être expliquées en doctrine. Vlad CONSTANTINESCO s'est interrogé sur le point de savoir s'il était possible de dépasser la notion même de Constitution : « norme suprême de l'Etat, la Constitution peut-elle admettre, sans une contradiction interne qui serait fatale à sa propre suprématie, la suprématie d'une autre norme qu'elle-même ? Une norme suprême comme la Constitution ne peut renoncer à sa propre suprématie sans perdre sa justification et son statut de norme suprême dans l'Etat » (Vlad CONSTANTINESCO, « Les rapports entre les traités et la Constitution : du droit interne au droit communautaire », *Mélanges en hommage au Doyen Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.465.) puis sont évoquées, les exigences même de la théorie de l'Etat. Celle-ci fait de la Constitution l'incarnation de la souveraineté de l'Etat. Sauf à renoncer à la notion de Constitution, et par là même à la souveraineté de l'Etat, on ne saurait admettre que le droit communautaire puisse l'emporter sur la constitution à raison de sa nature propre sans s'exposer à ce paradoxe qui voudrait qu'une norme suprême se trouve soumise à un ordre qui lui serait extérieur. Cette éventualité est rendue impossible dans le silence de la Constitution tout comme dans l'hypothèse où l'une de ses dispositions le proclamerait (Jean ROSSETTO, « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises ... », *op. cit.*, n°10.). Pour qu'il en fût autrement, conclut Rémy LIBCHABER, « il faudrait qu'au mépris de l'étymologie, la Constitution jouît d'un caractère déclaratif, et pût se borner à prendre acte de la suprématie de l'ordre international sur celui qu'elle incarne. Certains regretteront peut être qu'il n'en soit pas ainsi ; mais il faut ajouter qu'alors une telle Constitution ne serait pas celle d'un Etat souverain » (Rémy LIBCHABER, « La vision du monde de la Cour de cassation », *RTDC*, 2000, p.674).

⁶⁴ Il s'agit des décisions DCC 19-287 du 22 avril 2019 et DCC 20-641 du 19 novembre 2020, lesquelles sont consultables sur le site de la Cour : <https://courconstitutionnelle.bj> .

constitutionnelle a décidé de priver d'effets⁶⁵. Par ailleurs, dans sa décision du 19 novembre 2020, la Cour constitutionnelle béninoise s'engage dans des considérations très discutables. Elle déclare ne pas être concernée par le renvoi préjudiciel réservé selon elle aux juridictions ordinaires, allant ainsi jusqu'à se denier à elle-même la nature de juridiction nationale.

De même, lorsqu'elle qualifie le droit à la défense de « droit naturel et supérieur à toutes les règles positives » on est fondé à se demander si cette excursion dans les limbes du jus naturalisme s'imposait dans le cadre du positivisme juridique et sa logique rationaliste, formaliste et déductive. Au point de vue externe, l'appréhension de l'articulation des rapports normatifs à travers le prisme Kelsenien de la hiérarchie des normes, débouche également sur la revendication de la primauté absolue du droit communautaire. Les juges de la Cour de justice de l'Union européenne ont consacré de longue date cette souveraineté du droit communautaire à partir du socle de sa primauté⁶⁶.

En effet, souligne le Professeur Denis ALLAND, « si c'était une règle constitutionnelle qui réglait les rapports du droit interne et du droit communautaire, la primauté chuterait nécessairement dans l'orbe interne ..., et les organes de l'Etat, tout en parlant de primauté

⁶⁵ Etant entendu que le règlement communautaire et ses effets sont prévus par le Traité et qu'il est intervenu dans une matière dévolue à la compétence communautaire, la décision de le priver d'effets s'analyse en une objection dirigée contre le Traité signé depuis 1994. S'agissant de l'immunité contentieuse du règlement, le Conseil constitutionnel français l'analyse comme « la conséquence d'engagements internationaux souscrits par la France qui sont entrés dans le champ de l'article 55 de la Constitution », voir décision n°77-90 DC du 30 décembre 1977, *Rec.* p. 44 ; il est entendu que doit être réservée, l'hypothèse où est contesté un texte d'application d'un règlement communautaire. Il est vrai que s'agissant du Bénin, le voisinage du contrôle *a priori* des engagements internationaux et des procès en inconstitutionnalité brouille la configuration contentieuse de l'office du juge. Il est certain que ce dernier type de recours qui inclut la recevabilité des plaintes constitutionnelles pour violation des droits de l'homme ouvre la voie à un contrôle *a posteriori* des engagements internationaux même en vigueur et potentiellement à leur anéantissement avec pour conséquences la création d'une insécurité juridique généralisée, l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat et pour ce qui concerne l'ordre communautaire, l'ouverture d'une procédure en manquement d'Etat.

⁶⁶ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ Enel*, 6/64, p. 1149. Cette systématisation de la primauté bénéficie à tous les actes communautaires et la rend opposable à toutes les normes de droit interne y compris la norme constitutionnelle ainsi qu'il ressort de la jurisprudence communautaire aux termes de laquelle « l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la Constitution d'un Etat membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet Etat » (CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbh c/ Einfuhr un Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, 11/70, *Rec.* 1125). Plus généralement, « le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne pour limiter la portée des dispositions de droit communautaire aurait pour effet de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait être admis » (CJUE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, 149/79, p. 3881.). De façon encore plus vigoureuse, les juges européens ont dit pour droit qu'« en vertu du principe de primauté du droit communautaire, les dispositions du Traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effets, dans leur rapport avec le droit interne des Etats membres, non seulement de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante, mais encore en tant que ces dispositions et actes font parties intégrantes, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des Etats membres, d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires » (CJCE, 09 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* 629).

communautaire, ne feraient en réalité qu'interpréter leur Constitution »⁶⁷. Entendue de cette manière, la primauté est alors liée à la hiérarchie censée dominer les rapports des actes juridiques entre eux ; en l'occurrence, cela conduit à placer le droit communautaire en haut et le droit national en dessous⁶⁸. Suivant une telle conception des rapports intersystémiques, la règle de conflit se déduit du droit communautaire qui commande les solutions. S'agissant en particulier du droit communautaire de l'UEMOA qui prévoit le principe de primauté dans le Traité constitutif, il est tout à fait autorisé de penser que sa primauté sur la Constitution est conforme au Traité dans l'ordre juridique que celui-ci a fondé ; les Etats membres n'ayant formulé à ce sujet aucune réserve l'excluant lors de sa ratification, leur acceptation ne saurait être exclue⁶⁹.

Que ce soit du point de vue du droit interne ou de celui du droit externe, le raisonnement fondé sur le paradigme hiérarchique n'a d'autres conséquences que de conduire à une impasse et à des divergences de solutions en raison de la revendication concurrente de chacun des ordres juridiques de la souveraineté normative. Les décisions divergentes de la Cour de justice de l'UEMOA et de la Cour constitutionnelle du Bénin illustrent amplement l'impossibilité de penser au sein du paradigme de la hiérarchie des normes toute solution juridique de sortie de crise. Il n'est pourtant pas certain qu'un raisonnement fondé sur le critère de compétence préserve de tous les écueils.

⁶⁷ Denis ALLAND, « À la recherche de la primauté du droit communautaire », *Droits*, 2007/1, n°45, p. 113.

⁶⁸ *Ibid.* ; pp.113 et ss. ; Telle est aussi l'opinion de Pierre PESCATORE qui écrit que « toute atteinte au principe de primauté du droit communautaire aurait pour conséquence de mettre en cause l'existence même de la Communauté. De cette conception résulte la notion de hiérarchie clairement tracée entre le droit communautaire et le droit national » (Pierre PESCATORE, *Le Droit de l'intégration, Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des communautés européennes*, Sijthoff, 1972, p.85 ; Jean-Claude GAUTRON, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », In Joël RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit. Continuité et avatars européens*, Paris, LGDJ, 2000, p.25.).

⁶⁹ Abordant la question, le professeur Xavier MAGNON fait remarquer que « la remise en cause du droit communautaire dérivé aboutit toujours de manière indirecte à une méconnaissance du droit communautaire originaire en vigueur. Qu'en est-il également du principe *pacta sunt servanda*, applicable dans l'ordre juridique interne s'il est possible pour une juridiction nationale d'écarter un acte communautaire qui n'est que la conséquence d'engagements internationaux antérieurs régulièrement ratifiés ? (Xavier MAGNON, « La sanction de la primauté de la Constitution sur le droit communautaire par le Conseil d'Etat », *RFDA*, 2007, pp. 578 et ss.) ; Quelques précédents jurisprudentiels valident la thèse du rang de priorité susceptible d'être accordé à la norme communautaire sur le droit constitutionnel. La Cour de cassation belge, a jugé qu'en cas de conflit entre une norme nationale et une norme de droit international, la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel et qu'il en est *a fortiori* ainsi en présence de normes communautaires (Cour de cassation belge, 27 mai 1971, Etat belge c/ Fromagerie franco-suisse le Ski, *RTDE*, 1971, p. 494.). Dans la même logique, le procureur général TOUFFAIT, dans ses conclusions sur l'emblématique arrêt de la Cour de cassation française *Société des Cafés Jacques Vabres* du 24 mai 1975, avait proposé à cette juridiction de ne pas fonder sa solution sur l'article 55 de la Constitution française (qui fait prévaloir le Traité sur la loi) mais sur la nature même de l'ordre juridique communautaire institué par le Traité de Rome (Cour de cassation, Ch. Mixte, 24 mai 1975, *Administration des douanes c/ Société des Cafés Jacques Vabres*, Dalloz, jurisprudences, 1975, p. 497).

2. La compétence, inductrice de déconstruction

Dans le principe, le paradigme de la compétence est présenté comme indiqué pour “dédramatiser” les rapports entre droit constitutionnel et droit communautaire. Un débat entre suprématie constitutionnelle et primauté du droit communautaire n’a plus lieu d’être réellement une fois que le droit primaire ou les traités modificatifs ont fait l’objet d’un contrôle de constitutionnalité ou n’ont pas subi ce contrôle parce que celui-ci ne paraissait peut être pas devoir s’imposer. Dans les deux cas, la compatibilité de ces actes à la Constitution est présumée de façon irréfragable une fois qu’ils ont été ratifiés⁷⁰. Le préalable du Traité constitutif réglé, le raisonnement fondé sur la compétence s’évertuera, en présence des questions soulevées, à déterminer le champ juridique ou le système juridique de rattachement. Le champ de compétence du droit communautaire étant défini par le Traité constitutif, il appartiendra au juge communautaire de veiller au respect par les organes et institutions communautaires de leurs attributions tout comme au juge étatique habilité à statuer sur les matières non dévolues aux instances communautaires d’interroger le juge de l’Union en cas de doute sur la validité des actes communautaires. Il reste que du point de vue théorique, le raisonnement fondé sur le critère de compétence conduit d’une certaine manière au flou de la hiérarchie des normes, voire selon le professeur Baptiste BONNET, à une déstructuration de cette hiérarchie, qui normalement a pour rôle essentiel de structurer l’ordre juridique⁷¹. Un tel raisonnement peut aussi justifier l’idée qu’il n’y a pas une hiérarchie des normes mais deux hiérarchies des normes, une dans l’ordre interne et une dans l’ordre international et que chaque juge en fonction de sa position applique l’une ou l’autre.⁷²

D’un point de vue pratique, on ne saurait exclure une situation où juridictions internes et juridiction communautaire n’aient pas la même compréhension de l’étendue des compétences transférées et celles conservées par les Etats. Le conflit sera moins ardu au cas où l’Union intervient dans le cadre de ses compétences exclusives, étant entendu qu’elle dispose d’une compétence d’attribution cependant que les Etats conservent celle de droit commun. Le problème se pose réellement dans les matières relevant du domaine des compétences partagées. La difficulté sera surmontée par appel au principe de subsidiarité d’après lequel « les Etats agissent par principe et la Communauté n’est légitime à intervenir que si elle apporte la

⁷⁰ Voir François HERVOUET, « Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétence » *op. cit.*, p.663.

⁷¹ Baptiste BONNET, « Autorité en France des normes internationales et européennes », *op. cit.*, pp. 17 et ss.

⁷² Baptiste BONNET, *Ibid.* ; C’est du reste ce que pense aussi le Doyen Louis FAVOREU, voir « L’apport du Conseil constitutionnel au droit public », *Pouvoirs*, 1991, n°13, p. 21.

démonstration qu'elle est mieux à même de prendre en charge l'affaire, et dans cette seule mesure. Encore doit-elle être pondérée dans son action puisqu'elle est limitée par ce qui est nécessaire »⁷³.

Toutefois, les principes de subsidiarité et de proportionnalité pourraient ne pas être opératoires dans la résolution de conflits intersystémiques persistants. Le Doyen HERVOUET estime que dans ces cas de conflits insurmontables sur la compétence, « ce sont les Etats qui disposent de l'arme suprême. Ils ont toujours la compétence de la compétence, c'est-à-dire celle de réformer l'acte fondateur, afin de modifier ou de préciser, dans l'hypothèse d'un désaccord persistant, les compétences respectives »⁷⁴. Les Etats se retrouvent maîtres de la règle de conflit car ils sont « les détenteurs de la compétence et la Cour de justice n'en est que le régulateur ; les uns font le droit quand l'autre le dit. De ce fait si la question de primauté conduit à une impasse, chacune des juridictions se trouvant en conformité avec la logique de l'ordre juridique qui la fonde, la question de la compétence a son issue, même lourde »⁷⁵. Envisagé sous le prisme d'un bilan avantages-coûts, le paradigme de la compétence, en dépit de sa teneur perturbatrice du modèle hiérarchique ne contribue pas moins à désamorcer les conflits intersystémiques. Encore faut-il que les principaux acteurs juridictionnels puissent disposer des outils propres à leur permettre de mieux identifier leurs champs de compétences respectifs et les spécificités contentieuses corrélatives.

A cet égard, les Etats africains francophones consacrent rarement dans les dispositions de leurs constitutions de larges références au droit communautaire⁷⁶. Le juge constitutionnel, gardien juridique de la Constitution, a naturellement pour mission de l'interpréter, d'indiquer les limites de la compétence de l'Etat et ce que l'ordre juridique national a transféré à l'ordre juridique communautaire. Il ne pourra exercer cette mission sur le seul fondement des professions de foi internationalistes ou intégrationnistes⁷⁷ dépourvues de portée prescriptive sauf à les substantier par un effort de construction singulier.

⁷³ François HERVOUET, «Les relations entre ordre juridique communautaire et ordres juridiques nationaux, De la primauté à la sphère de compétence », *op. cit.*, p.663.

⁷⁴ *Ibid.*, pp. 664 et ss.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Voir cependant la Constitution malienne du 25 février 1992, nigérienne du 25 novembre 1990, burkinabé du 11 juin 1991, ivoirienne du 08 novembre 2016 qui consacrent chacune un titre à l'Unité africaine pour les trois premières, et pour la dernière un titre VII à l'intégration africaine. La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 dispose quant à elle à son article 149 que « La République du Bénin soucieuse de réaliser l'Unité Africaine, peut conclure tout accord d'intégration sous-régionale ou régionale conformément à l'article 145 ».

⁷⁷ On pourra se référer à certaines formules reproduites dans les préambules du type « [...] nous engageons résolument à défendre la cause de l'Unité africaine et à œuvrer à la réalisation de l'intégration sous-régionale et régionale » (Préambule de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992) ; « Proclamons notre attachement à la

Dans le cas du Bénin, outre le fait d'avoir affirmé la suprématie "naturelle" de la Constitution sur le droit communautaire de l'UEMOA, sans faire explicitement prévaloir la notion de compétence, les deux décisions des 22 août 2019 et 19 novembre 2020 n'ont visiblement pas fait un sort particulier au droit de l'Union en le faisant bénéficier d'un régime contentieux spécifique que la motivation de la décision aurait pu révéler. Le droit communautaire y est traité comme un mécanisme supplétif étranger au débat juridique par la Cour constitutionnelle qui se positionne ainsi à rebours de sa décision DCC-19-94 du 30 juin 1994 relative au Traité OHADA⁷⁸. Il était loisible au juge constitutionnel de construire une argumentation montrant la nécessité de concilier le respect des engagements internationaux de l'Etat avec les exigences découlant de la Constitution, source et fondement de l'ordre juridique national conformément à un schéma d'articulation des rapports de système. Le paradigme de la suprématie constitutionnelle aurait été mieux "construit" car plus argumenté dans une perspective de gestion pluraliste des ordres juridiques.

Au surplus, on n'omettra pas de souligner qu'il eût été inconfortable à la Cour constitutionnelle de fonder dans les deux espèces, son raisonnement sur le critère de compétence dans la mesure où il s'agissait d'une matière placée dans le champ de compétence de l'Union par le règlement n°5/CM/UEMOA du 25 septembre 2014 relatif à l'exercice de la profession d'avocat. Le critère de compétence et ses correctifs tels que le principe de subsidiarité et celui de la proportionnalité n'auraient pu suffire à projeter dans l'ordre du droit interne le cas sur lequel elle était appelée à statuer. L'argument fondé sur la suprématie constitutionnelle et le respect des droits fondamentaux insuffisamment garantis par l'ordre juridique communautaire était la seule base juridique favorable à la position de la Cour.

En revanche, le critère de compétence sur lequel la Cour de justice de l'UEMOA n'a pas cru devoir insister dans sa décision du 08 juillet 2020 aurait fondé une démonstration beaucoup plus convaincante, favorable au droit communautaire. En dépit de la critique qui lui a été adressée, notamment sa propension déconstructiviste de la logique hiérarchique, le critère de compétence induit un type de raisonnement qui amène le juge à fixer une règle de priorité d'application d'une règle. Il le fait sur le fondement du titre en vertu duquel il gère le conflit normatif. Il n'y a dès lors pas d'obstacle à ce qu'il fasse prévaloir la norme communautaire sur la norme constitutionnelle si un titre de compétence [constitutionnelle] l'habilite à le faire.

cause de l'Unité Africaine et nous engageons à tout mettre en œuvre pour réaliser l'intégration sous-régionale et régionale » (Préambule de la Constitution béninoise du 11 décembre 1990).

⁷⁸ Cour constitutionnelle du Bénin, DCC-19-94 du 30 juin 1994, Contrôle de constitutionnalité relatif au Traité OHADA, laquelle décision était plutôt favorable au droit de l'intégration.

Mais la gestion des conflits entre norme constitutionnelle et norme communautaire peut imposer de mixer les deux paradigmes de hiérarchie et de compétence. Cette circonstance montre que les deux critères ne sont pas étanches mais rend la situation plus complexe pour les juges qui deviennent hésitants. Il est alors permis de soutenir que la règle de conflit n'est pas toujours définitivement acquise. Elle est recherchée.

II. UNE REGLE DE RESOLUTION DES CONFLITS RECHERCHÉE

En raison des énormes enjeux dont sont chargés les rapports entre les ordres juridiques constitutionnel et communautaire, aucun des critères de résolution des conflits normatifs n'est, comme il l'a été montré à l'abri de discussions critiques. Les acteurs juridictionnels doivent se tourner vers un paradigme juridique alternatif, celui du pluralisme⁷⁹ afin de trouver la meilleure articulation entre ordres juridiques autonomes et souverains. La règle de conflit sera recherchée alternativement dans l'autodétermination des ordres juridiques (A) et le mécanisme du dialogue des juges à travers le renvoi préjudiciel (B).

A. La règle de conflit par l'autodétermination des ordres juridiques

Le principe d'autodétermination des ordres juridiques est l'une des réponses du pluralisme juridique à la gestion des conflits intersystémiques. En vertu de ce principe, les juridictions suprêmes nationales appréhendent les rapports entre l'ordre juridique communautaire et leur propre ordre juridique au prisme de leurs règles et exigences constitutionnelles (1) ; la même logique conduisant la juridiction communautaire à saisir les rapports de ces ordres selon les règles propres du droit communautaire (2).

1. La règle de conflit par la constitutionnalisation de l'ordre communautaire

L'impossible dépassement de la notion de Constitution conduit à une reformulation des rapports entre l'ordre constitutionnel et l'ordre communautaire. Dans une logique de souveraineté juridictionnelle partagée, le juge interne, dans une démarche de gestion pluraliste des systèmes en présence devra s'ouvrir au droit communautaire et à sa primauté mais à la condition de fonder leur autorité sur la Constitution nationale. Entre verticalité hégémonique et horizontalité

⁷⁹ Le pluralisme pose comme postulat de départ la pluralité d'ordres juridiques interdépendants. Il signifie qu'il n'existe aucune hiérarchie formelle entre les ordres juridiques applicables. Il peut se comprendre comme une volonté d'échapper à l'idée que tout droit doit provenir d'une seule source de pouvoir incarnée par le principe de souveraineté de l'Etat ; voir Nicolas LERON, *La gouvernance constitutionnelle des juges*, Thèse de doctorat, Institut d'Etudes Politiques de Paris, janvier 2014, pp. 234 et ss.

anarchique⁸⁰, le pluralisme juridique, voie médiane, ne cherche pas à organiser l'articulation des systèmes juridiques selon un schéma hiérarchique avec ses deux variantes (primauté de l'ordre communautaire sur les ordres nationaux ou l'inverse).

Aussi longtemps que le constituant n'a pas défini la règle de conflit lorsque les normes issues de chacun des ordres juridiques nourrissent la prétention de régir une même situation, ce sont les acteurs juridictionnels qui se retrouvent à la croisée de ces rapports de systèmes et tenus de dénouer le noeud conflictuel. L'appropriation nationale ou la validation constitutionnelle du droit communautaire et la maîtrise contentieuse de ses conséquences se développeront à partir de ce que la doctrine a appelé « un droit national de l'intégration »⁸¹. Celui-ci rassemble un ensemble de règles, de principes, de techniques, de notions et de structures destinés à traiter spécifiquement de la question de la participation à l'organisation de l'intégration⁸². En droit européen, l'assise constitutionnelle du droit communautaire emprunte tantôt la voie de dispositions généralistes de la Constitution relatives au droit international tantôt celle de dispositions constitutionnelles spécifiques dites clauses d'intégration consacrées à l'intégration. Elles reconnaissent un ordre juridique européen intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique national⁸³. La seconde formule a été retenue par la France à l'issue de la révision constitutionnelle du 4 février 2008 destinée à favoriser la ratification du Traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007⁸⁴.

Qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre formule, c'est à partir de ces éléments d'ancrage constitutionnel du droit communautaire que les juges constitutionnels, en particulier, règlent les

⁸⁰ La formule est empruntée à Edouard DUBOUT et Sébastien TOUZE, « Les fonctions des droits fondamentaux dans les rapports entre ordres et systèmes juridiques » in l'ouvrage codirigé par ces deux auteurs, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2009, pp. 12 et ss..

⁸¹ Edouard DUBOUT, Beligh NABLI, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA*, 2010, pp. 1021 et ss.

⁸² *Ibid.* ; Indubitablement, trouver un fondement constitutionnel au droit communautaire ou en retenir une interprétation constitutionnalisante ne se conçoit pas sans débat. La constitutionnalité d'un traité créant une organisation d'intégration peut être examinée *a priori* mais s'interroger sur celle d'un règlement, d'une directive ou d'une décision adoptée par un organe de l'organisation d'intégration heurte frontalement le monopole revendiqué par le juge communautaire de conserver seul la compétence pour effectuer en vertu du Traité constitutif un quelconque contrôle de validité des actes communautaires dérivés (S'agissant du droit de l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour de justice est fermement opposée à un quelconque contrôle de validité des actes communautaires dérivés dont les effets doivent en principe être tenus pour résulter des engagements souscrits par les Etats membres ; voir CJCE, 11 avril 1978, *Commission c/ République italienne*, Aff.100/77 et CJCE, 6 mai 1980 *Commission c/ Royaume de Belgique*, Aff. 102/79).

⁸³ Le meilleur exemple que l'on puisse en donner est fourni par l'article 88-1 de la Constitution française aux termes duquel « La République française participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 1^{er} décembre 2009 ».

⁸⁴ A l'instar de la France, on citera entre autres, l'Italie, l'Allemagne, la Hongrie. Tantôt l'obligation d'appliquer les normes européennes ne se différencie pas de l'obligation formulée à propos des normes internationales ; voir, Pierre DELVOLLE, « L'autonomie constitutionnelle des Etats dans les droits européens », *op.cit.*, pp. 897 et ss.

rapports de systèmes, et que le juge constitutionnel français par exemple peut déclarer que « tant la transposition en droit interne d'une directive de l'Union européenne que le respect d'un règlement de l'Union européenne, lorsqu'une loi a pour objet d'y adapter le droit interne, résulte d'une exigence constitutionnelle »⁸⁵. Pour sa part, le droit constitutionnel des Etats membres de l'UEMOA aménage ses rapports avec le droit communautaire dans un sens plutôt favorable à ce dernier⁸⁶ conformément à un schéma normatif qui oscille, selon la formule du professeur Alain ONDOUA entre banalisation et singularisation⁸⁷. A cet égard, l'identification de l'existence ou non de clauses constitutionnelles d'intégration s'opère selon deux approches. Une première approche accorde une place singulière à l'intégration communautaire en proclamant d'abord dès le préambule de la Constitution, l'attachement du peuple à l'Unité Africaine et son engagement « à tout mettre en œuvre en vue de la réalisation de l'intégration régionale et sous-régionale ».

Ensuite ces dispositions préambulaires sont prolongées par des clauses d'intégration dans le corps du texte constitutionnel à l'instar du titre XII (art. 146) consacré à l'Unité Africaine de la Constitution du Burkina-Faso du 2 juin 1991. Une formulation comparable se retrouve dans la Constitution du Mali (art. 117), du Bénin (art.148), de la Côte d'Ivoire (art.124), du Niger (art.172) et du Sénégal (art.96). La seconde approche est celle des Etats qui ne prévoient aucune clause spécifique d'intégration dans leurs constitutions, hormis comme c'est le cas de la Constitution togolaise du 14 octobre 1992, la déclaration préambulaire de « défendre la cause de l'Unité nationale, de l'Unité Africaine et d'œuvrer à la réalisation de l'intégration régionale et sous-régionale ». Qu'elles aient été singularisées ou banalisées, ces clauses d'intégration ont

⁸⁵ Décision n° 2018-765 DC du 12 Juin 2018, Loi relative à la protection des données personnelles.

⁸⁶ Alioune SALL, « Le droit international dans les nouvelles constitutions africaines », *RJPIC*, n°3, sept-déc 1997, pp. 339 et ss. ; Narcisse MOUELLE-KOMBI, « Les dispositions relatives aux conventions internationales dans les nouvelles constitutions des Etats d'Afrique francophone », *RGPIC*, n°1, 2003, pp. 6 et ss.

⁸⁷ Alain ONDOUA, « Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire en Afrique francophone ? », *Palabres actuelles (Revue de la Fondation Raponda Walker)*, n°6-2013, pp. 23 et ss.; Cette solution emporte comme conséquence, l'immunité contentieuse des actes de droit communautaire dérivé avec cette importante précision que « la transposition d'une directive ou l'adaptation du droit interne à un règlement ne sauraient aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ». En l'absence de mise en cause d'une telle règle ou d'un tel principe, le Conseil constitutionnel n'est pas compétent pour contrôler la conformité à la Constitution de dispositions législatives qui se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises d'une directive ou des dispositions d'un règlement de l'Union européenne » (La plupart des juridictions constitutionnelles européennes ont formulé des réserves de souveraineté constitutionnelle. Sur ces contre-limites voir nos développements *supra*.). L'intégration de l'ordre juridique communautaire à l'ordre juridique interne se trouve commandée par le texte constitutionnel. De sorte que le droit communautaire « dispose effectivement de qualités propres de nature à assurer son autorité mais qui doivent nécessairement être *a minima* identifiées (pour ne pas dire reconnues) dans la norme constitutionnelle pour que ces qualités qui pourraient se suffire à elles-mêmes, puissent produire leurs effets dans l'ordre interne » (Baptiste BONNET, « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable », *Titre VII*, 2019/1, n° 2, p.83.).

pu servir de fondement à la réception du droit communautaire ainsi que l'attestent les juridictions constitutionnelles de l'espace UEMOA qui ont été saisies en prélude à la ratification du Traité créant l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) adopté le 17 octobre 1993⁸⁸.

Mais suffit-il que sur le fondement des clauses d'ouverture à l'Unité africaine ou à l'intégration régionale ou sous régionale dont certaines autorisent un abandon total ou partiel de souveraineté que soit évacuée toute interrogation sur l'état ou le degré d'intégration ou sur le régime contentieux du droit communautaire devant les juridictions nationales ? En dépit de la proclamation déclarative du préambule de sa Constitution relative à l'attachement du Bénin à la cause de l'Unité africaine et son engagement à tout mettre en œuvre pour réaliser l'intégration sous régionale et régionale, proclamation reprise sous une forme prescriptive à l'article 149 de la Constitution aux termes duquel la République du Bénin soucieuse de réaliser l'Unité africaine peut conclure tout accord d'intégration sous régionale ou régionale conformément à l'article

⁸⁸ Certains organes créés par le Traité, notamment le Conseil des ministres et la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (CCJA) avaient des attributions susceptibles de porter atteinte à la souveraineté des Etats membres, principalement sur les plans législatif et judiciaire (Sanwé Médard KIENOU, « L'incidence du droit régional africain sur le droit constitutionnel des Etats francophones d'Afrique de l'Ouest », *RFDC*, 2017/2, n°110, pp. 413 et ss.; Achille Magloire NGAH, « L'épineuse question de la place du droit communautaire au sein de la hiérarchie des normes internes : un droit hors hiérarchie ? Réflexions à la lumière des systèmes constitutionnels des Etats d'Afrique francophone », *European Scientific Journal*, <https://doi.org/10.19044/esj.2019.v15nII>, pp.194 et ss., consulté le 14 octobre 2021. ; Samuel-Jacques PRISO-ESSAWE, « Fondements constitutionnels de l'intégration régionale en Afrique : De l'opérationnalité du concept d'Unité africaine », *United Nations University, Institute on Comparative Regional Integration Studies, UNU-CRIS Working Papers*, w-2014/11.). Mais saisis de la question de la constitutionnalité du Traité OHADA, les juges constitutionnels sénégalais et béninois n'ont pas trouvé de contrariété entre ce Traité et leurs constitutions nationales. Le Conseil constitutionnel sénégalais estimant que « les dispositions litigieuses du Traité OHADA ne violaient pas la constitution en tant qu'elles sont des limitations classiques inhérentes à la conclusion de Traités par un Etat (Conseil constitutionnel du Sénégal, décision 3/c/93 du 16 décembre 1993) tandis que pour son homologue béninois, « tout engagement international, quel qu'il soit, et ceux relatifs à l'intégration régionale ou sous régionale en particulier entraîne abandon partiel de souveraineté consenti par les Etats [...]. De ce fait, cet abandon partiel de souveraineté dans le cadre d'un Traité ne saurait constituer une violation de la Constitution dans la mesure où celle-ci en disposant dans son article 144 que le Président de la République négocie et ratifie les Traités et accords internationaux, et ce dans tous les domaines, a prévu la possibilité de conclure des Traités» (Cour constitutionnelle du Bénin, DCC 19-94 du 30 juin 1994 ; *adde* Sanwé Médard KIENOU, « L'incidence du droit régional africain ... », *op. cit.*, pp.419 et ss.) ; Les juges constitutionnels du Mali, du Burkina Faso et du Niger auraient statué dans le même sens, sur le fondement du principe d'abandon partiel ou total de la souveraineté en vue de réaliser l'Unité africaine ou l'intégration régionale ou sous régionale s'ils avaient été saisis du Traité OHADA. La réception des normes externes par les ordres juridiques nationaux ne se limite pas au droit communautaire primaire. De cette interprétation souple de la souveraineté nationale, bénéficie le droit dérivé. C'est l'enseignement que l'on tire de la décision n°1-C 2020, Affaire n°1-C-20 du 24 février 2020 du Conseil constitutionnel du Sénégal qui, appelé à statuer sur la conformité à la Constitution de la loi organique adoptée par l'Assemblée nationale sous le n°02/2020 transposant dans le droit positif sénégalais la directive n°06/2020/CM/UEMOA relative aux lois de finances, n'y a trouvé la moindre contrariété ni formulé la moindre réserve. La lecture des clauses générales ou spécifiques d'intégration interprétées très extensivement par les juridictions nationales des Etats membres de l'espace UEMOA traduit la prise en compte par celles-ci de la pression constante qu'exerce le droit d'origine externe sur les droits nationaux. Les juges nationaux se représentent une vision ou l'image d'espaces juridiques enchevêtrés ou interpénétrés qui demandent à être ordonnés conformément à une logique pluraliste évacuant les crispations conflictuelles.

145 , la Cour constitutionnelle de ce pays n'a pas retenu de ces dispositions une interprétation qui aurait été favorable au droit communautaire⁸⁹.

En effet dans sa décision du 22 août 2019, la Cour béninoise écarte l'application du règlement n°05/CM/UEMOA du 25 septembre 2014⁹⁰. Elle montre ainsi qu'un processus d'intégration sans être parvenu à une structure fédérale n'est pas exempt de questionnements sur son état de réalisation, ses valeurs, notamment la question démocratique, celle de la garantie des droits fondamentaux et enfin celle aussi du respect de la répartition des compétences entre l'organisation d'intégration et les Etats membres. Ces interrogations ont pu inspirer la posture du juge constitutionnel béninois dans sa décision du 22 août 2019. Mais on reprochera à ce dernier son "nationalisme méthodologique"⁹¹ prisonnier du paradigme hiérarchique alors qu'il s'agit d'appréhender l'articulation d'ordres juridiques autonomes et souverains. Il n'est pas contesté que la norme constitutionnelle demeure une matrice, le socle de toute normativité juridique dans l'ordre interne. Toutefois, le paradigme pluraliste commande une prise en compte par chaque juridiction, au-delà des exigences de son propre ordre juridique, de l'impact potentiel de ses décisions sur les autres ordres juridiques.

De ce point de vue, cette décision de la Cour constitutionnelle, intervenue sur une matière conventionnellement dévolue à l'UEMOA pêche par son défaut de construction. Au-delà d'un examen de son bien-fondé, on ne retrouve pas dans la décision du 22 août 2019 de la Cour constitutionnelle du Bénin ni une quelconque mystique de l'intégration, encore moins l'idée que les ordres juridiques interne et externe convergent vers un vaste espace juridique et judiciaire d'intégration dont les juges nationaux et supranationaux assumeraient la coresponsabilité. Il reste qu'au mouvement d'encadrement constitutionnel du droit communautaire répond celui d'une communautarisation du droit constitutionnel.

2. La règle de conflit par la communautarisation de l'ordre constitutionnel

Le juge communautaire, confronté au phénomène d'imbrication d'ordres juridiques doit s'orienter vers de nouveaux modèles fondés sur une logique horizontale. Le principe d'identité ou d'autodétermination de l'ordre juridique communautaire ne fait pas obstacle à un

⁸⁹ Arsène-Joël ADELOUI, « La Cour constitutionnelle et les normes d'origine externe », *Revue Constitution et Consolidation de l'Etat de Droit, de la Démocratie et des Libertés fondamentales en Afrique*, n°000/2019, pp.9 et ss ; Pierre François GONIDEC, « Droit international et droit interne en Afrique », *Revue Penant*, n°106, 1996, pp. 252 et ss.

⁹⁰ Il y a lieu de souligner que dans une espèce où n'était pas discutée une question d'incompatibilité entre la Constitution et le règlement communautaire, la Cour constitutionnelle du Togo dans un *obiter dictum* affirmera de façon explicite la subordination du règlement à la Constitution ; voir Décision N°C-003/20 du 3 mai 2020.

⁹¹ Ulrich BECK, *Pouvoir et contre-pouvoir à l'heure de la mondialisation*, Paris, Flammarion, 2003, p.105.

raisonnement en termes de conciliation d'ordres juridiques interdépendants. Sans renoncer à la primauté existentielle du droit communautaire, le juge de l'intégration sera conduit à y intégrer les exigences constitutionnelles des Etats membres. Il inscrira sa démarche dans une approche dialectique refusant de privilégier un pôle dans cette configuration de souverainetés juridictionnelles concurrentes : ni fusion qui supprimerait toute diversité, ni séparation qui rendrait vaine toute recherche d'unité.

S'il rentre dans la vocation de la juridiction communautaire de fonder la primauté du droit de l'intégration sur sa nature spécifique, existentielle ou ontologique, elle ne concevra pouvoir s'exonérer du respect des exigences constitutionnelles formulées par les juridictions des Etats membres. C'est une tension qui « mobilise les concepts gradués selon que l'on se rapproche d'un pôle (unité) ou de l'autre (diversité). Les interactions s'appellent coordination puis harmonisation voire unification »⁹². Par comparaison avec le modèle européen, l'observation

⁹² Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné, les forces imaginantes du droit*, op. cit., pp.33 et ss; De toutes les caractéristiques qui lui sont inhérentes à savoir applicabilité directe, primauté, effet direct et qui concourent à son efficacité, l'ordre juridique communautaire ne se déploiera pas sans ménager des espaces à des marges nationales d'application variable selon les circonstances, le but poursuivi par l'Etat membre invoquant sa spécificité. C'est dire que pour s'imposer comme un ordre incontestable de rattachement, il faut en réalité « coopérer avec l'autre ordre juridique et faire face à ses exigences tout en ne pouvant céder entièrement à ces exigences au risque de se dénier soi-même. Car il s'agit bien d'une question d'identité, c'est-à-dire d'autodétermination. Les acteurs juridiques ont conscience que l'identité est perdue si elle n'est pas autodéterminée » (Nicolas LERON, op. cit., p. 740. ; On comprend ainsi mieux les résistances formulées par les juridictions nationales à l'intégration dans le modèle européen. En effet, droit de l'intégration économique et sociale, le droit communautaire repose sur les principes de l'économie libérale, de l'organisation structurelle de régimes d'activités économiques, sociales et politiques (Jean-Bernard AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories juridiques du droit public*, Note de synthèse, Mission de recherche Droit et Justice, Sciences Po, Chaire "Mutations de l'action publique et du droit public", Mai 2009, p. 1.). Son inclination marchande l'exposait manifestement à un déficit proprement "politique" dans la mesure où la question des droits fondamentaux et de démocratie n'irriguaient pas son projet initial (Laurence BURGORGUE-LARSEN, « La résistance des Etats de Droit », in Joël RIDEAU (dir.), *De la communauté de droit vers l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 423 et ss.). La résistance des Etats qui avaient connu les pires atrocités du nazisme et du fascisme et pour lesquels le respect des droits fondamentaux accédait à un régime de protection constitutionnelle renforcée des droits fondamentaux poussa à un redimensionnement de l'ordre juridique communautaire à travers la révision des Traités constitutifs (Dans le Traité de Maastricht du 7 février 1992, l'Union s'engage à respecter les droits fondamentaux « tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire », (art. F.al 2). Le Traité d'Amsterdam (1997) fait du respect des droits de l'homme une condition pour l'adhésion de nouveaux Etats et introduit une procédure de suspension de certaines prérogatives découlant du Traité en cas de violation grave et persistante. Il ajoute en outre la mention des droits sociaux. La Charte des droits fondamentaux adoptée en 2000 devient contraignante et donc invocable par tout citoyen européen avec le Traité de Lisbonne entré en vigueur en 2009.) puis la jurisprudence (Déjà dès son arrêt *Stauder* du 12 novembre 1969, la Cour de justice de l'Union européenne souligne que « les droits fondamentaux de la personne sont compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect, et encore dans l'arrêt *Nold*, du 14 mai 1974, elle réitère que « les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect », en précisant « qu'en assurant la sauvegarde de ces droits », elle est tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et ne saurait dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces Etats », voir, Maria Rosaria DONNARUMMA, « Intégration européenne et sauvegarde de l'identité nationale dans la jurisprudence de la Cour de justice et des cours constitutionnelles », *RFDC*, 2010/4, n°84, p.721.) dans le sens d'une meilleure prise en compte des exigences des Etats membres.).

révèle que pour parvenir à une gestion conciliatrice des ordres juridiques communautaire et national, la Cour de justice de l'Union européenne a cherché à offrir aux Etats membres les garanties dont ils avaient besoin et sans lesquelles leur résistance n'aurait pu que se renforcer.

Ainsi « en interprétant le droit communautaire et en le comparant avec des règles ou principes des droits nationaux, parfois au niveau constitutionnel, la Cour de justice déclare, par une jurisprudence constante que l'interprétation et l'appréciation de la validité des actes communautaires doivent être faites uniquement à la lumière du droit communautaire, y compris, en ce qui concerne les droits fondamentaux »⁹³. C'est en ayant pris soin de développer de manière prétorienne un corpus conséquent de droit fondamentaux⁹⁴ que la Cour de justice a pu convaincre les Etats membres que sa mission intégratrice allait au-delà d'une communauté d'intérêts économiques et s'alimentait aux sources de l'héritage philosophique et politique des droits de l'homme tel que matérialisé par la convention européenne des droits de l'homme⁹⁵. Un tel mode d'aménagement du pluralisme juridique dont l'élaboration théorique se nourrit principalement du phénomène de l'intégration juridique européenne a vocation à structurer l'action du juge communautaire de l'UEMOA. Cette méthode induit à un raisonnement non pas en termes de primauté ou de suprématie mais en termes d'ordres juridiques interdépendants. Le

⁹³ Maria Rosaria DONNARUMMA, *Ibid.*

⁹⁴ Ces droits développés de manière prétorienne vont du droit au respect de la vie privée et familiale (CJCE, 26 juin 1980, *National Panasonic c/ Commission*, Aff. 139/79 et CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, Aff. C60/100), aux libertés religieuses (CJCE, 27 octobre 1976, *Prais*, Aff. 130/75), d'expression (CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, Aff. C-260/81), syndicales (CJCE, 11 décembre 2007 *International Transport Workers and Firmish Seamen's Union c/ Viking Line ABS*, Aff. 438/05) en passant par le droit à un recours effectif (CJCE, 16 juillet 2009, *Rubach*, Aff. C-344/08).

⁹⁵ De cette "implémentation" communautaire de l'ordre constitutionnel résulte un certain nombre de conséquences : l'autonomie constitutionnelle des Etats membres est encadrée par le droit communautaire dont l'application préférentielle par rapport à la norme interne se trouve dédramatisée. Ce droit de l'intégration accède au rang des normes constitutionnelles nationales et ne peut subir de la part du juge national qu'un contrôle exceptionnel fondé sur les strictes limites telles qu'interprétées par la juridiction constitutionnelle et découlant des constitutions nationales. Il s'ensuit que dès lors qu'aucune objection n'est susceptible d'être formulée sur le respect par l'ordre communautaire soit d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle, soit de principes intangibles de l'ordre constitutionnel, indisponibles d'ailleurs aux lois de révision constitutionnelle (Jean-Philippe DEROSIER évoque le concept d'un noyau constitutionnel identitaire qui, selon lui, permet de systématiser l'ensemble des normes constitutionnelles échappant à toute possibilité de suppression et qui peuvent freiner le processus d'intégration européenne, en interdisant la production d'une norme primaire de l'Union européenne ; voir de cet auteur, « Le noyau constitutionnel identitaire, frein à l'intégration européenne. Contribution à une étude normativiste et comparée des rapports entre le noyau constitutionnel identitaire et le droit de l'Union européenne », *VIII^e Congrès de l'AFDC*, Nancy, 16, 17 et 18 juin 2011, p. 2), soit à l'*ultra vires* d'un organe communautaire (l'excès de pouvoir communautaire), soit enfin à l'insuffisante protection communautaire des droits fondamentaux (Pour les limites réaffirmées de façon récurrentes par les cours constitutionnelles allemande, italienne et espagnole, voir Xavier MAGNON, « L'Union européenne vue du droit constitutionnel national. Principe et conséquences d'une lecture nationale par les cours constitutionnelles allemande, espagnole, française et italienne », *op. cit.*, p.18.) , la primauté communautaire aura vocation à déployer la plénitude de ses effets. Conséquemment, la priorité d'application reviendra dans l'articulation des rapports de systèmes à la norme communautaire.

résultat réside dans le fait que les juridictions ont la faculté de changer de normes de référence lorsqu'un conflit devient insurmontable.

Le constat n'est guère difficile à établir que le corpus normatif du droit communautaire de l'UEMOA ne renferme pas un contenu substantiel relatif à la question des droits fondamentaux et à celle de la démocratie. Sans doute le Traité de Dakar du 10 janvier 1994 énonce à son article 3 que « l'Union respecte dans son action les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 et la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 » mais la jurisprudence communautaire n'a pratiquement pas développé ces références aux droits fondamentaux par une œuvre jurisprudentielle substantielle qui aurait pu faire regarder l'ordre communautaire autrement qu'une organisation économique et marchande. On conviendra que le réflexe communautaire des acteurs publics et juridictionnels n'est pas pour l'instant favorable à ce redimensionnement de l'ordre juridique communautaire.

L'impression qui prédomine, selon le Professeur Alain ONDOUA, « alterne entre une piètre discipline communautaire des Etats et l'existence, certes réelle d'un droit national de l'exécution du droit communautaire mais encore largement souterrain »⁹⁶. Or, c'est sous la pression des exigences nationales telles que les expriment les autorités publiques et les juges que le droit communautaire dépourvu de moyens matériels et humains d'exécution dans les Etats membres enregistre les résistances et leur apporte des réponses. De sorte que s'établit ce que la doctrine a appelé un jeu de fertilisation croisée, de fécondation ou d'hybridation⁹⁷. Dans son arrêt n°005/2020 du 8 juillet 2020, le juge communautaire de l'UEMOA a certes rappelé les principes de primauté et d'effet direct devant garantir l'application uniforme et effective du droit communautaire. Mais dans cet arrêt, il ne parvient pas à s'affranchir du schéma classique d'affirmation d'une primauté absolue et sans concession. On n'y voit pas une motivation laissant penser qu'il raisonne dans le sens que son office s'exerce au sein d'un espace composé d'une pluralité d'ordres juridiques appelés, par des garanties mutuelles à converger.

Autant le juge communautaire de l'UEMOA n'a pas su mobiliser les outils conceptuels et méthodologiques⁹⁸ pour définir son prétoire comme un creuset où se rencontrent les principes constitutionnels essentiels des Etats membres et ceux du droit communautaire dans une logique

⁹⁶ Alain ONDOUA, « Existe-t-il un droit national de l'intégration communautaire en Afrique francophone ? », *Palabres actuelles (Revue de la Fondation Raponda Walker)*, *op. cit.*, pp.23 et ss.

⁹⁷ Jean-Paul JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies, L'instabilité des rapports de systèmes entre ordres juridiques », *RFDC*, 2007/1, n°69, pp.3 et ss.

⁹⁸ On songe ici aux méthodes et techniques d'interprétations dont pourrait se servir le juge dans l'élaboration d'une politique jurisprudentielle relative au traitement des conflits internormatifs.

intersystémique, autant le juge constitutionnel béninois n'a pas non plus dans ses deux décisions des 22 août 2019 et 19 novembre 2020 forgé le socle conceptuel attestant de son ouverture au droit de l'intégration même si la Constitution nationale devait demeurer la couverture de l'application prioritaire du droit communautaire.

La recherche de la règle de conflit à partir du principe de l'autodétermination de chaque ordre juridique offre l'occasion aux acteurs juridictionnels d'appliquer leurs propres règles juridiques quant à la régulation des rapports intersystèmes sans que cela puisse se comprendre comme un monopôle dans la définition des règles constitutives d'un espace d'intégration où doivent s'articuler des ordres juridiques autonomes. La recherche de la règle de conflit sera également susceptible d'être poursuivie à partir d'un mécanisme que prévoit le schéma d'intégration, celui du renvoi préjudiciel dont l'inactivation ne peut que rendre persistants les conflits internormatifs.

B. LE MECANISME DU RENVOI PREJUDICIEL

L'exposé du principe d'autodétermination des ordres juridiques a permis de montrer que d'un point de vue du droit substantiel, la logique pluraliste de traitement des rapports intersystémiques consiste pour le droit communautaire à assumer son existence sans priver d'existence le référentiel spécifique de chacun des Etats membres. Le mécanisme du renvoi préjudiciel emprunte quant à lui le volet procédural de ces rapports entre l'ordre constitutionnel et l'ordre communautaire en garantissant une interpénétration des droits interne et externe. L'examen de son principe (1) sera suivi de celui de sa mise en œuvre (2).

1. Le principe du renvoi préjudiciel

Le mécanisme du renvoi préjudiciel est une procédure incidente par laquelle toute juridiction saisie d'un litige se dessaisit d'une question de droit qui en commande l'issue, pour qu'une autre autorité la résolve⁹⁹. Nouveauté procédurale en droit communautaire¹⁰⁰ le renvoi préjudiciel n'est pas un recours formé contre un acte communautaire ou national mais une question posée par un juge national lorsque la résolution d'un litige qui lui est soumis est conditionnée par l'interprétation ou l'appréciation de validité d'une norme communautaire. C'est la conséquence de la sanction du droit communautaire dont le contrôle de la bonne

⁹⁹ Abdelkhaleq BERRAMDANE, Jean ROSSETTO, *Droit de l'Union européenne, Institutions et ordre juridique*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2013, n°468, p.409.

¹⁰⁰ Le système juridictionnel français imité par nombre d'Etats africains francophones connaît fort longtemps ce mécanisme qui permet au juge administratif de communiquer avec le juge judiciaire ou avec le ministre des affaires étrangères.

application doit être adapté à ses deux caractères d'être un droit à la fois autonome et intégré aux ordres juridiques internes.

En tant qu'il est un droit autonome, il revient au juge communautaire d'en contrôler le respect par les institutions communautaires et les Etats membres. Mais en vertu de son caractère de droit intégré aux ordres juridiques nationaux, ce sont les juges internes qui ont le pouvoir de trancher les litiges entre particuliers qui impliquent l'application du droit communautaire¹⁰¹. Dès lors que le droit communautaire, par nature exige une uniformité dans son application quand il s'agit notamment de l'interpréter ou d'en apprécier la validité¹⁰², le renvoi préjudiciel évite une multiplicité d'interprétations divergentes de la norme communautaire, et en garantit l'uniformité. Celle-ci à son tour impose une unicité de compétence pour interpréter ce droit et en apprécier la validité.

Ce dialogue formalisé des juges¹⁰³ que Pierre PESCATORE a pu décrire comme « un lien de communication organique »¹⁰⁴ a été textuellement consacré tant par l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que par l'article 12 du Protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA¹⁰⁵. Un tel mécanisme tient lieu de clé de voûte du système juridique d'intégration qui requiert unité d'interprétation, cohérence, plein effet,

¹⁰¹ Les juridictions nationales sont les premiers juges de la bonne application du droit communautaire et sont considérées comme les juges communautaires de droit commun. Elles ont compétences à côté des organes juridictionnels de la communauté pour connaître des litiges relatifs à la bonne application du droit communautaire ; voir Caroline NAÔME, *Le renvoi préjudiciel en droit européen, Guide pratique*, Larcier, 2007, p.274.

¹⁰² Caroline NAÔME, *Ibid.*, p.12.

¹⁰³ L'instauration d'un tel dialogue entre les juges internes et les juges communautaires contribuent à la réalisation des objectifs de la Communauté dont un marché unique dépourvu de frontières et barrières à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux. La réalisation de cet objectif ambitieux ne peut avoir lieu que si les différences de traitement dues à des réglementations différentes selon l'origine ou la destination du produit, de la personne ou des capitaux sont éradiquées ; voir Jacques PERTEK, *La pratique du renvoi préjudiciel en droit communautaire, Coopération entre la CJCE et juges nationaux*, Paris, Litec, 2001, p.21.

¹⁰⁴ Pierre PESCATORE, *Le Droit de l'intégration*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p.89.

¹⁰⁵ Aux termes de l'article 267 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des Traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organisme de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des Etats membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.

L'article 12 du protocole additionnel n°1 relatif aux organes de contrôle de l'UEMOA stipule « la Cour de justice statue à titre préjudiciel sur l'interprétation du Traité de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des actes pris par les organes de l'Union, sur la légalité et l'interprétation des statuts des organismes créés par un acte du Conseil, quand une juridiction nationale ou une autorité à fonction juridictionnelle est appelée à en connaître à l'occasion d'un litige. Les juridictions nationales statuant en dernier ressort sont tenues de saisir la Cour de justice. La saisine de la Cour de justice par les autres juridictions nationales ou les autorités à fonction juridictionnelle est facultative ».

autonomie. Instrument de collaboration, de coopération, de dialogue entre juge interne et juge communautaire, le renvoi préjudiciel, mode de communication institutionnalisé par les traités engage juges nationaux et communautaires dans un processus de questionnements réciproques conduisant à une finalité, celle de construire en commun une solution devant le juge national.

Au juge communautaire l'interprétation et/ou l'appréciation de validité du droit communautaire, au juge national l'application de la décision du juge communautaire au litige national et la résolution de celui-ci. La décision préjudicielle du juge communautaire s'insère dès lors dans celle du juge national. Non seulement le mécanisme met en contact des juridictions, et ouvre un espace de dialogue entre elles, mais encore, dans un contexte de pluralité de normes, de juges, voire de concurrences entre normes et juges, il se désigne comme un instrument approprié de gestion de la pluralité et de l'interdépendance des ordres juridiques en dehors de toute logique de hiérarchie.

Or c'est justement par cette déverticalisation des rapports de systèmes au profit de leur horizontalité que ce lien procédural incarné par le renvoi préjudiciel se révèle « un outil incitatif très performant qui a indéniablement vocation à asseoir la spécificité communautaire de l'ordre interne. A travers le dialogue qui s'engage avec la juridiction communautaire, les juges nationaux pourront éprouver en quelque sorte la cohérence et la pertinence du système juridique national »¹⁰⁶. Pourtant en dépit des vertus d'instrument de dialogue, de coopération, attribuées à ce mécanisme de renvoi par la doctrine majoritaire¹⁰⁷, une lecture encore prisonnière du paradigme kelsenien de la logique hiérarchique n'en reste pas moins dubitative. Selon elle, « à la fiction de la coopération des juges, on oppose ce qui serait en réalité de la soumission du juge national. A la fiction du dialogue, on oppose ce qui serait en fait le monologue et le dernier mot de la Cour de justice. En un mot, les termes mêmes de coopération et de dialogue seraient galvaudés »¹⁰⁸. Au-delà de la question de savoir ce qu'il faudrait entendre par « dernier mot » fait remarquer le professeur Hélène GAUDIN, ces divergences d'analyses ne sont que le reflet d'une divergence de perspectives. L'analyse critique se base selon elle, sur un raisonnement en

¹⁰⁶ Edouard DUBOUT, Bélig NABLI, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA*, 2010, pp. 1021 et ss.

¹⁰⁷ Caroline NAÔME, *op. cit.*, pp.12 et ss. ; Norbert GROSS, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice des Communautés européennes, contraintes, hésitations et refus », In *Mélanges en l'honneur de Jean CHARPENTIER, la France, l'Europe et le Monde*, Paris, Pedone, 2009, pp. 333 et ss. ; Joël RIDEAU, « Ordre juridique de l'Union européenne », Fasc. 189, 35, *Jurisclasseur Europe Traité* ; Claude BLUMANN, Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Lexis Nexis, 5^e éd., 2013, n°975, pp. 724 et ss. ; *Le dialogue des juges*, Actes du colloque du 28 avril 2006, Université Libre de Bruxelles, Bruylant, 2006, Cahiers de l'Institut d'Études de la Justice, 2007, n°9.

¹⁰⁸ Hélène GAUDIN, « Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de l'Union européenne, Clé d'un ordre juridique en réseau ? En ligne, 2019, n°49151 (www.revuegeneraledudroit.eu/?) Consulté le 14 octobre 2021.

termes de hiérarchie : hiérarchie des normes, hiérarchie entre juridictions sur le thème de la soumission des droits et juges nationaux au droit et juge communautaires. L'analyse positive se base à l'inverse sur un raisonnement en termes de réseau avec l'inexistence d'une hiérarchie normative et juridictionnelle¹⁰⁹.

Le choix de ce lien procédural par les rédacteurs des traités communautaires s'inscrit dans une lecture positive des rapports de systèmes dont l'articulation demeure non seulement inséparable d'une finalité d'uniformisation du droit communautaire mais encore de celle d'un refus d'instauration d'une hiérarchie entre le juge communautaire et le juge national. C'est cette philosophie intégratrice du renvoi préjudiciel qu'il y a lieu à présent d'éprouver dans sa mise en œuvre.

2. La mise en œuvre du renvoi préjudiciel

Compromis ingénieux entre la souveraineté judiciaire des Etats membres et les nécessités d'application uniforme du droit communautaire¹¹⁰, le renvoi préjudiciel n'a pas connu, au départ, dans l'espace d'intégration européenne un engouement spontané de la part des ordres constitutionnels nationaux¹¹¹. Ces réticences suscitées par des raisons symboliques ou politiques étaient la résultante d'une perception de ce lien procédural en termes de soumission ou de perte de pouvoir. La crainte d'une perte de maîtrise des mécanismes du contrôle de constitutionnalité a pu justifier la méfiance nourrie à l'égard du renvoi préjudiciel qui n'est entré véritablement dans sa phase d'expansion qu'à la fin des années 1990¹¹². L'évidence s'est pourtant imposée. L'outil procédural qu'est le renvoi préjudiciel est désormais perçu comme soulevant une question de compétence et non une question de hiérarchisation de juridictions.

Selon le professeur Xavier MAGNON, « l'autorité de renvoi demeure maîtresse de ce à quoi elle devra se soumettre grâce à la liberté de choix dont elle dispose de renvoyer ou de ne pas renvoyer »¹¹³. Evalué à l'aune du schéma d'intégration de l'UEMOA, le renvoi préjudiciel

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Pierre PESCATORE, *Etude de droit communautaire européen*, 1962-2007, Bruxelles, Bruylant, 2008, p.355.

¹¹¹ Le démarrage du renvoi préjudiciel en 1961 a été lent, timide et géographiquement limité. Cependant la pratique du renvoi va progressivement s'accélérer au point qu'aujourd'hui, c'est la voie de droit la plus usitée. Le renvoi préjudiciel représente à lui seul, désormais plus de la moitié du courant d'affaires devant la Cour ; voir Abdelkhaleq BERRADANE, Jean ROSSETTO, *op. cit.*, n°470, p.410. On note qu'au cours de l'année 2016, la Cour de justice a été saisie de 692 affaires dont 470 étaient des questions préjudicielles en interprétation et en appréciation de validité, soit plus de 67% des affaires. C'est 34 renvois préjudiciels soit 7% de plus que lors de l'année 2015 où la Cour de justice a été saisie de 436 questions préjudicielles ; Voir rapport annuel de l'activité judiciaire de la CJUE, p.13 ; site internet : <https://curia.europa.eu> consulté le 8 novembre 2021.

¹¹² Voir Abdelkhaleq BERRADANE, Jean ROSSETTO, *Ibid.*

¹¹³ Xavier MAGNON, « La révolution continue : le Conseil constitutionnel est une juridiction ... », *RFDC*, 2013/4, n°96 ; La France, longtemps réticente à recourir au mécanisme du renvoi préjudiciel, pour bénéficier de l'éclairage

destiné à éclairer les juridictions nationales sur le sens, la validité et la portée du droit communautaire afin de leur faciliter le règlement des litiges semble souffrir d'hémiplégie. Le professeur Alioune SALL souligne la rareté des saisines et le fait que les juridictions nationales ne soient pas elles-mêmes nécessairement rompues à cette technique¹¹⁴. La même observation est partagée par Abdoulaye SOW qui souligne qu' « outre l'indigence du contentieux communautaire ouest africain, nous constatons aussi une faible utilisation des voies de droit dans les techniques relationnelles entre les juridictions nationales et communautaires. Certes la jeunesse du phénomène de juridictionnalisation des organisations d'intégration explique assez la rareté du contentieux mais elle ne peut justifier la méconnaissance de certaines procédures comme la technique du renvoi préjudiciel en interprétation »¹¹⁵.

du juge communautaire en prétextant d'arguments tirés du délai d'un mois qui est le sien pour statuer sur les lois dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori* a fini par y recourir dans sa décision CC, n°2013-314 P QPC du 4 avril 2013, M. Jeremy F. Le refus du renvoi préjudiciel choisi par le Conseil constitutionnel au motif que le silence de la Constitution sur le sujet devait être interprété comme une incapacité juridique a été désapprouvé en doctrine (Telle est la thèse soutenue dans sa décision du 19 novembre 2004. Sur cette désapprobation, voir Florence CHALTIEL, « Nouvelle précision sur les rapports entre le droit constitutionnel et le droit communautaire. La décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2006 sur la loi relative aux droits d'auteur », *RFDC*, 2006/4, n°68, p.845 ; *adde.*, Jean ROSSETTO, « La primauté du droit communautaire selon les juridictions françaises, A propos des relations entre le droit communautaire et le droit constitutionnel national », in *Regards sur le droit de l'Union européenne après l'échec du Traité constitutionnel*, disponible sur <http://books.openedition.org/puf/2266> consulté le 5 juin 2020). En effet, on peut constater que rien n'interdit au Conseil constitutionnel de saisir la Cour de justice de l'Union européenne en l'absence de pression (Le titre XV de la Constitution française, entièrement dédié à la participation française à l'Union pose une obligation de respect de ses engagements. Dès lors, en cas de doute sur l'interprétation du droit communautaire, le dialogue institutionnalisé entre le juge constitutionnel suprême et le juge communautaire suprême pourrait s'avérer fructueux. L'argument du temps imparti pourrait être réglé soit par une procédure d'urgence devant la Cour de justice de l'Union européenne, soit par une suspension de la durée de l'instance devant la juridiction constitutionnelle pendant que la Cour de justice de l'Union statue (Florence CHALTIEL, *Ibid.*). Ce clin d'œil adressé par la doctrine à la juridiction constitutionnelle française n'est pas passé inaperçu. Dans le premier renvoi préjudiciel qu'elle a décidé d'opérer dans sa décision de 2013, elle a choisi de neutraliser le motif tenant au délai par contournement des textes. Elle décide de surseoir à statuer. De cette manière, elle évite un heurt frontal avec les textes. Le délai qu'elle s'accorde ne s'apprécie pas comme une violation flagrante des textes. Elle suspend tout simplement les délais qui lui sont constitutionnellement imposés pendant la durée du jugement de la question préjudicielle renvoyée à la Cour de justice. On ne réprovera pas cette astuce ou stratégie inhérente à la fonction de juger qui met en accord la juridiction constitutionnelle avec les stipulations du traité d'intégration (Voir sur ces points, Xavier MAGNON, « La révolution continue, ... », *Op. cit.*, p. 930).

¹¹⁴ Alioune SALL, *La justice de l'intégration, Réflexions sur les institutions judiciaires de la CEDEAO et de l'UEMOA*, Dakar, CREDILA, 2011, p.84.

¹¹⁵ Abdoulaye SOW, « La diffusion du droit communautaire ouest-africain », *Civitas Europa*, 2016/2, n°37, pp.351 et ss. ; A l'unisson, les auteurs soulignent que dans l'ensemble des ordres juridiques communautaires africains, seules la Cour de justice de l'UEMOA et de la Communauté Economique et Monétaire de l'Afrique Centrale (CEMAC) ont été saisies d'un renvoi préjudiciel. Ainsi dans les deux affaires préjudicielles respectivement portées devant la Cour de justice de l'UEMOA et devant la Cour de la CEMAC, le juge sénégalais et le juge centrafricain ont montré des limites quant à la façon de solliciter du juge communautaire une interprétation des normes communautaires (Dans l'arrêt *Compagnie Air France c/ Syndicats des agents de voyage du tourisme du Sénégal*, le Conseil d'Etat du Sénégal a saisi la Cour de justice de l'UEMOA afin que celle-ci désigne la juridiction compétente pour statuer sur le recours introduit le 17 janvier 2003 et tendant à faire casser et annuler la décision n°2/D-02 de la Commission nationale de la Concurrence du Sénégal en date du 27 décembre 2002. Dans sa décision, la Cour d'appel centrafricaine a sollicité un avis et non un arrêt. En demandant un avis, la Cour centrafricaine montre qu'elle ignore l'objet même du mécanisme préjudiciel qui est celui de rendre un arrêt et non un avis; Voir Abdoulaye SOW, *Ibid.* ; Dramane SANOU, *La juridictionnalisation des organisations régionales*

C'est faute d'avoir pensé leurs relations autrement que sur un mode de clôture, de clivage, de protection, de séparation, d'opposition ou de conflit au lieu de l'envisager sur un schéma d'ouverture, d'interpénétration, d'emprunt, de comparaison et d'articulation que la Cour constitutionnelle béninoise dans ses décisions des 22 avril 2019 et 19 novembre 2020 et la Cour de justice de l'UEMOA dans son arrêt du 8 juillet 2020 ont redéfini les hiérarchies parallèles des ordres constitutionnel et communautaire comme foncièrement irréconciliables. Paradoxalement ce lien procédural qui a vocation à rapprocher les juges constitutionnel et communautaire dans un processus de co-construction d'une décision au fond devant le juge interne, n'assume plus sa vertu d'éviction des positions divergentes en évacuant les points bloquants et conflictuels. Il a pourrait-on dire davantage cristallisé le conflit entre les acteurs juridictionnels.

Si fatalement le mécanisme du renvoi préjudiciel censé garantir cohésion et unité de l'ordre communautaire semble révéler des limites dans les rapports intersystémiques, c'est que ceux-ci n'ont pas été ordonnés dans une perspective du pluralisme juridique. Il s'agit de passer d'une perspective autocentrée à une perspective d'ouverture et d'« internalisation » de l'autre, c'est-à-dire de prise en compte positive de la perspective et de l'identité de l'autre¹¹⁶. En dépit de ses vacillements périodiques, le phénomène de l'intégration européenne montre comment les acteurs juridictionnels tout en marquant leurs prérogatives et leurs exigences y compris par la prétention d'un pouvoir de contrôle sur l'autre font preuve de la souplesse nécessaire pour surmonter les collisions de prime abord insurmontables. Les juridictions françaises, pour ne retenir que celles-là offrent de belles illustrations d'articulation des ordres normatifs pour surmonter certains conflits irrémédiables en recourant à des techniques telles que celle de la « translation normative » pour le Conseil d'Etat ou au concept de « règle ou principe inhérent à l'identité constitutionnelle » pour le Conseil constitutionnel¹¹⁷.

d'intégration économique en Afrique, Thèse de doctorat, Université Paris I, 2012, p. 572. Le mécanisme du renvoi préjudiciel ne fait pas davantage l'objet d'une exploitation fructueuse au sein de la CEDEAO ; Voir Koffi AHADZI-NONOU, « Remarques sur la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté Economique des Etats de l'Afrique de l'Ouest », in *Entre les ordres juridiques, Mélanges en l'honneur du Doyen François HERVOUET*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 23 et ss. ; Nadjombe Gmagnido GBEOU-KPAYILE, « Réflexions sur les angles morts de la justice de l'intégration dans l'espace CEDEAO : le cas de la CEDEAO », *Annales de l'Université de Parakou*, Série Droit et Science Politique, Vol. 4, n°2, 2021, pp. 234 et ss.). L'amélioration qualitative de la rédaction du recours préjudiciel n°RP20 RP005 du 24 avril 2020 introduit par la Cour de cassation du Burkina Faso à la Cour de justice de l'UEMOA ne permet pas de conclure à l'existence d'un champ d'application conséquent de ce mécanisme. Par suite, ce ferment de développement, de stabilisation, et de création du droit communautaire tarde à déployer toutes ses virtualités.

¹¹⁶ Nicolas LERON, *op. cit.*, p.245.

¹¹⁷ Sur la mise en œuvre de ces techniques, voir pour le Conseil d'Etat l'arrêt *Arcelor* du 8 février 2007 et pour le Conseil constitutionnel, la décision DC du 12 juin 2018, *Loi relative à la protection des données personnelles* avec les chroniques de Chloé CHARPY, « Le statut constitutionnel du droit communautaire dans la jurisprudence

Dans la mise en œuvre de ces outils méthodologiques d'élaboration d'une politique jurisprudentielle, on retiendra le rôle irremplaçable que pourrait jouer le mécanisme du renvoi préjudiciel dans le rapprochement intersystémique y compris lorsque doivent être concrétisées les notions de "protection équivalente et de translation du conflit normatif"¹¹⁸. Les rapports entre le système constitutionnel et le droit communautaire se trouvent ainsi appréhendés dans un autre champ qui, articulé en dehors de la logique de la hiérarchie des normes garantissent à la fois la conformité à l'orthodoxie communautaire et le respect de l'ordre constitutionnel.

Conclusion

L'ouverture internationale des constitutions nationales, et l'acceptation corrélative du pluralisme des ordres juridiques recommandent aux acteurs juridiques captifs de leur ordre juridique, un renoncement à une politique jurisprudentielle de "narrations parallèles".

Même si la récurrence épisodique des résistances nationales¹¹⁹ atteste de la contingence des solutions et de la relative stabilité des rapports de systèmes dans le schéma européen, en revanche dans le contexte africain, l'opposition juridictionnelle entre le juge constitutionnel béninois et le juge communautaire de l'UEMOA illustre le chemin restant à parcourir dans la mobilisation des outils conceptuels et méthodologiques d'articulation moins heurtée des rapports intersystémiques. A l'élaboration d'une politique jurisprudentielle ouverte aux présupposés du pluralisme juridique, les acteurs juridiques doivent bien s'y résoudre, car à bien suivre le professeur Baptiste BONNET, « la norme constitutionnelle ne peut être lue

récente du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, contribution à l'étude des rapports de systèmes constitutionnel et communautaire », *RFDC*, 2009/3, n°79, pp.641 et ss. ; Du même auteur, « le Conseil d'Etat au cœur des rapports de systèmes constitutionnel et européen », *op. cit.*, p.4 ; Pascale DEUMIER, « Constitution et droit communautaire dérivé : la voie du Conseil d'Etat dans le dialogue de juge (à propos de l'arrêt *Arcelor* du Conseil d'Etat du 8 février 2007) », *D.*, 2007, pp.27 et ss.

¹¹⁸ François-Xavier MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA*, 2012, pp. 307 et ss. ; Vanessa LOBIER, « La protection équivalente des droits fondamentaux en Europe », (<http://www.revuedlf.com/>) consulté le 4 novembre 2021.

¹¹⁹ Par un arrêt du 21 avril 2021 (CE, Ass. n°393099), le Conseil d'Etat français a remis la polémique au goût du jour en jugeant que « dans le cas où l'application d'une directive ou d'un règlement européen, tel qu'interprété par la Cour de justice de l'Union européenne, aurait pour effet de priver de garanties effectives l'une de ces exigences constitutionnelles, qui ne bénéficierait pas, en droit de l'Union, d'une protection équivalente », le juge administratif devrait l'écarter « dans la stricte mesure où le respect de la Constitution l'exige ». En Allemagne, la Cour constitutionnelle allemande a rendu le 5 mai 2020 un arrêt dans lequel elle critique le manque de contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne sur l'action de la Banque Centrale Européenne, laquelle selon la Cour de Karlsruhe a outrepassé son mandat en adoptant en 2015 un programme d'achats de titres publics sur les marchés, s'arrogeant ainsi le droit de juger des décisions prises par les institutions européennes concernées. De manière autrement plus retentissante, cette mouvance réfractaire a trouvé son apogée dans une décision rendue par le Tribunal constitutionnel polonais le jeudi 7 octobre 2021 dans laquelle il décide que certaines stipulations des traités européens seraient incompatibles avec la Constitution du pays et saperaient la souveraineté nationale ; voir Ophelie OMNES, « La primauté du droit de l'Union européenne, un principe cardinal dans la tourmente », en ligne : <https://institutdelors.eu> , consulté le 9 novembre 2021.

désormais et interprétée que dans une logique systémique, c'est-à-dire avec en présence à l'esprit l'intégration communautaire de l'Etat et à l'inverse, la norme communautaire ne peut être appliquée en ignorant les identités constitutionnelles des Etats membres même si ces identités ne peuvent en principe constituer un obstacle à son application »¹²⁰ .

Dans le contexte africain, un regard porté sur les rapports entre l'ordre constitutionnel et l'ordre communautaire, pour ne s'en tenir qu'aux exemples fournis par la Cour constitutionnelle du Bénin et la Cour de Justice de l'UEMOA, révèle que les acteurs juridiques, privés dans les cas difficiles, de règle de conflit, n'inscrivent pas l'exercice de leur office dans une logique de coresponsabilité dans le fonctionnement du système internormatif. Le droit de l'intégration étant avant tout, le droit des Etats, étant entendu qu'il émerge des traités, il ne serait pas inutile de réenvisager la norme constitutionnelle en elle-même dans une logique d'interactions normatives c'est-à-dire dans l'idée d'une intégration sans conflit normatif. Les Etats conservent encore les leviers du processus d'intégration qui ne confine pas encore à une structure fédérale. Ils restent les maîtres des traités et, détenant la compétence de la compétence dans l'ordre interne, ils sauront rendre leurs constitutions nationales en état de s'adapter aux changements structurels de la société, notamment au processus d'intégration généré par le schéma communautaire.

En définitive, le défi contemporain auquel sont confrontés acteurs juridiques et gouvernants, réside dans les efforts à entreprendre en vue de parvenir à une articulation harmonieuse des ordres juridiques. Le droit comparé, vecteur de circulation des solutions juridiques et jurisprudentielles y contribuera s'il est considéré comme une ressource opportunément exploitable. Une démarche méthodologique empreinte de la notion de dialogue des juges, et guidée par la conviction de l'inéluctabilité d'une fertilisation croisée des systèmes juridiques, tiendra lieu de viatique dans une quête de renforcement d'une culture juridique et juridictionnelle d'ouverture. Bien évidemment celle-là qui n'impliquera ni reniement de soi ni exclusion de l'autre.

¹²⁰ Baptiste BONNET, « Les rapports entre droit constitutionnel et droit de l'Union européenne, de l'art de l'accommodement raisonnable », *op. cit.* , p.12.