

RCC

REVUE

CONSTITUTION ET CONSOLIDATION

DE L'ÉTAT DE DROIT DE LA DÉMOCRATIE ET
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN
AFRIQUE

NUMÉRO SPÉCIAL

ÉDITORIAL

ACTES DU COLLOQUE

« LA COUR CONSTITUTIONNELLE BÉNINOISE, ENTRE RUPTURE ET CONTINUITÉ »

Rapport Général

Oumarou NAREY

Professeur Titulaire de Droit Public (Page 7)

Justice constitutionnelle et évolution jurisprudentielle

Mathieu DISANT, Agrégé des Facultés de droit

Professeur à l'Université Lyon Saint-Etienne (France)

Directeur du CERCRID - UMR CNRS

Expert international (Page 31)

L'évolution de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin en matière de grève à la lumière du droit comparé

Épiphané SOHOUÉNOU, Agrégé des Facultés de droit

Université d'Abomey-Calavi (Page 51)

Juridictions constitutionnelles et normes de référence

Dandi GNAMOU, Professeure Titulaire

Agrégée des facultés de droit, Juge à la Cour suprême du Bénin (Page 75)

L'impératif constitutionnel

Adama KPODAR, Professeur Titulaire de Droit Public

Agrégé de Droit Public et de Science Politique Université de Kara (TOGO) (Page 101)

Évolution des normes de référence constitutionnelles dans la pratique du Conseil constitutionnel algérien

Modérateur Ada Mohamed DJELLOUL

Membre du Conseil constitutionnel d'Algérie (Page 127)

Réflexions sur les changements de cap procédural : vers une Cour plus performante ?

Ibrahim David SALAMI, Professeur titulaire

Agrégé en droit public, Avocat au Barreau du Bénin (Page 131)



République du Bénin

Cour Constitutionnelle

REVUE
RCC **CONSTITUTION** ET
CONSOLIDATION
ET L'ÉTAT DE DROIT, DE LA DÉMOCRATIE ET
DES LIBERTÉS FONDAMENTALES EN AFRIQUE



DOCTRINE
CHRONIQUES
JURISPRUDENCE CONSTITUTIONNELLE
ACTUALITÉ DES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES

2019 N° 001 / Semestriel

Copyright : Cour Constitutionnelle du Bénin

Mise en page et impression

BEDI CONSUTING

00229 96 47 40 21

Cotonou - Bénin

ISSN : 1840-9687

Dépot légal : n° 11573 du 30 août 2019

3^{ème} trimestre Bibliothèque Nationale

Distribution : +00229 21 31 14 59

Droits de reproduction, de traduction, d'adaptation réservés pour tout pays.
(Loi n° 2005-30 relative à la protection du droit d'auteur et des droits voisins
en République du Bénin)

Justice constitutionnelle et évolution jurisprudentielle

Mathieu DISANT

*Agrégé des Facultés de droit,
Professeur à l'Université Lyon Saint-
Etienne (France),
Directeur du CERCRID - UMR CNRS,
Expert international*

Dresser un rapport inaugural est une mission périlleuse, particulièrement au regard du sujet qui retient notre attention – l'évolution jurisprudentielle, et la façon dont celle-ci se situe « entre rupture et continuité ». C'est sans doute l'une des questions les plus difficiles auxquelles l'étude de la justice constitutionnelle se trouve confrontée, tant sur le plan théorique que dans ses aspects pratiques.

De quoi parlons-nous exactement ?

Ce que nous appelons « évolution jurisprudentielle » se caractérise par l'adoption d'une solution nouvelle différente d'une solution antérieure. Dans sa version la plus courante, il s'agit d'une évolution du degré de contrôle d'un droit ou liberté.

Dans sa version la plus forte, et la plus critique, la nouvelle solution est *incompatible* avec l'ancienne : on parle alors de revirement. Il n'en existe pas une conceptualisation unanime. Si l'on admet que toute évolution dépasse la simple explication ou clarification, les analyses divergent sur les manifestations précises de l'infléchissement, du « virement » ou « revirement » et leurs critères de reconnaissance. Un exemple est frappant en contentieux constitutionnel français : la fameuse décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, cet épisode fondateur de la figure contemporaine du juge constitutionnel français, a pu être présentée tantôt comme une novation constitutionnelle – une « révolution » sous la plume de J. Rivero, et *a posteriori* un « coup d'Etat » (A. Werner) ou un « coup d'Etat de droit » (O. Cayla), tantôt comme un « revirement » (L. Hamon). Le débat est interminable.

Il me semble d'ailleurs que le terme « revirement » est souvent trompeur en justice constitutionnelle. Il suppose que le rythme jurisprudentiel normal serait un *continuum*, ce qui est peu conforme à la réalité où chaque décision d'une Cour constitutionnelle est susceptible d'avoir une portée précédentielle immédiate. L'idée générale selon laquelle la jurisprudence est faite d'inflexions, de tâtonnements et maturation, de changements pas à pas de trajectoires, n'est pas parfaitement transposable à la justice constitutionnelle.

Quel qu'en soit le degré, l'évolution jurisprudentielle est dans tous les cas une modification du sens qu'il convient de donner à la Constitution, le plus souvent un changement d'interprétation lorsque cette évolution n'est pas le résultat direct d'une modification du texte constitutionnel.

L'idée même d'évolution jurisprudentielle suppose donc de créditer le juge constitutionnel du pouvoir d'interpréter la Constitution, plus exactement d'établir le rapport de constitutionnalité avec les lois contrôlées. Peu importe ici que l'on considère l'action d'interpréter comme un acte de connaissance ou un acte de volonté – elle est en fait les deux –, ce qui compte est la légitimité de cette interprétation, la mission du juge constitutionnel dans l'ordre de l'interprétation de la Constitution, son autorité authentique dans le système juridique et le cas échéant les dispositifs qui permettent d'imposer cette autorité.

À vrai dire, la façon de percevoir l'évolution jurisprudentielle est enracinée dans une conception plus profonde du rapport au temps. Les rapports entre le droit (jurisprudentiel) et le temps ont toujours intrigué les juristes, que ce soit sur la connaissance des phénomènes que le droit prétend saisir ou, en ce qui nous concerne, pour déterminer comment le temps se mesure dans la conscience du juge dans un système sans cesse recommencé. La question est d'autant plus forte pour le juge constitutionnel que son intervention est, par hypothèse, susceptible de se formuler à travers une confrontation de deux temps : le temps (de plus en plus) court de la loi face au temps (de moins en moins) long de la Constitution.

De ce point de vue, toute la jurisprudence d'une cour constitutionnelle propose une certaine lecture du temps – ne serait-ce qu'en miroir de celle proposée par le législateur – dans laquelle s'inscrit le récit du progrès de la jurisprudence, connectée à la société, et à laquelle elle contribue à donner un rythme. Si le juge constitutionnel n'est pas un juge du temps, il est un juge

dans son temps. Au moins par nécessité car le droit (législatif) est saturé de temporalités.

En pratique, on observe que l'évolution jurisprudentielle est toujours stimulée. Soit par l'influence de la jurisprudence des juridictions internationales ou de celle des autres cours constitutionnelles, soit pour tenir compte des critiques de la Doctrine ou de l'évolution du contexte général de la société et de la vie publique. Elle peut prendre des formes variées. Si elle revêt parfois l'apparence discrète d'une modulation d'un considérant de principe, un véritable revirement (rare en matière de droits et libertés) est, en général, visible et pleinement assumé. Il peut être brutal et immédiatement appliqué, mais il peut aussi être annoncé dans un premier temps et mis en œuvre uniquement à l'occasion d'une décision ultérieure.

Il ne faut pas négliger l'insécurité générée par l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle et les difficultés corrélatives que connaissent les acteurs pour mettre en œuvre l'action publique pleinement en conformité avec elle. Il faut, en revanche, relativiser le prétendu effet dévastateur du revirement au regard de la portée de la jurisprudence de la Cour : la cohérence du revirement et la force de celui-ci définissent les conditions dans lesquelles le statut du revirement contribue à préserver l'autorité de la jurisprudence. L'autorité absolue de la chose interprétée par la Cour constitutionnelle, incorporée à la Constitution, n'en est pas amoindrie ; il pèse simplement sur cette autorité une « hypothèque de relativité » (Jean Boulouis) qui réside dans la faculté, à tout moment, de remettre en cause l'interprétation formulée.

Ces quelques observations faites, il m'est possible de m'attacher aux deux principaux sujets de préoccupation que les organisateurs du colloque ont eu l'amabilité de nous soumettre. Dans un premier temps, en examinant le statut de l'évolution jurisprudentielle issue du changement de circonstances. Dans un second temps, en recensant quelques bonnes pratiques dont les cours font usage lorsqu'elles font évoluer leur jurisprudence.

I. L'évolution jurisprudentielle issue du changement de circonstances

Parce que le rapport de conformité à la Constitution est évolutif, la notion de changement des circonstances prend une importance croissante au contentieux. Le juge constitutionnel est directement convoqué à prendre en compte le *changement*.

Car, en effet, le temps fait qu'une loi peut devenir inconstitutionnelle ou qu'une disposition un temps inconstitutionnelle ne le soit plus¹.

L'autorité de chose interprétée et de chose jugée par le juge constitutionnel n'est donc pas immuable. Un changement de circonstances permet de confronter la disposition législative contestée aux dispositions ultérieures et/ou de les analyser à la lumière du contexte nouveau.

Le cas du Conseil constitutionnel français est particulièrement intéressant sur ce point. Le changement des circonstances a été

¹ Cons. const., n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016, voir nos observations *in Constitutions*, Dalloz, 2016, n° 2 ; voir déjà implicitement n° 2014-396 QPC, 23 mai 2014.

reconnu, dans la contrôle *a priori*, comme une cause justificative de réexamen – au besoin d’office – de dispositions législatives ou celles d’un règlement d’une assemblée. Il peut conduire à l’évolution de la jurisprudence constitutionnelle. Un exemple notable a conduit le Conseil constitutionnel à s’appuyer sur un changement de circonstances, tant en droit qu’en fait, pour revenir sur la règle, validée en 1986, imposant un seuil de deux députés minimum par département².

Surtout, la mécanique a trouvé une consécration dans le contrôle *a posteriori* – la *question prioritaire de constitutionnalité*. La notion de changement des circonstances connaît désormais un régime juridique sensiblement plus élaboré, elle est devenue un critère exceptionnel de recevabilité du réexamen des dispositions législatives³. Rappelons la règle : pour pouvoir être transmise au Conseil constitutionnel et examinée par lui, une QPC doit porter sur une disposition qui n’a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d’une décision du Conseil, sauf changement des circonstances depuis la précédente décision.

En ce sens, la notion de changement recouvre deux réalités dans la jurisprudence constitutionnelle. Soit une *évolution* des règles constitutionnelles elles-mêmes, soit une *mutation* du contexte de droit ou de fait en fonction duquel la loi a été élaborée et qui affecte la portée de la disposition législative critiquée. Trois types

² Cons. const., n° 2008-573 DC, 8 janvier 2009, cons. 23 ; n° 2008-573 DC, 8 janvier 2009 ; n° 2009-590 DC, 22 octobre 2009. Rapp. n° 2000-429 DC, 30 mai 2000, Loi tendant à favoriser l’égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, cons. 6.

³ Article 23-2, 2°, de l’ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel.

de changements, avec la part d'artifice que leur différenciation comporte, se dégagent de la jurisprudence constitutionnelle.

1.1. En premier lieu, le **changement constitutionnel**

C'est le cas le plus évident. Le changement peut être caractérisé par l'introduction ou la modification de dispositions de la Constitution, l'apparition formelle d'un nouveau droit ou liberté de rang constitutionnel. En France, il en a été ainsi, par exemple, de l'adossement à la Constitution de la Charte de l'environnement en 2005, de la modification de l'article 4 de la Constitution insérant la garantie du pluralisme et le rôle des partis politiques⁴, ou des nouvelles modalités de remplacement d'un parlementaire appelé au gouvernement prévues par l'article 25 de la Constitution⁵.

Faut-il rapprocher l'évolution des normes de constitutionnalité applicables de l'hypothèse d'une évolution de la jurisprudence de la Cour quant à l'interprétation des normes et principes constitutionnels ? Sans doute. Il a été admis que la reconnaissance par le Conseil constitutionnel français d'un principe constitutionnel postérieurement à une déclaration de conformité de la disposition législative contestée constitue un changement de circonstances⁶. À charge pour le Conseil constitutionnel de déterminer authentiquement si la reconnaissance dudit principe constitue un changement de circonstances « *de nature à imposer un réexamen du grief* »⁷.

⁴ Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012.

⁵ Cons. const., n° 2014-4909 SEN, 23 janvier 2015.

⁶ CE, 17 décembre 2010, *M. et Mme A.*, n° 331113, s'agissant du principe d'individualisation des peines.

⁷ Cons. const., n° 2010-104 QPC, 17 mars 2011 (nous soulignons).

L'enjeu de la discussion n'est pas mince. Faut-il distinguer entre, d'une part, l'*édiction* d'une nouvelle norme de constitutionnalité, seule de nature à caractériser le changement et, d'autre part, une « simple » *explication* d'une norme déjà préexistante ? La nuance entre la création et le développement ou l'explicitation de l'existant n'est jamais claire. Elle dépend d'une certaine conception théorique du rôle de l'interprète. Elle dépend aussi de considérations empiriques – sur lesquelles je reviendrai – car, à mon sens, il est plus opératoire d'assumer, comme tel, que la jurisprudence est source de changement.

1.2. En deuxième lieu, le **changement législatif**.

Dans l'hypothèse ici visée, le changement des circonstances ne concerne pas la référence constitutionnelle, mais la matière législative contrôlée. Il peut s'agir d'une modification des dispositions législatives contestées⁸, d'une évolution générale des règles applicables⁹, voire d'un nouvel équilibre interne du dispositif. Par exemple, pour justifier du réexamen d'une disposition du code de la sécurité sociale, le Conseil constitutionnel français a relevé que la définition du revenu fiscal de référence auquel renvoi l'article contesté avait fait l'objet de nombreuses modifications, en particulier en élargissant l'assiette de la cotisation¹⁰.

⁸ CE, 9 juillet 2010, *Mathieu*, n° 339081.

⁹ CE, 28 janvier 2011, n° 338199 (à propos de l'évolution des règles relative au financement des activités électorales).

¹⁰ Cons. const., n° 2015-460 QPC, 26 mars 2015.

Encore faut-il que la modification touchant les dispositions antérieurement jugées conformes à la Constitution n'ait une portée ni trop limitée, ni trop forte.

Trop limitée, cela signifie que les modifications intervenues peuvent ne pas affecter matériellement le principe ni l'objet de la norme en cause¹¹. Il en résulte que la déclaration de conformité ne se trouve pas remise en question. Le changement ne peut découler de modifications du cadre législatif que si celles-ci sont déterminantes pour la disposition législative contestée, c'est-à-dire avec une incidence directe¹².

À l'inverse, lorsque l'ampleur des modifications apportées aux dispositions antérieurement examinées est trop forte, le Conseil constitutionnel est conduit tout bonnement à considérer que la QPC porte sur des dispositions législatives différentes de celles qui ont fait l'objet de la déclaration de conformité, sans se placer sur le terrain du changement de circonstances¹³. En présence d'un tel basculement, la circonstance que les modifications législatives puissent apporter ou non des garanties supplémentaires au dispositif critiqué est sans influence¹⁴. Il n'est plus affaire d'évolution.

J'ajoute que le changement peut aussi résulter de circonstances de fait. Bien entendu, les pratiques des juridictions constitutionnelles diffèrent à ce sujet, selon qu'elles exercent ou non un contrôle

¹¹ Cons. const., n° 2010-44 QPC, 29 septembre 2010.

¹² Cons. const., n° 2012-233 QPC, 21 février 2012.

¹³ Cons. const., n° 2013-359 QPC, 13 décembre 2013 ; déjà, n° 2013-312 QPC, 22 mai 2013.

¹⁴ Voir Cons. const., n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013.

concret de constitutionnalité de la loi. Ceci étant, même en présence d'un contrôle abstrait et objectif, dans lequel les circonstances individuelles ou propres à l'instance principale ne sont pas prises en considération, le juge constitutionnel tient compte d'une évolution du contexte socio-économique susceptible de mettre fin à la validité de la loi. Ce n'est ni plus ni moins qu'une transposition, à l'acte législatif, de la théorie générale de l'imprévision. L'avantage est de renforcer potentiellement les contrôles de l'adéquation et de la dénaturation opérés par la juridiction constitutionnelle, par exemple en permettant à ce dernier d'ajuster les seuils en-deçà desquels un droit ou liberté constitutionnel serait atteint – qu'on songe, par exemple, au niveau des ressources des collectivités territoriales au regard de la libre administration des collectivités territoriales. L'inconvénient est de rendre possible une inconstitutionnalité à éclipses, guère séduisante sur le plan de la prévisibilité et de la sécurité juridique, même si le pouvoir d'aménagement dans le temps des effets des décisions s'avère une ressource utile.

L'utilisation qu'en a faite le Conseil constitutionnel français dans l'examen du régime de droit commun de la garde à vue¹⁵ est assez exemplaire. Elle témoigne que la logique du faisceau de modifications juridiquement qualifiables est privilégiée. Deux éléments ont été relevés en l'espèce : d'une part, une évolution profonde de la structure de la procédure pénale qui a renforcé le poids de la phase policière dans cette procédure et, par voie de conséquence, de la garde à vue (généralisation de la pratique du traitement dit « en temps réel » des procédures pénales) ; d'autre

¹⁵ Cons. const., n° 2010-14/22 QPC, 30 juillet 2010.

part, les très nombreuses réformes de l'article 16 du code de procédure pénale qui fixe la liste des fonctionnaires de la police nationale et des militaires de la gendarmerie nationale qui ont la qualité d'officier de police judiciaire (réduction des exigences conditionnant l'attribution de cette qualité, augmentation de 25 000 à 53 000 du nombre de ces fonctionnaires civils et militaires ayant cette qualité). Le Conseil constitutionnel a ainsi relevé la tendance à la banalisation de la garde vue et l'augmentation sensible du nombre de telles mesures.

De façon plus fondamentale, il est permis de se demander si, et à partir de quel point, l'affaiblissement de la *ratio legis* d'une disposition peut être considéré comme un changement de circonstances. Dans la plupart des cas, il le sera au moins indirectement compte tenu de l'évolution du rapport de proportionnalité que, par hypothèse, cette situation implique.

1.3. Enfin, en troisième et dernier lieu, le changement peut résulter d'une évolution de jurisprudence.

Dans ce cas, c'est l'évolution jurisprudentielle qui provoque le changement de circonstances.

D'une part, il peut résulter d'une évolution de l'interprétation jurisprudentielle de la loi par la Cour de cassation, le Conseil d'État ou la Cour suprême, selon les systèmes, lorsque la Cour constitutionnelle est saisie sur question préjudicielle. Il s'agit de permettre un contrôle de la portée effective de la loi.

D'autre part, dans le cadre européen, qu'on l'approuve ou non, le changement de circonstances peut résulter de l'intervention postérieure d'une jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En France, le Conseil constitutionnel n'a pas adopté de position générale et explicite sur ce point, mais la solution a été explicitement admise par la Cour de cassation. Le temps jurisprudentiel constitutionnel est donc en partie rythmé par l'interaction normative des ordres juridiques – autre choc de temporalités !

Enfin, et surtout, il est clairement admis que l'intervention d'une nouvelle jurisprudence du Conseil constitutionnel, et notamment les apports résultant, pour une matière déterminée, de précédentes décisions QPC¹⁶ sont de nature à constituer un changement de circonstances.

La formule a trouvé une application notable lorsque la jurisprudence du Conseil constitutionnel a changé le prisme du contrôle et l'intensité du cumul des poursuites au regard du principe de nécessité des délits et des peines¹⁷. La Cour de cassation¹⁸, le Conseil d'Etat¹⁹ et le Conseil constitutionnel lui-même²⁰ se sont fait les relais de ce nouveau cadre d'analyse, indépendamment de la circonstance qu'un faible laps de temps sépare les décisions et solutions considérées. Plus récemment, le

¹⁶ De façon notable, C. Cass., Crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-90.125 ; Cons. const., n° 2011-125 QPC, 6 mai 2011.

¹⁷ Cons. const., n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015 et n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janvier 2016.

¹⁸ C. Cass., Crim., 30 mars 2016, n° 16-90.001 et n° 16-90.005.

¹⁹ CE, 15 avril 2016, n° 396696.

²⁰ Cons. const., n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016 et n° 2016-546 QPC, 24 juin 2016 ; n° 2016-550 QPC, 1^{er} juillet 2016.

Conseil constitutionnel a admis implicitement que, dès lors qu'une différence de traitement naissait de la confrontation de la règle de principe et de l'exception, le changement des circonstances issu de sa jurisprudence affectant l'exception pouvait être invoqué pour justifier le réexamen de la règle de principe²¹.

À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a jugé que ses propres décisions pouvaient être à l'origine d'un changement de circonstances de droit²². Faisant preuve de réalisme, il écarte l'argumentaire – assez artificiel – consistant à considérer que les précisions apportées par sa jurisprudence nouvelle seraient déjà contenues implicitement dans la jurisprudence antérieure. Il reste que l'interprétation de la jurisprudence, au prisme du changement de circonstance de droit, et son accession à cette qualité ne sont pas toujours chose aisée. La « nouvelle » jurisprudence n'est pas toujours à proprement parler créatrice, en ce sens qu'elle ne constitue que très rarement un nouveau pan du bloc de constitutionnalité. Elle peut tout à fait concerner le même principe voire les mêmes sujets de droit²³. Un changement de circonstance de droit peut donc résulter non pas, au sens strict, de l'édiction d'une norme nouvelle mais de son interprétation nouvelle, voire de l'explicitation d'une norme préexistante. Le principe est bon, l'exercice s'avère parfois délicat : il consiste à faire la part entre ce qui n'est que la révélation et ce que la Constitution contenait déjà.

²¹ Cons. const., n° 2016-582 QPC, 13 octobre 2016 (rappr. de n° 2015-715 DC du 5 août 2015).

²² Cons. const., n° 2011-125 QPC, 6 mai 2011 ; n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013 ; n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016 ; n° 2016-546 QPC, 24 juin 2016 ; n° 2016-550 QPC, 1^{er} juillet 2016 ; n° 2016-582 QPC, 13 octobre 2016.

²³ Par exemple, Cons. const., n° 2013-331 QPC, 5 juillet 2013, s'agissant du principe d'impartialité, déjà affirmé vis-à-vis des autorités administratives indépendantes.

C'est alors que les méthodes employées par les Cours constitutionnelles revêtent un intérêt majeur.

II. Bonnes pratiques de l'évolution jurisprudentielle

La compilation des expériences pratiques, ajoutées aux observations empiriques en droit comparé, m'invitent à faire état de certaines pratiques, organisationnelles ou décisionnelles, que les cours constitutionnelles – francophones particulièrement – adoptent en vue d'une bonne gestion de l'évolution de leur jurisprudence.

Trois aspects peuvent être mentionnés.

2.1. J'irai vite sur le premier : Décider d'une évolution jurisprudentielle peut résulter d'un processus décisionnel adapté.

La circonstance qu'une affaire occasionne une évolution ou un revirement de la jurisprudence de la Cour est une situation pouvant justifier que celle-ci se réunisse en formation spéciale de jugement. C'est typiquement le cas devant la Cour constitutionnelle de Belgique. Dans un tel cas, l'un des présidents décide, d'initiative ou sur demande de deux juges de la formation initiale, que l'affaire sera soumise, non pas à une formation de sept juges, mais à la Cour réunie en séance plénière (douze membres). Cette décision est généralement prise au moment de la mise en état, après avoir entendu les juges-rapporteurs, en fonction de l'importance des questions soulevées. Le président est, au demeurant, tenu d'y procéder si la demande en est faite par au moins deux juges du siège originaire. En pratique, le passage en séance plénière est

très fréquent. A titre indicatif, en 2016, plus de la moitié des arrêts rendus par la Cour l'ont été en séance plénière en raison de la difficulté de l'affaire, son importance ou son caractère controversé.

Avec cette méthode, la solennité de l'évolution de jurisprudence s'en trouve accrue. C'est aussi un moyen pour la Cour de délivrer un signal sur la portée de la décision, dont le contenu doit clairement établir l'évolution de jurisprudence – c'est le deuxième élément à souligner.

2.2. Une évolution jurisprudentielle, plus encore un revirement, doit être dûment identifiée et motivée.

Parmi les pratiques rédactionnelles qui permettent d'apprécier le degré « justificatif » de la motivation, la plupart des Cours constitutionnelles mentionnent systématiquement leurs précédents sur une question semblable ou analogue, soit en citant la décision concernée, soit en renvoyant à une position générale de la jurisprudence. On peut citer, par exemple, les pays suivants : Albanie, Angola, Belgique, Canada, Guinée, Liban, Madagascar, Mali, Moldavie, Roumanie, Slovaquie, Suisse. C'est une garantie de stabilité, de cohérence et de continuité de la jurisprudence constitutionnelle. Ça l'est plus encore lorsque l'autorité juridique de tels précédents est formellement reconnue dans le système des sources du droit du pays considéré, au Canada notamment, mais aussi en Suisse. Ainsi, par exemple, dans la pratique du Tribunal fédéral suisse, la référence aux arrêts antérieurs est perçue comme la source principale de droit.

Il est vrai que cette pratique n'est pas dans la tradition d'autres Cours, africaines notamment (par exemple Cameroun, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Maroc, Niger, République démocratique du Congo, Togo), où les références expresses aux précédents sont absentes ou demeurent peu fréquentes dans le corps de la décision. C'est vrai aussi en France, même si le Conseil constitutionnel développe cette mention dans les visas de ses décisions. Bien entendu, cela n'empêche pas les Cours de réitérer leurs considérants de principe, parfois quasi-immuables, ce que le Tribunal constitutionnel d'Andorre appelle joliment les « canons de constitutionnalité ».

D'autres Cours sont beaucoup plus explicite lorsqu'elles décident de réexaminer une position, s'écarter d'un arrêt antérieur ou opérer un revirement de jurisprudence. Si cela arrive, la Cour constitutionnelle belge l'indique expressément dans la décision, de façon très didactique, en mentionnant les motifs qui justifient le revirement ; comme le fait la Cour suprême du Canada en cas de nouvelle question de droit ou de modification de la situation.

Les techniques de rédaction des décisions, particulièrement dans leur partie argumentative, doivent tenir compte de cette situation. Ce sont plus généralement les techniques d'interprétation du droit qui méritent d'être exposées, comme le font de plus en plus les cours constitutionnelles.

C'est particulièrement vrai pour *l'intensité du contrôle exercé*, où la motivation joue un rôle central en termes de prévisibilité. La plupart des Cours utilise des formules rédactionnelles qui permettent d'identifier l'intensité du contrôle selon le principe

en jeu ou la liberté en cause, si l'examen se limite à un contrôle marginal ou restreint ou, à l'opposé, un contrôle plus approfondi dans l'appréciation de la proportionnalité, cette « quête de la juste mesure » qui constitue désormais un standard universel.

Cela me conduit au troisième et dernier point.

2.3. Une évolution jurisprudentielle doit être explicitée.

De façon générale, et en particulier en présence d'une évolution jurisprudentielle, il est essentiel de retenir, dans la rédaction des décisions, une approche *pédagogique*. Envers le législateur, au premier chef pour souligner les limites et le domaine de son intervention. Envers les autres juges et l'administration chargés de faire appliquer les décisions constitutionnelles et décliner leurs effets pratiques. Envers, aussi, les avocats qui ont vocation à stimuler l'évolution jurisprudentielle dans leur rôle si bien nommé d'« auxiliaire de justice ». Et bien sûr auprès des justiciables et des citoyens, afin d'en favoriser l'acceptation sociale.

La pédagogie passe par la motivation claire et accessible – on l'a vu – mais elle passe aussi par des *dispositifs d'accompagnement des décisions*, sous la forme de différents supports de communication (commentaires, communiqués, traductions, entretien presse...) que chaque Cour juge bon ou non de mettre en place. Même si ces documents se distinguent formellement des décisions, et s'il ne s'agit aucunement d'une motivation complémentaire hors d'elles, ils éclairent voire renforcent le raisonnement du juge et la bonne compréhension de ses décisions. La méthode présente une certaine efficacité pour éviter ou vider les difficultés d'interprétation des

décisions des cours constitutionnelles : ne pas laisser croire qu'il y a eu revirement, ce qui est parfois fantasmé, ou pointer du doigt ce qui a évolué. La motivation ne sert pas qu'à *justifier* la solution sur le plan du droit, elle est aussi un levier *explicatif* œuvrant à la promotion de la culture constitutionnelle auprès de tous les acteurs de la société civile. C'est vrai pour toutes les décisions mais plus encore pour celles qui contiennent une évolution de jurisprudence. Cet accompagnement permet que celles-ci soient comprises et entendues, moyen de se prémunir au mieux contre le risque d'ineffectivité.

En pratique, l'expérience montre que le recours au droit comparé et/ou au droit international constitue une ressource argumentative précieuse pour justifier d'une évolution de jurisprudence. La Cour constitutionnelle du Bénin s'y est justement appuyé explicitement pour accompagner auprès des syndicats l'évolution de sa jurisprudence consistant à affirmer le caractère non absolu du droit de grève (décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011). Comme lorsqu'en 1998, en décidant de conférer nouvellement une portée normative au règlement intérieur de l'Assemblée nationale (décision DCC 98-039 du 14 avril 1998), la Cour s'est sans doute inspirée des systèmes qui intègrent ce type de texte au sein des normes de référence du contrôle de constitutionnalité.

Pour conclure, je voudrai souligner l'importance de la sécurité juridique. Elle est de plus en plus au cœur des préoccupations des juridictions constitutionnelles, en particulier lorsqu'il s'agit

d'anticiper et de lutter contre *l'insécurité susceptible d'être générée par leurs propres décisions*.

Elle peut être prise en compte à plusieurs titres, notamment pour modeler les effets d'une déclaration d'inconstitutionnalité.

Le pouvoir de régulation des Cours constitutionnelles se renforce en la matière, comme leur faculté de produire du droit transitoire marque la justice constitutionnelle du XXI^{ème} siècle. C'est potentiellement un outil pour garantir la stabilité des règles jurisprudentielles et, en creux, les revirements de jurisprudence – je n'ose dire un droit à une situation jurisprudentiellement acquise – alors que la rétroactivité des revirements de jurisprudence est de nature à y porter atteinte.

C'est une évidence pour les Cours qui se revendique de la tradition juridique de Common Law, comme la Cour suprême du Canada. Le principe de la « *stare decisis* » y constitue la pierre d'assise pour assurer la sécurité, la stabilité et la prévisibilité des règles normatives. Il est clair que les normes jurisprudentielles et leur force de précédent y sont reconnues. Mais, depuis la fin des années 1960, la Cour suprême est plus flexible quant à l'application du principe par rapport à sa propre jurisprudence – ce qu'on appelle, au Canada, le *stare decisis* horizontal (par opposition à l'effet vertical). En matière constitutionnelle, la Cour suprême a déjà précisé : « les décisions constitutionnelles ne sont pas immuables et ce, même en l'absence d'une modification constitutionnelle »²⁴. Mais elle a émis une mise en garde, en ces termes : « la Cour doit

²⁴ C. suprême du Canada, *Clark c. Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada*, [1988] 2 R.C.S. 680.

se montrer particulièrement prudente avant d'écarter un précédent lorsque ce revirement a pour effet d'affaiblir une protection offerte par la *Charte* [canadienne] »²⁵.

En réalité, cette même attention est observable aussi dans les systèmes de droit continental. Avant de procéder à une évolution de jurisprudence, de plus en plus de cours constitutionnelles prennent expressément en compte l'exigence de sécurité juridique afin de déterminer si ce changement est nécessaire. Le Tribunal fédéral Suisse est exemplaire à cet égard. Un changement de jurisprudence doit reposer sur des motifs sérieux et objectifs, lesquels, sous l'angle de la sécurité du droit, doivent être d'autant plus importants que la pratique considérée comme erronée, ou désormais inadaptée aux circonstances, est ancienne. La méthodologie du changement jurisprudentiel est aussi le lieu d'une bonne pratique permettant de prévoir un revirement possible, de l'anticiper. Ce qu'en Suisse on appelle, de façon imagée, la « théorie des clignotants ».

Comme quoi, à bonnes pratiques, rien ne résiste ; pas même les problèmes les plus délicats du droit, parmi lesquels le caractère évolutif de l'interprétation constitutionnelle.

²⁵ C. suprême du Canada, *R. c. Henry*, [2005] 3 R.C.S. 609.

DIRECTION DE LA PUBLICATION

Directeur : **Joseph DJOGBENOU** / Secrétaire : **Gilles BADET** (Assisté par **Cindy BERLOT-DEGBOE**)

COMITÉ SCIENTIFIQUE

Président d'honneur	Maurice AHANHANZO GLELE Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien membre de la Cour constitutionnelle du Bénin, Ancien Président de la Haute Cour de justice du Bénin (BENIN)
Président	Théodore HOLO Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin, Ancien Président de la Haute Cour de justice du Bénin (BENIN)
Vice-Président	Koffi AHADZI-NONOU Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques Membre de la Cour constitutionnelle du Togo (TOGO)
Membres	Robert DOSSOU Ancien bâtonnier de l'ordre des avocats du Bénin, Doyen honoraire de la Faculté des sciences juridiques économiques et politiques de l'Université nationale du Bénin, Ancien ministre, Ancien Président de la Cour constitutionnelle du Bénin (BENIN) Martin BLEOU Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien ministre (COTE D'IVOIRE) Babacar KANTE Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Doyen honoraire de la Faculté de Droit de l'Université Gaston Berger de Saint Louis, Ancien Vice-Président du Conseil constitutionnel (SÉNÉGAL) Babacar GUEYE Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SÉNÉGAL) Dorothe C. SOSSA Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit privé, Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi, Secrétaire permanent de l'OHADA (BÉNIN) Noël A. GBAGUIDI Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit privé, Ancien Titulaire de la Chaire UNESCO des droits de la personne et de la démocratie, Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Fabrice HOURQUEBIE Professeur de Droit public, Université Montesquieu Bordeaux IV, Directeur de l'IDESUF, Directeur adjoint du CERCLE (FRANCE) Dodzi KOKOROKO Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Président de l'Université de Lomé (TOGO) Adama KPODAR Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques Vice-Président de l'Université de KARA (TOGO) Ibrahim SALAMI Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public, Ancien Vice-doyen de la faculté de Droit et de Sciences politiques, Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Dandi GNAMOU Agrégré des facultés de Droit, Professeure de Droit public, Université d'Abomey-Calavi, Conseillère à la Cour suprême du Bénin (BÉNIN) Mahaman TIDJANI ALOU Agrégré en Sciences politiques, Professeur à l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (NIGER) Brusil Miranda METOU Agrégré des facultés de Droit, Vice-Rector chargé de la recherche, de la coopération et des relations avec le monde des entreprises Université de DSHANG (CAMEROUN) Victor P. TOPANOU Maître de Conférences en Sciences politiques, Ancien Directeur de l'École doctorale "Sciences juridiques, politiques et administratives", Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) Hygin KAKAI Agrégré en Sciences politiques, Vice Doyen de la Faculté de droit et de sciences politiques Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN)

COMITÉ DE LECTURE

Président : M. Razaki AMOUDA-ISSIFOU, **Vice-Président** de la Cour constitutionnelle
Membres : Pr. Joël ADELOUL, Pr. Igor GUEDEGBE, Pr. Hygin KAKAI, Dr. Gilles BADET,
Dr. Dario DEGBOE, Dr. Aboudou Latif SIDI