

# 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<sup>ème</sup> 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)

## L'impératif constitutionnel

**Adama KPODAR**

*Professeur Titulaire de Droit Public,  
Agrégé de Droit Public et de  
Science Politique  
Université de Kara (TOGO)*

Avec l'impératif constitutionnel, le juge constitutionnel nous fait sortir de la zone de confort que nous conférait un bloc de constitutionnalité étonnamment évolutif et stable, pour réveiller une querelle philosophico-juridique, objet de vives préoccupations multiséculaires.

Œuvre d'une interprétation heuristique et volontariste de la Constitution, le bloc de constitutionnalité ne tarit donc pas de livrer les secrets de son élasticité dans le temps et dans l'espace. Ici et là, traditionnellement réduit à certains éléments, son contenu nous ramène désormais vers les rivages insoupçonnés de cet objet d'impératif, véritable casse-tête dans la théorie juridique.

Constitutionnalisé en France et au Bénin, dans certaines décisions<sup>1</sup>, l'impératif constitutionnel suscite alors la curiosité du praticien

---

<sup>1</sup> En France, entre autres : Décision n° 90-280 du 6 décembre 1990 ; Décision n° 90-283 DC 8 janvier 1991 ; Décision n° 2001-448 du 25 juillet 2001 ; Décision n°2003-473 DC du 26 juin 2003. Au Bénin : Décision DCC n°18-126 du 21 juin 2018 ; Décision DCC n°18-141 du 28 juin 2018.

et du théoricien du droit sur son existence et sa consistance. En effet, contrairement aux premiers éléments du bloc, l'imperatif constitutionnel ne naît pas du besoin de promotion ou de consécration des droits et libertés par le juge constitutionnel. Il semble dériver du dessein du juge d'établir une hiérarchie (ou une modulation) substantielle entre les normes déjà reconnues comme faisant partie intégrante du roc prétorien des droits et libertés constitutionnels. En tout cas c'est ce qui ressort du concept (ou de la notion) même d'imperatif juridique.

Il plonge ses racines dans la philosophie avant d'être trituré par les fines réflexions de la doctrine juridique. C'est en effet dans les idées d'Emmanuel Kant qu'on retrouve une systématique de l'imperatif, issue de la métaphysique de l'esprit objectif et de l'universalisme abstrait d'une philosophie morale, entendue dans la perspective d'une éthique du pur devoir. L'imperatif kantien est donc une législation universelle de la raison, qui donne d'une volonté pure, un principe normatif *a priori* valable pour tous les êtres raisonnables. Du point de vue de la contrainte exercée par l'imperatif sur la volonté ainsi que de celui des modalités, le philosophe distingue l'imperatif hypothétique de celui catégorique : « Tous les impératifs commandent ou hypothétiquement ou catégoriquement ».

Alors que le premier ne véhicule qu'un principe de moyen pour atteindre une fin, le second s'impose de lui-même sans rapport à un autre objectif ou but à atteindre. L'imperatif catégorique, se suffit à lui seul et s'impose donc selon un commandement inconditionné. On comprend dès lors pourquoi l'imperatif

hypothétique est assertorique, alors que celui catégorique est apodictique.

C'est le second qui nous intéresse ici dans la mesure où il pose en filigrane l'existence d'un principe suprême normatif qui institue une société d'individus soumise à un impératif auquel ils doivent obéissance de façon inconditionnée. Cet impératif s'impose comme devoir, contrainte, coercition car il représente une action dont la nécessité est objective. Cette occurrence justifie que l'on le considère comme fondé sur le concept d'une nécessité inconditionnée, universellement valable qui impose la loi morale comme commandement de l'inclination.

Ces « méditations » kantienne présentent un intérêt juridique dans la mesure où elles permettent d'établir l'impératif catégorique comme concept principiel dans la définition des lois de liberté, à la différence de celles de nature. Ainsi, les lois de libertés sont celles déduites de la loi suprême qui s'imposent sous la forme d'un impératif catégorique. En considérant comme morales ces lois de liberté pour les distinguer des lois de la nature, les lois de liberté deviennent donc des lois morales qui s'imposent comme des lois normatives inconditionnées.

Quand on relit la distinction entre les lois juridiques et les lois éthiques selon la catégorisation légalité et moralité, telle que Kant la conçoit dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs* et la *Critique de la raison pratique*, on peut tenter de construire un concept moral du droit<sup>2</sup>, en vertu duquel la morale comme

---

<sup>2</sup> KANT (E.), *Projet de paix perpétuelle*, 1795, notamment l' « Appendice I » et l' « Appendice II ».

doctrine des mœurs regroupe aussi bien le droit que l'éthique, dont la source vitale est l'imperatif catégorique.

Si l'imperatif philosophique se rapproche de la morale, l'imperatif juridique quant à lui, marquera sa spécificité dans le respect de la théorie dominante du droit qui prône sa séparation. En effet, c'est sur le terrain des relations entre l'imperatif et le droit que la doctrine juridique entreprendra de mener des réflexions. *Grosso modo*, pour elle, l'imperatif juridique dont la définition systémique n'est pas donnée est fondamentalement un discours sur le droit. On relèvera d'abord l'oxymore ou la tautologie droit-imperatif, en ce que le droit est un impératif, en termes d'obligation et de contrainte. Comme l'affirme Suarez, « *Lex, si stricte sumatur est coordinatio superioris ad inferiorem, per imperim proprium* ». Mais, cette superfluité n'est que d'apparence comme le montre ensuite dans le fond, la thèse de Doctorat de René Capitant sur « *L'illicite : l'imperatif juridique* »<sup>3</sup>. Il nous enseigne que l'imperatif doit être défini indépendamment des notions de nécessité ou de liberté. L'auteur en fournit quelques critères, à savoir : le sujet de l'imperatif qui est une autorité supérieure, l'obéissance qui permet de distinguer l'imperatif intérieur de l'imperatif extérieur, la sanction, le devoir, le pouvoir. Il démontre par ailleurs, à l'instar de Léon Duguit et de Henri Capitant l'existence de certaines règles de droit auxquelles manque en apparence le caractère impératif. Parmi celles-ci, par exemple, les lois supplétives, dispositives, de capacité, de compétence, les règles permissives, déclaratives, les standards, les directives etc.

---

<sup>3</sup> CAPITANT (R.), *Introduction à l'étude de l'illicite : l'imperatif juridique*, Paris, Dalloz, 1928, 230p.

Ce dernier élément nous fait penser à la différence que l'on établit entre la norme et la règle de droit<sup>4</sup>, plus précisément dans la théorie normativiste kelsénienne du « Sein » et du « Sollen ». Même si elle est critiquée<sup>5</sup>, elle permet de savoir que la norme (ce qui doit être, le *Sollen*) est différente de la règle (ce qui est, le *Sein*) en ce que la règle n'est pas toujours le reflet de la norme et vice-versa. Cela suppose que la norme, qui est donc l'impératif, catégorique pour Kant, conditionnel pour René Capitant, face à la règle, est dans une position de référence, pour éviter d'employer la notion de supériorité.

Ainsi, non seulement certains droits ne sont pas des impératifs, mais d'autres ne seront que des règles de droit et non pas des impératifs, sur le fondement du degré de l'« *obligatorité* » ou de la contrainte qu'elles font peser sur ses destinataires.

Il nous semble donc que l'impératif juridique est la règle de droit qui est fortement obligatoire et qui sert de référence, de norme aux autres règles. Cette option que nous défendons<sup>6</sup> apparaît clairement dans la définition que le droit international donne de l'impératif juridique. L'article 53 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969, sur le droit des traités dispose : « Aux fins de la présente Convention, une norme impérative de droit international

---

<sup>4</sup> THIBIERGE (C.), « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure. Pour une distinction entre normes et règles de droit », *Archives de philosophie du droit*, n°51, 2008, pp. 341-371.

<sup>5</sup> C'est dans son propre cœur que le Père de l'École de Vienne a été fortement attaqué par Fritz Sander, qui dit de Hans Kelsen d'avoir mal compris Kant, en qualifiant sa théorie de « *pure dogmatique juridique* » ou de « *droit naturel logique* ». Cet auteur, peu connu, était l'un des disciples les plus proches du Maître, qu'il accusa pourtant de plagiat..., PINA (S.), « Les dissensions au sein de l'école viennoise de la théorie du droit : La controverse Fritz Sander/Hans Kelsen », *Archives de philosophie du droit*, n°55, 2012, pp. 295-307.

<sup>6</sup> KPODAR (A), « L'échelle de normativité en droit internationale public », *Annales des Sciences Juridiques et Politiques l'Université Marien Ngouabi*, 2012, n°12-13, pp. 137-168.



général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère ». Ainsi conçu dans le traité international, avec encore des réticences doctrinales quant à son efficience, l'imperatif constitutionnel, quant à lui, partie intégrante de l'imperatif juridique dans l'option du formalisme kelsénien, en prend les plis et se précise.

La doctrine constitutionnaliste s'entend pour définir le bloc de constitutionnalité comme l'ensemble des principes et règles à valeur constitutionnelle dont le respect s'impose au pouvoir législatif comme au pouvoir exécutif, et d'une manière générale à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ainsi, bien sûr, qu'aux particuliers. Alors, l'imperatif constitutionnel est la création du juge constitutionnel dans la perspective non pas de la théorie de l'interprétation des Lumières, dite formaliste, mais bien du néo-cognitivism contemporain qui révèle le pouvoir discrétionnaire de l'interprète<sup>7</sup>. Ce césarisme constitutionnel de l'interprète de la Constitution nous permet de définir l'imperatif constitutionnel, comme tout ce que le juge constitutionnel qualifie comme tel.

Sa nature, son fondement, sa valeur, sont certainement les questions naturelles que l'on peut se poser, d'autant qu'il est facile d'inventer, de recourir à des concepts pour faire avancer la Constitution, mais il est difficile de systématiser les options prises. L'intérêt le plus pertinent que soulèvent ces questionnements nous semble

---

<sup>7</sup> Rappelons qu'on distingue dans les doctrines de l'interprétation celle statique et dynamique, celle universaliste et particulariste, le « Judicial restraint » et le « Judicial activism ».

être la recherche, à travers une démarche juridique de la relation entre le juge constitutionnel, la philosophie du droit, la théorie du droit sous le prisme de l'impératif constitutionnel notamment dans son contenu et tout ce qui en découle. L'appréhension de la notion du bloc de constitutionnalité ainsi que les éléments qui le composent ont suivi à des degrés divers le même sort. C'est le tour de l'impératif constitutionnel de montrer un contraste dans sa typologie constatée (I) et une différence dans sa valeur (II).

## **I- UNE TYPOLOGIE CONTRASTÉE**

La matrice référentielle est constituée de catégories de normes auxquelles le juge lui-même accorde une valeur constitutionnelle. Il en est ainsi de l'impératif, qui n'est pas un principe découlant des autres catégories qui existent, mais bien une nouvelle catégorie à part entière et entièrement à part, à côté des autres. Que ce soit en France ou au Bénin, le juge constitutionnel a donc constitutionnalisé l'impératif en procédant de manière différente.

### **A-De la création à l'identification du contenu**

C'est dans la décision du 06 décembre 1990, à propos de la loi organisant la concomitance des renouvellements des Conseils généraux et des Conseils régionaux que le juge précise que « Qu'il est soutenu d'abord, que la lutte contre l'abstentionnisme électoral n'est pas un principe ou un objectif de valeur constitutionnelle ; que, de plus, les moyens retenus dans le cas présent par la loi pour lutter contre l'abstentionnisme ne procèdent d'aucun impératif constitutionnel »<sup>8</sup>. Le Conseil, refuse d'ériger l'abstentionnisme

<sup>8</sup> Cons. const., n°90-280 DC, 6 décembre 1990, cons. 24.

*« L'imperatif constitutionnel »*

électoral en principe ou en objectif à valeur constitutionnelle, car les procédés juridiques prévus pour y arriver ne relèvent pas d'un impératif constitutionnel.

Il va encore insister sur l'impératif constitutionnel comme une catégorie sans contenu dans sa décision du 26 juin 2003, rendue sur la loi d'habilitant le gouvernement à simplifier le droit. Le Conseil décide qu'« aucune règle ni aucun principe de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services ; qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit non plus qu'en cas d'allotissement, les offres portant simultanément sur plusieurs lots fassent l'objet d'un jugement commun en vue de déterminer l'offre la plus satisfaisante du point de vue de son équilibre global ; que le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipé pour pré-financer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel »<sup>9</sup>.

C'est après la création de cette catégorie, en 1990, que le juge tentera de lui donner des contenus dans un certain nombre de décisions. Dans sa décision du 08 janvier 1991, sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, il élève ainsi, au rang d'impératif constitutionnel la protection de la santé publique : « que les restrictions apportées par le législateur à la propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques ont pour objectif d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes ; que de telles restrictions reposent sur

---

<sup>9</sup> Cons. const., n°2003-473 DC, 26 juin 2003, cons. 18.

un impératif de protection de la santé publique, principe de valeur constitutionnelle »<sup>10</sup>.

La décision du 27 juillet 2000, relative à la presse, consacre quant à elle l'impératif d'honnêteté de l'information : « Considérant que le pluralisme des courants d'expression socio-culturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; que la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuels n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur privé que dans celui du secteur public, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractère différent dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information ; qu'en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 précité soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire les objets du marché »<sup>11</sup>.

Dans sa décision n°2001-448 DC du 25 juillet 2001 relative à la loi organique sur les lois de finances, l'impératif de sincérité est consacré en ces termes : « la conformité de la loi de finances à la Constitution serait alors appréciée au regard tant des exigences de la continuité de la vie nationale que de l'impératif de sincérité qui

---

<sup>10</sup> Cons. const., n°90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 29.

<sup>11</sup> Cons. const., n°2000-433 DC, 27 juillet 2000, cons. 9.

s'attache à l'examen de la loi de finances pendant toute la durée de celui-ci ».

Interviendront après d'autres décisions sur l'impératif constitutionnel dont l'une des dernières est celle n° 2018-777 du 28 décembre 2018 sur la loi de finances pour 2019 dont la conformité à la Constitution qui doit être « appréciée au regard tant des exigences de continuité de la vie nationale que de l'impératif de sincérité qui s'attache à l'examen de la loi de finances pendant toute la durée de celui-ci ». Si en France, le juge créé la catégorie avant de décliner son contenu, tel ne semble pas être le cas au Bénin.

## **B- De l'identification à la création**

C'est au sujet de la modification de la Charte des partis et du code électoral qui, selon le requérant ne pourra intervenir sur la question du quota par sexe (représentation des femmes) sans « le consensus national que la Cour constitutionnelle a déclaré de valeur constitutionnelles », que la Cour fera son entrée dans le domaine de l'impératif catégorique. Dans sa Décision du 21 juin 2018, elle considère que « *la nature représentative et le caractère majoritaire constituent un impératif constitutionnel de la démocratie béninoise dont le consensus national, qui en demeure l'un des idéaux politiques, ne saurait en constituer un obstacle dirimant* ». Il s'agit donc d'une nouvelle catégorie de normes référentielles, puisqu'ici aussi le juge ne lie pas l'impératif constitutionnel aux autres catégories existantes.

Mais, le juge du Bénin fait une opération très singulière. En effet, il ne crée pas d'abord, la catégorie d'impératif constitutionnel,

pour ensuite en identifier le contenu, ou les principes qui y sont contenus, mais caractérise bien, directement dans la même décision, la nature représentative et le caractère majoritaire comme impératif constitutionnel. Si on peut admettre qu'on ne peut bâtir sans fondation, on suppose donc que le juge a bâti en fondant en même temps.

Curieusement, c'est dans la décision du 28 juin 2018, que l'impératif constitutionnel apparaît bien clairement comme étant une catégorie constitutionnelle sans lien : « *Considérant cependant, que lorsqu'une requête, élève à la connaissance de la Cour une situation de violation d'un droit fondamental ou de remise en cause d'un impératif ou d'un principe à valeur constitutionnelle, la Cour peut se prononcer d'office* ». Dans cette même décision, il pose comme impératif, le fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels : « qu'en l'espèce, la requête vise à obtenir le rétablissement et la réalisation de l'impératif constitutionnel que constitue le fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels à la vie, à la santé, à la justice, à la défense et à la mobilisation des ressources publiques indispensables à l'existence de l'Etat et à la construction de la Nation ».

Dans tous les cas, les impératifs constitutionnalisés en France comme au Bénin sont relatifs soit à l'énonciation de principes constitutifs comme la protection de la santé publique, soit comme la mise en exergue des principes régulateurs à l'instar de l'organisation et du fonctionnement des organes de l'État et des services publics, comme ceux de la démocratie représentative majoritaire, de l'élection, de l'information, des services

« vitaux » de l'Etat. La consécration de cette nouvelle catégorie constitutionnelle conduit naturellement à s'interroger par ailleurs, sur sa place dans la matrice référentielle.

## II-UNE VALEUR DIFFÉRENCIÉE

Le débat sur la hiérarchie des éléments du bloc de constitutionnalité tel qu'il existe en France est clos. Il n'existe pas de hiérarchie entre les différentes catégories de normes du bloc. Mais la polémique sur la hiérarchie des principes proclamés dans ces catégories reste ouverte. Avec la technique de la pondération ou du balancement, il existe bien une hiérarchie que l'on peut qualifier de mobile, alors que dans le cas du Bénin, avec l'imperatif constitutionnel, le juge semble avoir posé la possibilité d'une hiérarchie axiologique, selon la distinction établie par Riccardo Guastini, sur l'interprétation constitutionnelle<sup>12</sup>.

### A-La hiérarchie mobile à relent de simples restrictions

La hiérarchie mobile « *est une relation de valeur instable, changeante : une hiérarchie qui est valable dans le cas concret (ou dans une classe de cas), mais qui pourrait être renversée et qui est souvent renversée dans un cas concret différent* »<sup>13</sup>. Elle correspond parfaitement à l'arbitrage permanent opéré par le juge constitutionnel entre les principes constitutionnels, à la modulation continue des droits et libertés, à travers la technique

---

<sup>12</sup> GUASTINI (R.), « L'interprétation constitutionnelle », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome, 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 465-503.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 496.

de la conciliation au regard des motifs, de l'objet et du but du texte de la loi.

Sur cette base, l'impératif constitutionnel dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel n'est pas une catégorie supérieure aux autres. Les droits et principes qui reçoivent ce label doivent servir à pondérer les autres principes du bloc référentiel. Ainsi, l'impératif de protection de la santé publique doit être concilié avec la liberté d'entreprise, ce qui peut justifier que des restrictions puissent être apportées par le législateur à la propagande ou à la publicité en faveur des boissons alcooliques, afin d'éviter un excès de consommation d'alcool, notamment chez les jeunes. D'ailleurs, la protection de la santé publique a été considérée par le juge comme un objectif de valeur constitutionnelle<sup>14</sup>. De même, l'impératif d'honnêteté doit se concilier avec la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, partie intégrante du bloc de constitutionnalité.

Mais, ce qui est important à savoir, c'est que l'impératif constitutionnel est utilisé d'un côté, dans la perspective de justifier des restrictions à d'autres principes constitutionnels dans la recherche de la pondération ou de la modulation. Dans ces conditions, assistons-nous à un glissement de la modulation systématique, automatique ou directe, vers la recherche d'un instrument de cette dernière que constituerait l'impératif constitutionnel ? Il subirait alors le même sort que celui des exigences constitutionnelles<sup>15</sup>. Ces dernières, conçues comme

<sup>14</sup> Cons. const., n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, cons. 29.

<sup>15</sup> DUBUT (Th.), « Le juge constitutionnel et les concepts. Réflexions à propos des « exigences constitutionnelles », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 80, 2009, pp. 749-764.



concept jurisprudentiel débouchant sur des normes dont les modalités déontiques se résument à trois niveaux. D'abord, il peut s'agir des permissions d'agir au profit des individus vis-à-vis du législateur (droits fondamentaux). Ensuite elles consistent en des permissions pour le législateur, donc de spécification de l'intérêt général (objectifs de valeur constitutionnelle), qui puisse justifier des limites aux droits fondamentaux. Enfin elles recourent des obligations pour les individus en termes de devoirs fondamentaux.

D'un autre côté, l'impératif constitutionnel peut être un élément important pour la reconnaissance d'un principe constitutionnel ou d'un objectif à valeur constitutionnelle comme semble être le cas dans la décision n°90-280 DC du 6 décembre 1990.

Comme l'a affirmé François Luchaire, les impératifs constitutionnels « connaissent aussi des limites, on dira de la sécurité juridique, comme de la plupart des impératifs, qu'elle doit rendre des comptes à l'intérêt général »<sup>16</sup>.

On voit que le juge ne procède pas à une interdiction des principes constitutionnels en conflit avec un impératif constitutionnel, car, pour lui, cet impératif correspond à l'impératif hypothétique de Kant, ou au Sollen d'Henri Capitant. En effet, il n'évalue pas la valeur de deux principes *in abstracto*, éternellement ou définitivement, en établissant une hiérarchie fixe ou permanente entre les deux principes. Tel n'est pas le cas de la place que la Cour constitutionnelle du Bénin accorde à l'impératif constitutionnel, qui semble avoir consacré une hiérarchie axiologique.

---

<sup>16</sup> LUCHAIRE (F.), « La sécurité juridique en droit constitutionnel français », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11, 2001, pp. 1 et s.

## **B- La hiérarchie axiologique à relent d'interdiction absolue**

Par hiérarchie axiologique, on entend « une relation de valeur créée (non pas par le droit lui-même, comme la hiérarchie des sources, mais), par le juge constitutionnel, au moyen d'un jugement comparatif de valeur, c'est-à-dire par un énoncé ayant la forme logique : « Le principe P1 a plus de valeur que le principe P2 »<sup>17</sup>. La hiérarchie axiologique conduit ainsi à deux conséquences : l'attribution à l'un des deux principes d'une charge juridique plus importante que l'autre d'une part, et, d'autre part, l'établissement d'une relation de validité entre les deux principes, l'un devant primer, l'autre devant être écarté. C'est sur la base de ces deux éléments que nous affirmons que l'impératif constitue un principe constitutionnel supérieur dans le bloc référentiel, que le juge du Bénin imposera à travers une pédagogie jurisprudentielle à double détente.

- *Le traitement homéopathique : la distinction entre principe politique constitutionnalisé et impérativité d'un principe clairement constitutionnel.*

Cette décision du 21 juin 2018 annonçait les couleurs de l'intention du juge d'élever l'impératif constitutionnel au rang d'un principe supérieur. Décision réglée en deux considérants, très elliptiques, le juge prononce une irrecevabilité, tout en donnant sa solution au fond s'il eut été compétent (une sorte de saisine d'office implicite ?) : « Considérant que la nature représentative et le

---

<sup>17</sup> GUASTINI (R.), « L'interprétation constitutionnelle », in TROPER (M.), CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, op. cit., p. 496.

caractère majoritaire constituent un impératif constitutionnel de la démocratie béninoise dont le consensus national, qui en demeure l'un des idéaux politiques, ne saurait en constituer un obstacle dirimant ». « Le consensus national », est célébré et décliné par le juge constitutionnel en options fondamentales, aux fondements de l'impossible révision de certains principes constitutionnels fut-elle par voie référendaire<sup>18</sup>. Il est désormais considéré non seulement comme un idéal politique mais comme l'expression politique d'un principe lui-même juridique : l'impératif constitutionnel.

Dans la catégorie d'impératif constitutionnel figure la nature représentative et le caractère majoritaire de la démocratie au Bénin. En effet, alors que la notion de « consensus national » plonge ses racines dans le Préambule de la Constitution, dans son esprit, sa lettre laisse clairement entrevoir la nature représentative et majoritaire de la souveraineté. Elle apparaît dans certaines dispositions de la Constitution que la Cour aurait dû citer comme à l'article 3 : « La souveraineté nationale appartient au Peuple. Aucune fraction du Peuple, aucune communauté, aucune corporation, aucun parti ou association politique, aucune organisation syndicale ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » ; à l'article 4 : « Le peuple exerce sa souveraineté par ses représentants élus et par voie de référendum » ; à l'article 45 : « Le Président de la république est élu à la majorité absolue des suffrages exprimés » ; à l'article 79 : « Le parlement est constitué par une Assemblée nationale dont les membres portent le titre de député. Il exerce le pouvoir législatif et contrôle l'action

---

<sup>18</sup> Voir « La controverse doctrinale entre Adama Kpodar et Dodzi Kokoroko », *Annuaire Béninois de Justice Constitutionnelle*, Dossier spécial: 21 ans de jurisprudence de la Cour constitutionnelle du Bénin (1991-2012), Cotonou, Presses Universitaires du Bénin, 2013, pp. 703-728.

du Gouvernement » ; à l'article 80 : « Les députés sont élus au suffrage universel direct (...). Chaque député est le représentant de la nation toute entière et tout mandat impératif est nul » ; et surtout à l'article 96 en vertu duquel « L'Assemblée nationale vote la loi et consent à l'impôt ».

La Constitution, dans sa lettre, ne posant aucune restriction ou condition à l'adoption de la loi, le juge ne comprend pas pourquoi elle devrait dépendre du consensus national fut-il un principe constitutionnalisé. Le juge aurait pu (dû ?) affirmer clairement la supériorité du principe de la représentation majoritaire devenu impératif constitutionnel, sur le « consensus national », un principe politique constitutionnalisé.

Dans cette décision, le juge est resté à la lisière de la hiérarchie mobile et de la hiérarchie axiologique par l'usage de « l'obstacle dirimant ». Avec les mains tremblantes, il semble considérer que la nature de la démocratie au Bénin se fonde sur un impératif constitutionnel à deux versants : le versant juridique et celui politique qui peuvent être conciliés. Cela peut justifier la nature lapidaire de la décision, qui, à l'analyse, révèle que l'objectif pédagogique a été atteint de même que celui substantiel : le recours qui voulait que le consensus national prédomine a été jugé irrecevable.

Le rubicond prudentiel (la jurisprudence étant d'abord un exercice de prudence) a été franchement franchie quelques jours plus tard, où, même si le recours a été irrecevable, le juge s'est saisi d'office pour opérer la supériorité de l'impératif constitutionnel sur les

principes constitutionnels en se fondant sur la survie de l'État et de la Nation.

- *Le traitement de choc : la supériorité de l'imperatif constitutionnel sur les principes constitutionnels, à l'aune de la survie de l'État et de la Nation.*

D'abord, après avoir affirmé *ex abrupto* dans sa décision du 21 juin 2018 « que la nature représentative et le caractère majoritaire constituent un impératif constitutionnel de la démocratie béninoise », sans l'avoir pourtant explicitement créé, le juge va y procéder, en élargissant par la même occasion les cas de sa saisine d'office, réglant ainsi celle implicite, opérée dans la décision du 21 janvier.

En effet, l'article 12, alinéa 1 de la Constitution du Bénin dispose : « [La Cour] se prononce d'office sur la constitutionnalité des lois et de tout texte réglementaire censés porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne et aux libertés publiques. Elle statue plus généralement sur les violations des droits de la personne humaine et sa décision doit intervenir dans un délai de huit jours ». Alors que la saisine d'office est limitative aux droits et libertés consacrés clairement dans le texte constitutionnel, le juge procède à une extension de cette dernière aux autres éléments de son bloc de constitutionnalité, naturellement plus hétérogènes qu'imprécis. Il décide que : « Considérant cependant, que lorsqu'une requête, élève à la connaissance de la Cour une situation de violation d'un droit fondamental ou de remise en cause d'un impératif ou d'un principe ou d'un principe à valeur constitutionnelle, la Cour peut se prononcer d'office ».

En dehors des droits fondamentaux, le juge fait rentrer clairement dans sa saisine d'office la remise en cause d'un impératif ou d'un principe à valeur constitutionnelle. Procède-t-il à une énumération par degrés d'importance ? Je le pense fortement car, la suite de sa décision le présuppose. En tout cas, il était utile pour lui de faire cette extension, au risque de s'arrêter à l'irrecevabilité de la requête, qui visait à l'interprétation des décisions DCC 186001 du 18 janvier 2018, 18-003 du 22 janvier 2018 et 18-004 du 23 janvier 2018. D'ailleurs, il le dit clairement : « Considérant que si toute juridiction demeure compétente pour interpréter sa décision, c'est à condition que le dispositif de celle-ci soit obscur ; qu'en l'espèce, les dispositifs des décisions déferées à l'examen de la Cour et rappelées ci-dessus ne le sont point ; qu'il y a lieu de dire et de juger que, de ce chef, la requête est irrecevable ». Or, le juge de juin 2018, voulait revenir sur les décisions du juge de janvier 2018, pour qui, « seul le constituant peut interdire l'action syndicale et le droit de grève, le législateur n'étant habilité qu'à encadrer leur exercice ». Pour tout dire, le juge cherche à interdire l'exercice du droit de grève dans certains établissements publics. Il le trouve donc dans le concept de l'impératif constitutionnel qu'il oppose au droit de grève, principe à valeur constitutionnelle. Une explication de l'argumentaire du juge nous permettra de nous positionner sur cette question.

- L'argumentaire du juge.

**En premier lieu**, le juge assure une interprétation extensive de la notion de « conditions »<sup>19</sup> dans lesquelles le législateur peut définir l'exercice du droit de grève. Pour la Cour, ces conditions vont de la restriction à l'interdiction : « que si ce texte reconnaît et garantit le droit de grève, son exercice intervient dans le cadre de la loi qui peut le restreindre voire l'interdire ».

**En deuxième lieu**, il se met sous le parapluie de sa jurisprudence antérieure qui élève la continuité du service public au rang de principe à valeur constitutionnelle, pour interdire le droit de grève sur le fondement de l'intérêt général et de la poursuite des objectifs de valeur constitutionnelle. Ainsi en est-il dans sa décision DCC 11-065 du 30 septembre 2011 : « L'État, par le pouvoir législatif, peut, aux fins de l'intérêt général et des objectifs à valeur *constitutionnelle*, interdire à des agents déterminés, le droit de grève ». Déjà, dans cette décision, le juge faisait prévaloir un principe constitutionnel sur un autre de même valeur, non pas dans une perspective de pondération (ou de restriction), mais de hiérarchie axiologique d'interdiction.

Cette décision est implicitement confirmée lors du contrôle de constitutionnalité de la loi n° 2015-20 du 02 avril 2015 portant statut spécial du personnel des forces de sécurité et assimilés dont l'article 25 dispose : « Les fonctionnaires des forces de Sécurité publique et assimilés sont tenus d'assurer leurs missions en toutes circonstances et ne peuvent exercer le droit de grève ».

---

<sup>19</sup> Article 31 de la Constitution de 1990 : « L'État reconnaît et garantit le droit de grève. Tout travailleur peut défendre, dans les conditions prévues par la loi, ses droits et ses intérêts soit individuellement, soit collectivement ou par l'action syndicale. Le droit de grève s'exerce dans les conditions définies par la loi ».

**En troisième lieu**, le juge élève le « *fonctionnement continu des services stratégiques et essentiels à la vie, à la santé, à la sécurité, à la justice, à la défense et à la mobilisation des ressources publiques indispensables à l'existence de l'Etat et à la construction* », en impératif constitutionnel devant lequel le droit de grève doit être purement et simplement interdit. La Cour met l'accent sur certains services publics régaliens de l'Etat, sans lesquels ce dernier perdrait son sens et son existence : « Qu'il est de l'essence et de l'existence de l'Etat que leur exercice soit continu ». L'interdiction se fonde sur deux éléments : la sauvegarde de l'intérêt général auquel l'exercice du droit de grève porte atteinte dans les « secteurs vitaux énumérés de la vie sociale et de la protection des citoyens » d'une part, et le maintien de l'existence de l'Etat, ainsi que « sa capacité à assurer les fonctions stratégiques et essentielles qu'au sein de la Nation, nul corps ni groupe de particuliers ne saurait exercer à titre principal » d'autre part.

- Notre position

La décision du juge du 28 juin 2018 a produit un choc aussi bien juridique que politique, contrairement à celle du 21 juin pour deux raisons au moins. La première, c'est la remise en cause d'un principe du droit des libertés devenu l'icône d'une jurisprudence très libérale selon laquelle il est interdit de prohiber de façon absolue et que la « liberté est la règle, la restriction de police l'exception »<sup>20</sup>. La seconde c'est qu'elle est en contradiction flagrante avec sa jurisprudence antérieure, encore jeune de six mois.

---

<sup>20</sup> Conclusions du Commissaire du Gouvernement Corneille sous l'arrêt Baldy, CE, 10 août 1917., n°59855; CE, 19 mai 1933, Benjamin, n°17413 et 17520.



En réalité, il faut considérer que dans le contentieux constitutionnel, le droit de grève est considéré comme **un droit de nuisance** qui « vient contrarier, bousculer, contredire les autres droits »<sup>21</sup>. En tout cas c'est ce qui ressort de la décision du Conseil constitutionnel dont le considérant a été repris *in extenso* dans la décision du juge béninois de 2011, qui a éclairé celle de juin 2018. Pour la première et la seule fois, le juge constitutionnel envisage l'hypothèse législative de l'interdiction du droit de grève : « [considérant] qu'en édictant cette disposition les constituants ont entendu marquer que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle, mais qu'il a des limites et ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels, dont la grève est un moyen, et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ; que, notamment en ce qui concerne les services publics, la reconnaissance du droit de grève ne saurait avoir pour effet de faire obstacle au pouvoir du législateur d'apporter à ce droit les limitations nécessaires en vue d'assurer la continuité du service public qui, tout comme le droit de grève, a le caractère d'un principe de valeur constitutionnelle ; que ces limitations peuvent aller jusqu'à l'interdiction du droit de grève aux agents dont la présence est indispensable pour assurer le fonctionnement des éléments du service dont l'interruption porterait atteinte aux besoins essentiels du pays »<sup>22</sup>. Mais à bien y voir, il ne s'agit pas d'une possibilité d'interdiction générale et absolue, mais bien celle qui concerne certains « agents du service public en grève ».

---

<sup>21</sup> GAHDOUN (P.-Y.), « Les aléas du droit de grève dans la Constitution », *Droit Social*, 2014, p. 349.

<sup>22</sup> Cons. const., n° 79-105 DC, 25 juillet 1979, cons. 1.

Dans ce même registre, le Conseil constitutionnel, en restant certes dans une démarche très formaliste a considéré que le régime d'interdiction de grève aux détenus qui travaillent n'est pas contraire à la Constitution, car ces derniers ne bénéficient pas du contrat de travail : « *les dispositions contestées, qui se bornent à prévoir que les relations de travail des personnes incarcérées ne font pas l'objet d'un contrat de travail, ne portent, en elles-mêmes, aucune atteinte aux principes énoncés par le Préambule de 1946 ; qu'elles ne méconnaissent pas davantage le principe d'égalité* »<sup>23</sup>.

Il existe également, en France, des régimes d'interdiction tenant à la nature du service public en cause. Il en est ainsi de la défense, où là encore, la Cour européenne des droits de l'homme dans l'Affaire Matelly c. France du 02 octobre 2014, semble très critique à l'endroit de ces régimes.

Le deuxième choc sur le revirement opéré ne peut juridiquement tenir car la décision, objet du présent revirement était elle-même un revirement : on est donc bien dans l'hypothèse du revirement du revirement.

En matière du droit de grève face à la continuité du service public la tendance générale est en faveur d'un régime d'aménagement strict, drastique, qui ne porte pas atteinte à la continuité du service public, comme le relève bien les lois sur le service minimum en France par exemple.

---

<sup>23</sup> Cons. const., n° 2013-320/321 QPC, 14 juin 2013, cons. 9.

Excepté le cas des forces de défenses qui sont naturellement rétives au droit de grève, l'idée est que le juge constitutionnel puisse trouver une conciliation formelle pour le cas des magistrats et du personnel de la santé, surtout que dans cette hypothèse comme l'ironisait René de Lacharrière : « *le droit à la protection de la santé est un optimisme que chaque maladie dément au moins à titre temporaire et l'encombrement des cimetières à titre définitif* »<sup>24</sup>. L'équilibre devrait donc être recherché. En somme, en cas de grève au Bénin, on ne doit pas sentir que l'on grève au Bénin.

Pour arriver à cette finalité, il eut été utile pour le juge de recourir à la technique de la réserve d'interprétation constructive, qui lui aurait permis d'effectuer une double opération : affirmer le droit de grève qui doit s'exercer dans les conditions de la loi. Fixer lui-même ces conditions en réécrivant à l'endroit du législateur un régime très restrictif fondé sur l'impératif constitutionnel de continuité qui pourra même décourager les candidats à la grève.

L'intérêt me semble être l'atteinte de son objectif, la préservation du régime de la liberté de grève et surtout la pérennité de sa décision. En inventant l'impératif constitutionnel axiologique, le juge constitutionnel veut faire œuvre d'éternité jurisprudentielle. Une seule question que je me pose : à quand le revirement du revirement du revirement d'un principe à valeur constitutionnelle devenu aujourd'hui un impératif ? Une autre décision pourra-t-elle remettre en cause un impératif constitutionnel en le reléguant

---

<sup>24</sup> DE LACHARRIÈRE (R.), « Opinion dissidente », *Pouvoirs*, n° 13, 1980, p. 146.

au rang d'un principe à valeur constitutionnelle ? Devrait-on avoir recours au constituant dérivé ou originaire dans cette opération ?

Pour finir, l'impératif constitutionnel au Bénin est une arme redoutable, comparable à une bombe atomique jurisprudentielle. Elle peut faire le bonheur des autorités qui l'exercent aujourd'hui, et heurter ceux qui la subissent. Ce qui est important, c'est que l'impératif constitutionnel possède aussi les caractères de la bombe atomique : une arme dissuasive, qui ne doit être engagée que dans des circonstances très exceptionnelles, face à un danger irrémédiable pour la survie de l'Etat, arme dont les codes doivent être détenus par les institutions constitutionnelles de l'Etat. En d'autres termes, l'impératif constitutionnel ne fera un bonheur au moins institutionnel, que s'il y a un consensus institutionnel sur le principe que l'on veut élever à ce prestigieux rang axiologique.

## DIRECTION DE LA PUBLICATION

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

### COMITÉ SCIENTIFIQUE

<b>Président d'honneur</b>	<b>Maurice AHANHANZO GLELE</b> 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)
<b>Président</b>	<b>Théodore HOLO</b> 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)
<b>Vice-Président</b>	<b>Koffi AHADZI-NONOU</b> Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques Membre de la Cour constitutionnelle du Togo (TOGO)
<b>Membres</b>	<b>Robert DOSSOU</b> 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) <b>Martin BLEOU</b> Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Ancien ministre (COTE D'IVOIRE) <b>Babacar KANTE</b> 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) <b>Babacar GUEYE</b> Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Université Cheikh Anta Diop de Dakar (SÉNÉGAL) <b>Dorothe C. SOSSA</b> 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) <b>Noël A. GBAGUIDI</b> 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) <b>Fabrice HOURQUEBIE</b> Professeur de Droit public, Université Montesquieu Bordeaux IV, Directeur de l'IDESUF, Directeur adjoint du CERCLE (FRANCE) <b>Dodzi KOKOROKO</b> Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques, Président de l'Université de Lomé (TOGO) <b>Adama KPODAR</b> Agrégré des facultés de Droit, Professeur de Droit public et de Sciences politiques Vice-Président de l'Université de KARA (TOGO) <b>Ibrahim SALAMI</b> 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) <b>Dandi GNAMOU</b> Agrégré des facultés de Droit, Professeure de Droit public, Université d'Abomey-Calavi, Conseillère à la Cour suprême du Bénin (BÉNIN) <b>Mahaman TIDJANI ALOU</b> Agrégré en Sciences politiques, Professeur à l'Université Abdou MOUMOUNI de Niamey (NIGER) <b>Brusil Miranda METOU</b> Agrégré des facultés de Droit, Vice-Recteur chargé de la recherche, de la coopération et des relations avec le monde des entreprises Université de DSHANG (CAMEROUN) <b>Victor P. TOPANOU</b> Maître de Conférences en Sciences politiques, Ancien Directeur de l'École doctorale "Sciences juridiques, politiques et administratives", Université d'Abomey-Calavi (BÉNIN) <b>Hygin KAKAI</b> 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