

UNIVERSITE D'ABOMEY-CALAVI
FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES

INTRODUCTION A L'ETUDE DU DROIT
COURS
PREMIERE ANNEE
2009-2010

- 1 -

Joseph DJOGBENOU
Agrégé des Facultés de droit
Avocat

Introduction

1. **Pourquoi un cours d'introduction à l'étude du droit ?** L'étudiant qui, après ses études secondaires, choisit d'entreprendre des études juridiques, n'a que, à l'instar de tout novice, que quelques idées vagues du droit. Il approche la matière par les professions judiciaires (Avocat, magistrat, notaire, huissier, commissaires priseurs etc.) ou juridiques (conseil juridique, agent d'affaires etc.). Il la découvre aussi au travers des représentations qu'en font les artistes par le théâtre et le cinéma¹, les auteurs et même les interventions des acteurs politiques et de certains citoyens à la télévision.

Or, le droit ou ce qu'on pourrait déjà appeler les sciences juridiques² constitue un vaste champ de connaissance et de pratique avec ses personnages, ses outils, son langage, ses codes d'accès. Il faut pouvoir donc en connaître l'esprit en vue d'une imprégnation facilement digeste. L'objet du présent cours est de fournir une clé d'accès à la compréhension d'une discipline si vaste, si variée et en profonde et incessante mutation.

Au sens ordinaire, l'introduction n'est-elle pas « l'action d'introduire, de faire entrer quelqu'un ».³ C'est ce qui prépare quelqu'un à la connaissance d'une chose, d'une matière. C'est une forme d'initiation. L'initié est appelé à approfondir les pré requis qui lui sont transmis. Et d'autres enseignants viendront, chacun avec sa discipline, vous conduire plus loin dans la connaissance du droit.

- 2 -

On a évoqué les mots « code » et « initiation ». C'est parce que le droit a son langage propre auquel il faut dès à présent se familiariser. Une science, (si on peut déjà parler de science juridique) se construit à partir d'un système d'expression et de communication. Ce langage qui recense les techniques et la pensée juridique paraît difficile, et, à certains égards, ésotérique. Le niveau de langue est souvent relevé avec l'emploi fréquent de mots peu usités (déclinatoire, usucapion, grever de servitude, hypothèque etc.), de verbes défectifs, c'est-à-dire les verbes dont certaines formes de conjugaison (modes, temps, personnes) ne sont plus usitées : exemple : seoir (il sied de considérer l'introduction à l'étude du droit comme un cours fondamental) ; surseoir (obtenir un sursis à statuer ; un sursis à l'exécution d'une peine etc.). Les locutions latines sont courantes. Exemples : *ab initio* (dès le début) ; *ab intestat* (sans testament : succession ab intestat) ; *abusus* (le pouvoir de disposition), *usus* (le pouvoir d'user une chose) ; *fructus* (le pouvoir de jouir des fruits d'une chose), etc. Vous vous familiariserez également aux aphorismes ou adages du droit. L'adage est une maxime ancienne et populaire élevée en principes de droit. Exemple : en amour, trompe qui peut (cela veut dire qu'alors que la tromperie est sanctionnée par la loi, dans les relations sentimentales, elle est parfois admise quand elle fait partie de la séduction). L'aphorisme est une brève définition, c'est-à-dire une formule concise résumant une théorie et renfermant un précepte. Ex : En fait de meubles, la possession vaut titre (celui qui détient un bien meuble est présumé avoir le titre de propriété) ; *Error communis facit jus* (l'erreur commune devient la règle).

¹ Cherchez à regarder : « L'inconnu dans la maison » de Jean-Paul BELMONDO ou encore « Les inconnus dans la maison » de Henri DECOIN ; Voir aussi Music Box de COSTA-GAVRAS.

² Nous reviendrons sur chacune de ces notions dans la suite du cours.

³ Le Nouveau Petit Robert 2009.

2. **Quel droit introduire ?** Lorsqu'on observe la planète terre, c'est la diversité du droit qui est frappante : le droit américain, le droit français, le droit chinois, le droit béninois, le droit sénégalais, le droit espagnol, suisse ou rwandais etc. Quand on emprunte une approche historique, on évoque le droit romain, le droit babylonien, l'ancien droit français, le droit coutumier ou traditionnel africain. A la diversité ethnique, géographique et historique, correspond une variété juridique. C'est bien en raison de ce que, *Ubi societas, ibi jus* : pas de société sans droit. Mais cette diversité juridique ne contrarie-t-elle pas les droits humains, universels parce que attachés à l'être humain en tant que tel et indépendamment de son espace de vie, de sa race ou de son ethnie ? Comment construire alors une mondialisation de l'économie sans une universalisation du droit ? A la vérité, on assiste à la disparition des barrières de toutes sortes en vue de la formation d'un ordre juridique quasi universel, fondé sur les principes progressivement établis au profit de tous les peuples (la non discrimination, la propriété, la liberté, la protection de la vie etc.).

Le présent cours prendra en considération cette évolution. Il se construira cependant à partir des systèmes juridiques qui ont produit le droit béninois. C'est donc le droit béninois qu'il faut introduire, dans ses composantes, avec son héritage, en prenant en compte la contribution historique du droit traditionnel et du droit français dans sa formation. On remarquera assez tôt que ce droit est essentiellement ouvert à toutes sortes d'influence. C'est parce que les barrières juridiques tombent progressivement, avec les barrières politiques. Le droit communautaire (OHADA⁴, UEMOA⁵ CIMA⁶ etc.) sont les instruments que les citoyens utilisent au quotidien et qui font l'objet d'enseignement et de recherches approfondies dans nos facultés. Mais le monde s'universalise et le droit aussi. OMC⁷, le statut de Rome instituant la Cour pénale internationale, les instruments universels et régionaux de protection des droits humains⁸ constituent les principaux outils d'étude du droit.

- 3 -

Indépendamment des orientations futures auxquelles l'étudiant en année de Licence sera confronté (droit privé, droit public, sciences politiques, histoire du droit), la présente introduction intéresse le droit dans son étendue. Elle posera les principes, c'est-à-dire offrira les clés au moyen desquels la connaissance des différentes disciplines juridiques pourra être facilitée.

3. **Comment introduire le droit ?** Introduire, c'est d'abord présenter les phénomènes du droit (première partie) avant d'en saisir les composantes à travers le Droit objectif (Deuxième partie) et les droits subjectifs (Troisième partie).

⁴ Organisation pour l'Harmonisation en Afrique de Droit des Affaires. Instituées par le Traité de Port-Louis (Ile Maurice), du 17 octobre 1993. L'organisation regroupe les pays suivants : Le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, les Comores, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée Equatoriale, le Mali, le Niger, le Sénégal, le Tchad, le Togo

⁵ Union Economique et Monétaire Ouest Africaine.

⁶ Conférence Interétatique des Marchés d'Assurance.

⁷ Organisation Mondiale du Commerce.

⁸ Déclaration universelle des droits de l'homme, Pacte international relatif aux droits civils et politiques etc.

Plan du cours

Introduction

Première partie : Les phénomènes du droit

Chapitre 1 : La règle de droit

Chapitre 2 : Les branches du droit

Chapitre 3 : Les fondements du droit

Chapitre 4 : Les particularismes du droit béninois

Chapitre 5 : La méthode juridique

Chapitre 6 : Les institutions et l'organisation judiciaires

Deuxième partie : Le Droit objectif

Chapitre 1 : Les sources du Droit objectif

Les sources formelles

Les sources réelles

- 4 -

Chapitre 2 : Les autorités en droit civil

La jurisprudence

La doctrine

La méthode de la jurisprudence et de la doctrine

Troisième partie : Les droits subjectifs

Chapitre 1 : La création des droits subjectifs

Les espèces de droits subjectifs (droits réels ; droits personnels ; le patrimoine)

Les différentes sources de droits subjectifs (le fait juridique, l'acte juridique, la responsabilité)

Chapitre 2 : La réalisation des droits subjectifs

La réalisation extrajudiciaire des droits subjectifs

La réalisation judiciaire des droits subjectifs

Bibliographie sommaire

I – Codes et lois

1. Code civil français, édition Dalloz ou Litec, la plus récente.
2. Code civil français rendu applicable aux colonies de l’Afrique Occidentale Française.
3. Loi n°2002-07 du 24 Août 2004 portant Code des personnes et de la famille de la République du Bénin.

II – Lexiques et Dictionnaires

1. ALLAND (Denis) et RIALS (Stéphane) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy/PUF, 2003.
2. BALEYTE (J.), KURGANSKY (A.), LAROCHE (Ch.), SPINDLER (J.), *Dictionnaire économique et juridique Français/Anglais*, L.G.D.J., 5^{ème} éd., Paris, 2000.
3. CABRILLAC (Rémy), (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd., LITEC, Paris, 2004.
4. CADIET (Loïc), (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, Paris, 2004
5. **CORNU (Gérard), Vocabulaire juridique, Association Henri CAPITANT, PUF, Paris, 2007, 986 pages.**
6. SAINT DAHL (Henry), *Dictionnaire juridique Dahl, Français/Anglais* ; Dalloz, 2^{ème} éd, Paris.
7. GATSI (Jean), NDJOCK (Jean Aimé), FOMCHIGBOU MBANCHOUT (Jean Jules), *Nouveau Dictionnaire juridique* ; UNIDA, Presses Universitaires Libres, Limbé, 2008
8. **GUILLIEN (Raymond), VINCENT (Jean) (dir.), Lexique des termes juridiques, DALLOZ, 10^{ème} éd., Paris, 2009.**
9. ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Adages du droit français*, LITEC, 4^{ème} éd., Paris, 1999.
10. ROLAND (Henri), BOYER (Laurent), *Locutions latines du droit français*, LITEC, 4^{ème} éd., Paris, 1998.

III – OUVRAGES

1. ATIAS (Christian), *Philosophie du droit*, PUF, Paris, 2004.
2. ATIAS (Christian), *Epistémologie juridique*, 1^{ère} éd., DALLOZ, Paris, 2002.
3. **CARBONNIER (Jean), Droit civil : Introduction, les personnes, la famille, l’enfant, le couple, PUF, Paris, 2004.**
4. **CORNU (Gérard), Droit civil : introduction au droit, 13^{ème} éd., MONTCHRESTIEN, PARIS, 2008.**
5. CORNU (Gérard), *Droit civil : Introduction, les personnes, les biens*, 10^{ème} éd., MONTCHRESTIEN, PARIS, 2001.

6. COURBE (Patrick), *Introduction générale au droit*, Mémento, DALLOZ, 11^{ème} éd., Paris, 2009.
7. DEGNI-SEGUI (René), *Introduction au droit*, EDUCI, Abidjan, 2009.
8. DRUFFIN-BRICCA (Sophie), *L'essentiel de l'introduction générale au droit*, Gualino lextenso 6^{ème} éd., Paris, 2009.
9. FRYDMAN (Benoît), HAARSCHER (Guy), *Philosophie du droit*, DALLOZ, Connaissance du droit, 2^{ème} éd., Paris, 2001.
10. JESTAZ (Philippe), *Les sources du droit*, DALLOZ, Connaissance du droit, Paris, 2005.
11. MAGNON (Xavier), *Théorie(s) du droit*, ELLIPSES, Paris, 2008.
12. MALAURIE (Philippe), *Anthologie de la pensée juridique*, CUJAS, 2^{ème} éd., Paris, 2001.
13. MAZEAUD (Henri, Léon et Jean), *Leçons de droit civil – Tome premier, Premier volume : Introduction à l'étude du droit*, 12^{ème} éd. par François CHABAS, MONTCHRESTIEN, Paris, 2000.
14. MILLARD (Eric), *Théorie générale du droit*, DALLOZ, Connaissance du droit, Paris, 2006.
15. SEVE (René), *Philosophie et théorie du droit*, DALLOZ, Cours, Paris, 2007.
- 16. SOSSA (Dorothe Cossi), Introduction à l'étude du droit, TUNDE, Cotonou, 2007.**
17. SOURIOUX (Jean-Louis), *Introduction au droit*, LITEC, Paris, 2002
18. SUEUR (Jean-Jacques), *Une introduction à la théorie du droit*, L'HARMATTAN, Logiques juridiques, Paris, 2000.
19. TERRE (François), *Introduction générale au droit*, DALLOZ, Paris, 2009.

IV – METHODOLOGIE

- 6 -

1. **DEFRENOIS-SOULEAU (Isabelle), *Je veux réussir mon droit. Méthodes de travail et clés du succès*, ARMAND COLIND, 4^{ème} éd. Paris, 2001.**
2. **MAZEAUD (Henri), CHABAS (François), *Exercices pratiques Droit civil, Introduction, personnes, incapacités, droits réels principaux, (sujets d'examen corrigés)*, MONCHRESTIEN, Paris, 2009.**

V – ENCYCLOPEDIES ET PERIODIQUES

1. Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit civil, 10 volumes.
2. Archives de philosophie du droit
3. Bulletin des arrêts de la chambre civile de la Cour de cassation
4. Gazette du Palais
5. Petites affiches
6. Recueil des arrêts de la Cour suprême du Bénin
7. Recueil Dalloz Sirey
8. Recueil Penant
9. Répertoire du Notariat Defrénois
10. Revue béninoise des sciences juridiques et administratives
11. Revue trimestrielle de droit civil
12. Revue trimestrielle Droit et Lois
13. Juris-Classeur périodique
14. Jurisprudence béninoise (publiée par la revue Droit et Lois)

15. La Voix judiciaire (Recueil des arrêts de la Cour d'appel de Cotonou)

- 7 -

VI – Sites juridiques importants

www.legifrance.fr

www.courdecassation.fr

www.ohada.com

www.cabinet-djogbenou.org (en construction).

www.dalloz.fr

Première partie : Les phénomènes du droit

Nous entendons par phénomènes les manifestations du droit. Ce par quoi cette discipline émerge à la conscience. Ces manifestations sont de divers ordres. On pourrait retenir : La règle de droit ; les branches du droit ; les fondements du droit ; les particularismes du droit béninois ; la méthode juridique ; les institutions et l'organisation judiciaires. Chacun de ces phénomènes fera l'objet d'un chapitre.

Chapitre premier : La règle de droit

Qui qu'il soit, l'homme est un être de besoins à satisfaire, de prétentions à exprimer, d'intérêts à protéger. En première année, les étudiants sont, par exemple, plus de 2 000. A l'heure du cours de l'introduction à l'étude du droit, chacun serait certainement intéressé à être devant pour mieux écouter le Professeur. Or, 2000 étudiants ne pourront pas rester aux premières loges. Comment faire accepter aux uns de rester au fond de la salle, aux autres dans les escaliers, à certains autres à l'entrée, tout en admettant que d'autres encore puissent se mettre au premier rang tout en maintenant l'ordre social ?

Dans l'autobus qui conduit les étudiants au cours, les places assises ne suffiront pas à tous, certains vont nécessairement rester debout. A quel titre d'autres vont s'asseoir ? Et au nom de quoi, le jeune homme qui est le premier à s'introduire dans le véhicule, et a pu se trouver un siège, devrait se lever et laisser sa place à la femme enceinte ou au vieil homme resté debout ?

- 9 -

Quand nous ouvrons le code des personnes et de la famille⁹ nous lisons à l'article 153 : « Les époux s'obligent à une communauté de vie. Ils se doivent respect, secours et assistance ». ¹⁰ A la mosquée, l'imam, et à la paroisse, le Curé ou le Pasteur nous prodiguent le même enseignement. On dit aussi, à l'article 122 du même texte, que le mariage ne peut avoir lieu, ni avec l'un de ses ascendants, ni avec l'un de ses descendants. C'est ce qu'on appelle **un inceste** : c'est-à-dire la relation charnelle entre proches parents ou alliés dont le mariage est prohibé par la loi. On dit encore qu'à tout âge, l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère (article 405 du Code des personnes et de la famille). Or, le décalogue enseigne aussi : « tu honoreras ton père et ta mère ». Le Code pénal dispose aussi que, en son article 295, que « l'homicide commis volontairement est qualifié meurtre ». Cela rappelle un autre commandement, contenu dans le décalogue : « tu ne tueras point ».

On peut retenir que dans l'amphithéâtre (ou amphi) de la première année de droit et de sciences politiques, les étudiants ont du se conformer à des règles pour se mettre en place et suivre le cours. On peut aussi affirmer que dans le bus, des règles ont été appliquées afin que certains restent debout et d'autres assis, et qu'en dépit de son retard, la femme enceinte et le vieil homme ont pu trouver une place assise. Dans une société humaine, il faut des règles, des normes. Au sein de notre famille, à l'atelier, à l'usine, au théâtre ou au cinéma, dans une entreprise, à l'école ou à l'université, tout est organisé au moyen de règles. Pour être possible, la vie en société appelle des prescriptions, des commandements, un ordre, une organisation. On peut même dire : organiser, c'est ordonner, c'est-à-dire, mettre en ordre ; donner des ordres, sous forme de normes et de principes.

⁹ Loi n° 2002-07 du 24 Août 2002, portant Code des personnes et de la famille

¹⁰ La même règle est prévue à l'article 215 du Code civil français. Dans ce Cours, c'est l'édition 2010 de LITEC qui est utilisée.

Dans les exemples cités, on peut reconnaître des règles morales, des préceptes religieux, des règles de bienséance, c'est-à-dire les usages mondains, les règles de civilité. Elles sont toutes, avec les règles de droit, des règles de conduite sociale. Elles gouvernent la vie sociale. On peut aussi citer les traditions, les rites et les pratiques d'ordre sectaire ou clanique. Les règles de conduites ont pour fonction d'assurer la régulation sociale.

Mais parmi ces règles, il faut encore désigner celles qui sont des règles de droit. A quoi pourrait-on reconnaître une règle de droit et la distinguer des autres règles de conduite ? Autrement dit, dans l'autobus des étudiants, dans l'enceinte de l'amphithéâtre, dans les exemples tirés de la bible, du Code des personnes et de la famille, du Code civil français, du Code pénal, quelles sont les règles de droit ?

Pour le savoir, il faut rechercher les caractères de la règle de droit. A cet égard, il faut distinguer les caractères génériques (en ce qu'ils sont communs à toutes les règles de conduites (**Section première**) des caractères spécifiques (**Section II**)

Section première : Les caractères génériques

Un important auteur¹¹, le **Doyen Gérard CORNU**¹², relève avec justesse, qu'étymologiquement, « règle de droit » procède à la fois d'une métaphore et d'un pléonasme. Le mot « règle » vient du latin (« regula »). Il désigne un objet rigide et rectiligne qui empêche de dévier. Le mot droit vient « direct », c'est-à-dire du latin « directum, ou dirigere » et signifie à la fois « en ligne droite » (en suivant les règles) et, au figuré, « conforme à la règle ». Mais il n'en demeure pas moins que la règle de droit développe des caractères relevant des « gènes » qu'elle a en partage avec les autres règles de conduites. Il s'agit du caractère obligatoire et du caractère général.

- 10 -

Paragraphe premier : Le caractère obligatoire

Une règle se définit par son caractère obligatoire : elle prescrit un commandement, appelle à être obéi. Elle contient un ordre, soit en ce qu'elle implique une action : porter secours et assistance à son conjoint, fournir des aliments¹³ à un ascendant dans le besoin ; soit en ce qu'elle interdit d'en accomplir et, prescrit plutôt **une abstention**. Exemples : interdiction de voler, de tuer etc. Mais la règle de droit se distingue aussi par son caractère général.

¹¹ On appelle auteur, une personnalité importante du monde des enseignants et des chercheurs de l'université dont les opinions scientifiques qui sont exposées dans les ouvrages sont respectées, et parfois, s'imposent à tous : on dit que ces opinions font autorité. L'ensemble des auteurs font partie de la doctrine. Exemple d'auteurs : Le Doyen Jean CARBONNIER ; Léon DUGUIT, le Doyen Gérard CORNU ; Raymond SALLEILLES etc.

¹² Gérard CORNU, Droit civil : introduction au droit, Montchrestien, 13 éd., Paris, 2008, p. 18.

¹³ Dans le langage courant, un aliment est ce qui sert de nourriture à un être humain. On pourrait alors utiliser le mot soit au singulier, soit au pluriel. Mais en droit, le mot a un sens particulier et se met toujours au pluriel : il désigne ce qui est nécessaire à l'entretien d'une personne. Exemples : le logement, la santé, la nourriture etc.

Paragraphe II : Le caractère général

Si on considère l'espace dans lequel il est édicté, la règle de droit n'a pas vocation à s'appliquer à un seul individu. Elle envisage de régir tous le groupe pressenti. Exemples : La Constitution béninoise du 11 décembre 1990¹⁴ s'applique à l'espace territorial béninois. Elle est la loi fondamentale qui détermine la forme de l'Etat, institue des droits au profit des citoyens, fixe leurs obligations, crée des organes principaux qui exercent le pouvoir d'Etat et pourvoit à leur fonctionnement. La loi béninoise sur le code des personnes et de la famille a pour objet de régir le statut de la personne et de la famille en vertu de leur identification juridique au Bénin. Le Code du travail du Bénin¹⁵ organise les rapports juridiques entre les employeurs¹⁶ et les travailleurs (encore appelés employés).¹⁷ La loi sur le Barreau du Bénin règle l'exercice de la profession d'Avocat dans ce pays et s'impose à tous ceux qui exercent cette profession.

En considérant que la règle de droit a un caractère général, on peut donc retenir qu'elle n'est pas universelle. Son caractère général est alors relatif : aucune règle ne s'applique, en tant que telle, à l'ensemble de l'humanité même s'il est vrai que les êtres humains ont en partage certains droits et principes qui sont considérés comme des droits fondamentaux. Exemples : le droit à la vie, le droit à la protection de sa vie privée etc.

Le caractère général de la règle de droit implique néanmoins que lorsqu'une loi s'adresse à une personne, elle n'est pas en réalité une règle : elle est plutôt une norme personnelle. C'est le cas de la loi portant immunité personnelle qui a été adoptée en 1990 au profit de l'ancien président Mathieu KEREKOU. Il s'agit plutôt d'une norme personnelle. Les romains parlent de disposition **ad personam**. La règle de droit est un précepte commun, une norme impersonnelle. La règle est générale lorsqu'elle a vocation à régir un ensemble de sujets.

- 11 -

De la même manière, le caractère général voudrait qu'une règle de droit soit une solution pour un type de situations et non la décision sur un cas ou une espèce précise : la règle de droit n'est pas un jugement. Mais ici, il convient de préciser : certaines règles constituent des principes. Exemples : Un principe : la liberté d'aller et venir (articles 15, 16 et 18 de la Constitution). L'exception : la garde à vue¹⁸ et la détention préventive¹⁹. Un autre principe : l'inviolabilité du corps humain. L'exception, l'intervention chirurgicale à fin thérapeutique. Cependant, l'exception est aussi une règle puisqu'elle entend régir une série de situations et non à apporter la solution à un cas précis.

¹⁴ Loi n° 90-32 du 11 décembre 1990 portant Constitution de la République du Bénin

¹⁵ Loi n° 98-004 du 27 janvier 1998 portant Code du travail de la République du Bénin

¹⁶ Un employeur est une personne physique et morale partie à un contrat de travail avec un salarié sur lequel il exerce un pouvoir de direction, de contrôle et de sanction.

¹⁷ Au sens de l'article 2 du Code du travail du Bénin qui a préféré le mot « travailleur » à celui de « employé », le travailleur est désigné comme « toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une personne physique ou morale, publique ou privée... ».

¹⁸ La garde à vue est la privation de la liberté individuelle de mouvement avant une décision de justice portant une condamnation pénale. Elle est effectuée par fait d'un officier de police judiciaire (gendarme ou agent de police). Elle a lieu dans l'enceinte d'un commissariat de police ou d'une gendarmerie. La détention préventive est la privation de liberté du fait d'un juge judiciaire. Elle a lieu dans une maison d'arrêt (la prison civile de Cotonou par exemple, qui reçoit aussi bien les personnes condamnées à une peine privative de liberté de mouvement, c'est en cela que c'est une prison ; et les personnes détenues à titre préventif, c'est en cela qu'elle est une maison d'arrêt).

¹⁹ La détention préventive est la privation de liberté individuelle de mouvement avant condamnation à une peine. Elle est ordonnée par un juge judiciaire. Elle a lieu dans une maison d'arrêt (la prison civile de Cotonou par exemple, qui reçoit aussi bien les personnes condamnées à une peine privative de liberté de mouvement, c'est en cela que c'est une prison ; et les personnes détenues à titre préventif, c'est en cela qu'elle est une maison d'arrêt).

Enfin, à l'exception des préceptes religieux, aucune règle de droit n'est destinée à régir la vie pour l'éternité : la règle de droit étant un outil de régulation de la vie sociale, elle évolue avec le temps et l'espace, autant que les êtres humains évoluent avec les conditions économiques, écologiques, sociales, politiques etc. Même si elle ambitionne de maîtriser l'avenir en constituant un acte de prévision, elle emprunte à l'être humain sa nature mortelle. Néanmoins, il faut distinguer les règles permanentes, établies sans limitation de temps, des règles de circonstances, prévues pour des événements déterminés. Exemple : les règles édictées pour régir les rapports des différentes institutions nées de la Conférence des forces vives de la nation pendant la période politique appelée la Transition.

La règle de droit ne se distingue pas seulement par ses traits génériques. Elle se mesure aussi par ses caractères spécifiques.

Section II : Les caractères spécifiques

La règle de droit est aussi caractérisé pas un élément extérieur, sensible et par sa finalité.

Paragraphe premier : L'élément extérieur : la contrainte étatique

La contrainte étatique est la marque la plus caractéristique de la règle de droit. La règle de droit est alors une règle de conduite ou une norme dont le respect est assuré, quand il le faut, au moyen de l'intervention de l'autorité publique. Pendant longtemps, dans les sociétés primitives dont l'organisation sociale était élémentaire, c'est le sujet du droit qui se fait lui-même justice. Il assure ainsi la sanction de la norme transgressée : c'est la justice privée. Son expression la plus courante est la vengeance. Mais dans une société organisée, les sujets renoncent au pouvoir qu'ils tiennent de la force de se rendre justice à eux-mêmes. C'est au corps social (Etat, communautés diverses etc.) qu'ils confient ce pouvoir, notamment à travers le contrat social (la Constitution, la loi fondamentale). En tant que corps social, l'Etat détient ainsi le monopole de la violence qu'il exerce en organisant la justice, en sanctionnant les transgressions et violations de la loi, en prêtant cette force au respect de la règle de droit.

Au sein de la société, on imagine difficilement une justice sans recours à la force publique. Le recours à la justice comprends, d'une part, l'exercice par le citoyen du pouvoir de faire reconnaître son droit par une action en justice et, d'autre part, le droit d'obtenir l'exécution forcée, s'il y a lieu, de ce qui aura été jugé, en empruntant les voies légales d'exécution.

La règle de droit n'est donc distincte des autres règles de conduites que par l'immanence de la sanction étatique. Dans une règle de droit, pèse toujours une sanction en cas de non respect.

Dans les cas que nous avons exposés, l'enfant qui n'honore pas ses parents, qui les insulte par exemple, pourrait être exhéredé, c'est-à-dire privé de droit successoraux.²⁰ La personne qui tue sera poursuivie pour meurtre et condamnée à une peine de privation de la liberté individuelle (5, 10, 15, 20 ans de travaux forcés, la prison à vie), ou, en droit béninois, à la peine de mort. Le défaut de cohabitation par les époux pourra être sanctionné par le divorce et le mariage entre parents sera annulé. Les normes qui établissent ces règles de conduites sont des règles de droit.

²⁰ L'exhéredation est une action par laquelle un testateur prive les héritiers de leurs droits successoraux.

En revanche, si dans le bus le jeune garçon ne s'était pas levé pour permettre à la femme enceinte ou à l'homme plus âgé de s'asseoir, il n'y aura que la réprobation de sa communauté, de sa société, de ses camarades : son comportement tend au respect d'une règle de bienséance et non d'une règle de droit. La raison est que, s'il ne se levait pas, il n'y aura pas de contrainte étatique. De même, l'enfant n'a pas prié avant de se coucher le soir, ou qui n'a pas fait sa toilette n'enfreint pas une règle de droit. Il s'agirait plutôt d'une règle religieuse ou d'un précepte pour la protection de son corps. Il n'y aura pas de sanction étatique pour le contraindre.

Cela dit, les sanctions qui assurent l'effectivité de la règle de droit sont caractérisées par leur diversité. Il y a des sanctions de nature préventive : un juge ordonne l'apposition des scellés pour éviter la disparition des pièces ou des preuves à l'occasion d'un décès ; il ordonne le huis clos pour éviter les troubles à l'audience, ou pour protéger la moralité et la dignité de la personne qui comparaît (mineur dans une procédure de viol ; époux dans une instance de divorce pour faute etc.).

D'autres sont de nature répressive. Il s'agit des sanctions pénales : amende, emprisonnement, peine de mort etc. D'autres encore ont une nature réparatrice : ce sont les sanctions civiles. Exemples : restitution, annulation d'un contrat contraire à l'ordre public²¹ ou aux bonnes mœurs²², remise d'un objet ou bien dégradé dans son état (il s'agit, dans ces cas, d'une réparation en nature) ; allocation de dommages et intérêt (on dit, dans ce dernier cas, qu'il y a une réparation par équivalent). La sanction peut également avoir une nature disciplinaire (révocation d'un magistrat, radiation d'un avocat etc.). Elle s'adresse alors à un professionnel qui a violé les règles d'exercice de sa profession (on parle de règles déontologiques). La sanction peut également être fiscale ou administrative.

Il faut néanmoins souligner que la sanction ou contrainte étatique dont la règle de droit est porteuse n'est appliquée que de manière exceptionnelle, en cas de violation de la norme protégée et de mise en œuvre de la procédure judiciaire de sanction. Ces cas sont peu nombreux, au regard de l'importance de la réalité conflictuelle dans une société. D'autres mécanismes sont souvent préférés par les citoyens (règlement par le chef de famille, transaction, intervention d'un responsable de culte etc.). Il est même souhaitable que la contrainte étatique reste à l'état de menace (on dit que la contrainte étatique a une vertu comminatoire). La vie humaine serait difficile à vivre si le droit devrait s'appliquer à toutes les situations.

Outre la contrainte étatique, la règle de droit se caractérise aussi par sa finalité.

Paragraphe II – La finalité de la règle de droit

La vocation de la règle de droit est de faire Reigner la paix sociale. Or, celle-ci passe par la régulation des rapports extérieurs que les êtres humains entretiennent. La finalité de la règle de droit est de régler ces relations extérieures des êtres humains. C'est ce qui distingue la règle de droit des autres règles de conduite, notamment la religion, la morale et les règles de bienséance. Il sera alors possible de distinguer entre les sociétés juridiques et les sociétés non juridiques.

²¹ C'est le caractère des règles qui s'imposent à tous pour des raisons de moralité et de sécurité publique. Exemple : conclure un contrat de travail qui transforme le travailleur en esclave ; établir un rapport juridique sur la base d'une discrimination raciale, ethnique, religieuse, sexuelle etc.

²² Les bonnes mœurs sont des règles imposées par la morale sociale (l'interdiction de la prostitution, se montrer en public nu etc. la vente d'un organe du corps humains, la violation de sépulture ainsi que la violation du respect dû aux morts etc.) dont la violation est sanctionnée, aussi bien en matière civile que pénale.

A – La règle de droit et les commandements religieux

Lorsqu'une religion adresse des commandements (des préceptes ou règles) à ses fidèles, c'est pour enseigner la morale évangélique et, notamment, l'éthique de la charité : aimer son prochain, éteindre dans son cœur la convoitise, la jalousie. Mais certaines règles religieuses coïncident avec les règles de droit : tu ne tueras point. On peut constater que la règle de droit partage la même finalité que les commandements religieux : ils poursuivent la paix sociale. S'il est interdit de tuer son prochain, c'est pour protéger chaque individu, ainsi que le corps social. Ces préceptes tendent à prévenir les troubles.

Qu'est-ce qui distingue alors les commandements religieux de la règle de droit ?

La distinction s'opère quant aux domaines d'application des deux corps de règles. Les commandements religieux établissent un lien, un rapport entre l'être humain et Dieu. Alors que la règle de droit sanctionne les rapports entre l'être humain et ses semblables.

La distinction s'affirme aussi quant à la sanction attendue de leur violation : dans le commandement religieux, la sanction n'appartient pas à l'Etat. Elle ébranle plutôt l'espérance d'une attente spirituelle. Exemple : la vie éternelle.

Ces distinctions devront néanmoins être nuancées : dans certaines sociétés, les préceptes religieux sont élevés au rang de règles juridiques de sorte que leur effectivité est assurée au moyen de la contrainte étatique. Il s'agit des Etats théocratiques ou religieux. On en compte quelques uns dans le monde : le Soudan, Israël, l'Iran, l'Afghanistan, etc. Ces Etats sont à distinguer des Etats laïcs comme le Bénin, le Sénégal, La France, au sein desquels la contrainte étatique n'assure pas l'application des règles religieuses.

- 14 -

B – La règle de droit et les règles de morale

La règle de droit et les règles de morale visent aussi, avec les commandements religieux, la paix sociale. Mais à partir de cet objectif général, les distinctions se déclinent aussitôt.

En premier lieu, la distinction est relative aux buts spécifiques : le but du droit est le maintien de l'ordre social. Le but de la morale est le perfectionnement intérieur de l'être humain. La liste des devoirs de la morale est plus étendue et les préceptes plus rigoureux que celle du droit. La règle morale interdit, par exemple, la tromperie sous toutes ses formes. Mais en droit, notamment en ce qui concerne les fiançailles et le mariage, un principe, sous forme d'adage ou de maxime juridique : « trompe qui peut ». C'est pourquoi on considère que le dol (la tromperie) n'est pas une cause de nullité du mariage. La justice poursuivie par le droit est relative, elle n'a pour objet que de maintenir l'ordre social. Or, la justice recherchée par la morale est absolue. Alors que la justice poursuivie par le droit est portée par l'impératif hypothétique (fais ce qui est nécessaire si cela contribue au maintien de l'ordre social), celle envisagée par la règle morale est dominée par l'impératif catégorique (fais ce que dois, advienne que pourra : peu importe les conséquences, agis conformément à la morale).

En deuxième lieu, elle (la distinction) porte sur l'appréciation du mérite des actions. Le droit s'en tient, en principe, aux attitudes extérieures. Ce sont elles qui sont sanctionnées. Ainsi, dans l'adultère par exemple, ce n'est pas le désir, ni la volonté d'entretenir une relation charnelle avec une personne mariée qui sont réprimés par la loi. Ces attitudes ne sont pas extérieures. Ce sont plutôt les rapports

physiques, les comportements extérieurs qui laissent supposer ces rapports qui sont sanctionnés par le droit aussi bien en matière civile (annulation du mariage pour faute) ou pénale.²³ Or, la morale entend pénétrer les cœurs et, dans le cas que nous venons d'exposer, la simple convoitise, le désir et la volonté de solliciter les faveurs charnelles de la personne mariée sont soumis à la sanction morale.

En troisième lieu, la différence est notable, en ce qui concerne la sanction. La sanction de la règle de droit est étatique alors que celle de la règle de morale est essentiellement extérieure : ici, c'est la voix de la conscience qui parle au sujet. La différence tient aussi à la nature des deux corps de règles. Le philosophe **Emmanuel KANT**²⁴ a mis en évidence cette distinction : il considère que le droit est hétéronome, qu'on ne peut être, à la fois, juge et partie ; alors que la morale est autonome, c'est-à-dire qu'en morale, chacun est son premier juge. Il faut néanmoins souligner que lorsque la violation de la règle de morale n'est pas restée secrète, c'est-à-dire ignorée des autres membres du groupe, elle fait l'objet de réprobation de la collectivité. Elle devient alors hétéronome. A l'inverse, le droit laisse un sentiment d'autonomie aux contractants sur lesquels il exerce une contrainte : ceux-ci sont obligés parce qu'ils l'ont voulu.

Soulignons que la séparation du droit et de la morale avait été fortement critiquée par un célèbre auteur : Georges RIPERT (1880-1958). Il a considéré que la morale a fortement pénétré le droit. Par exemple, le dol (c'est-à-dire la tromperie) peut être une cause de nullité de certain contrat. La bonne foi des parties est exigée dans l'exécution d'un contrat (art. 1134 al. 3 du Code civil).

C – La règle de droit et les règles de bienséance

Il y a de nombreuses règles extra juridiques qui ont également pour vocation d'assurer l'ordre social mais qui ne sont pas des règles de droit. Ces règles de bienséance sont des règles de civilité ou de courtoisie. Elles correspondent aux codes d'honneur : s'incliner devant une femme mariée en lui tenant la main ; se lever lorsqu'une autorité entre ; ne pas offenser dans son discours la morale en employant des mots et expressions desquels sont exclues la trivialité, la familiarité etc.

La distinction entre les règles de bienséance et la règle de droit ne tient pas en ce que les premières seraient dépourvues de sanctions : la sanction existe bien dans les règles de bienséance. Tantôt, c'est la réprobation du corps social, l'exclusion du groupe auquel on appartient ; les représailles, la raclée paternelle etc.

La distinction réside en ce que les règles de bienséance sont dépourvues d'action en justice. Les règles de bienséance n'ont pas atteint le degré de juridicité nécessaire pour assurer leur protection par le droit.

²³ Il faut souligner ici qu'une décision de la Cour constitutionnelle a récemment déclaré contraire à la Constitution les dispositions du Code pénal du Bénin relatives à l'adultère.

²⁴ Repris par Jean CARBONNIER dans son ouvrage visé dans la bibliographie sommaire, p. 38.

D – Sociétés juridiques et sociétés non juridiques

La règle de droit, rempli des caractères qui précèdent, ne règle pas la vie sociale suivant la même importance dans tous les Etats. Si l'on considère que la contrainte étatique est le trait de caractère le plus important de la règle de droit, ce sont les sociétés dans lesquelles la formation de l'Etat atteint son degré d'achèvement qui consacrent la règle de droit dans sa plénitude. La contrainte suppose d'abord la formation de l'Etat. Or, il y a des sociétés sans Etats. C'est le cas de certaines nations : les kurdes par exemples. Il y a des sociétés dans lesquels l'Etat dégénère : c'est le cas de la Somalie. La contrainte suppose en outre la présence de l'Etat, même si celui-ci est formé. Or, on se rend compte que dans de nombreuses sociétés africaines, l'Etat n'est pas partout présent. La règle de droit non plus. Dans tous ces cas, ce sont d'autres normes, comme les règles de morale ou les préceptes religieux qui assure, dans une proportion importante, la régulation sociale. On en vient alors à distinguer les sociétés juridiques des sociétés non juridiques. Au sein de la première catégorie, la règle de droit à une prééminence dans la régulation sociale : ce sont les sociétés occidentales. Au sein de la seconde catégorie, ce sont les règles de morale ou les préceptes religieux qui ont la faveur de la régulation sociale : c'est le cas des sociétés africaines et orientales.

Mais la distinction n'est pas radicale. Il y a un mouvement important qui s'observe même en occident. C'est la tendance en faveur de la banalisation du droit. On recherche en effet les faveurs des autres normes. L'une des manifestations est le développement des **modes alternatifs de règlement des conflits** (MARC). Il s'agit de la médiation, de la conciliation et, pour certains, de l'arbitrage. Or, la médiation et la conciliation visent à écarter le droit dans le règlement du conflit. L'équité, concept à valeur morale, reprend du terrain. L'autre manifestation de ce courant porté par les sociologues est la dejuridicisation (le fait de ne plus attacher de valeur juridique à certaines normes afin d'éviter des sanctions de même nature) et la déjudiciarisation (le fait de ne pas rechercher la sanction judiciaire en cas de transgression d'une norme). Développés dans les Etats d'Amérique du Nord (Etats-Unis, Canada), cette tendance à gagner l'Europe, notamment la France et on a pu remarquer qu'en matière pénale, les tribunaux peuvent ne pas connaître de certaines infractions lorsque la personne poursuivie reconnaît l'acte commis. Elle négociera la peine avec les représentant de l'ordre public : c'est la procédure du plaider coupable, encore appelée la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.²⁵ C'est une forme de déjudiciarisation.

En revanche, les sociétés africaines et orientales s'éveillent à la modernité par le biais des activités commerciales. Le droit qui accompagne ces activités gagne ces sociétés. Dans chaque village africain, il y a un téléphone mobile. L'internet gagne les contrées les plus reculées. La règle de droit aussi. Sur le terrain des droits humains, c'est toute l'humanité qui est saisie par la règle de droit.

On pourrait retenir qu'au-delà des distinctions, les normes sociales sont nécessaires à l'organisation et à la survie de toute société humaine.

²⁵ Loi française n°2004-204 du 9 mars 2004. Cette procédure est introduite en droit camerounais.

Chapitre II : Les branches du droit

On reconnaît le droit à travers ses branches. C'est que le droit est un gros arbre constitué de plusieurs branches. On pourrait également le comparer à une pièce qui, si elle n'est pas en lambeaux (coupée en plusieurs, de manière non harmonieuse et incohérente) est néanmoins en rameaux (subdivisée en plusieurs, de manière cohérente et harmonieuse. Chaque pièce fait partie d'un système, au sein duquel elle joue un rôle important, et en dehors duquel elle perdrait toute identité, toute spécificité et toute effectivité : il s'agit du système juridique). Le droit répond ainsi à une division classique, c'est-à-dire traditionnelle (**Section première**). Mais il y a lieu de souligner aussi les divisions nouvelles (**Section II**).

Section première : Les distinctions traditionnelles

On oppose d'abord le droit privé au droit public (**Paragraphe premier**). On oppose ensuite les droits substantiels aux droits non substantiels (**Paragraphe II**).

Paragraphe premier : Distinction entre droit public et droit privé

Dans le système juridique d'inspiration et de tradition française, c'est la division majeure. Le système juridique anglo-saxon, fondé sur la **Common Law** échappe quelque peu à cette division. Mais elle traverse tout le droit béninois, avec, néanmoins, quelques atténuations sur lesquelles il convient de revenir.

Le droit public a pour objet la forme de l'Etat, l'organisation et le fonctionnement des pouvoirs publics en son sein. Par exemple : l'Etat du Bénin devrait-il être une monarchie²⁶, c'est à dire une Principauté²⁷, ou une royauté²⁸ ? Ou bien l'Etat devrait-il prendre la forme d'une République²⁹ ? La Constitution béninoise du 11 décembre 1990 décide que l'Etat béninois est une République.³⁰ Elle règle ainsi la question de la forme de l'Etat. Mais l'Etat doit exercer des pouvoirs pour assurer la protection, la sécurité et l'épanouissement de ses sujets, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur (l'éducation, l'emploi, la santé, l'économie etc.). Ce sont les pouvoirs d'Etat au sujet desquels un penseur célèbre, MONTESQUIEU, affirme qu'il ne faut pas les confier à une seule personne, à un seul organe. Il faut les séparer : c'est la théorie de la séparation des pouvoirs : le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire. Mais à quels organes confier ces pouvoirs et comment vont-ils fonctionner ? C'est encore le droit public, notamment le droit constitutionnel qui répond à cette question. Par exemple : la Constitution béninoise a décidé de confier le pouvoir exécutif au Président de la République qui l'exerce à travers son gouvernement. Elle confie le pouvoir législatif à l'Assemblée nationale composée de députés. Elle confie enfin le Pouvoir judiciaire, au plus haut sommet, à la Cour suprême et à la Haute Cour de justice.

²⁶ La monarchie est le régime politique caractérisé par le commandement d'un seul homme. La transmission du pouvoir est généralement héréditaire, notamment au sein d'une même famille.

²⁷ Une Principauté est une entité politique de faible superficie avec un gouvernement souvent de type monarchique. Exemples : Liechtenstein, Monaco, les Emirats arabes unis.

²⁸ C'est le régime politique dont le chef est un roi. Il prend, souvent, la forme d'une monarchie héréditaire, à l'image du Royaume du Maroc ou du Royaume du Swaziland en Afrique australe.

²⁹ La République est, généralement, la forme du Gouvernement dans lequel les citoyens détiennent la souveraineté.

³⁰ La forme républicaine de l'Etat béninois est contenue affirmée par l'article 1^{er} al. 1^{er} de la Constitution en ces termes : « L'Etat du Bénin est une République indépendante ».

Le droit public organise aussi les rapports juridiques entre l'Etat et les citoyens. Ces rapports sont réglés, en grande partie, par le droit administratif.

Par contre, le droit privé régit les rapports des particuliers entre eux. C'est le droit des relations privées, de particuliers à particuliers. Il faut bien comprendre que le particulier peut être une personne physique comme il peut être une personne morale de droit privé, c'est-à-dire un groupement auquel la loi a accordé les attributs d'une personne juridique. Exemples : une société, une association.

Le droit civil est l'une des branches essentielles du droit privé. C'est la branche du droit privé qui régit les rapports de la personne et de la famille, tant dans ses droits que dans ses obligations. C'est le droit de la personne dans ses rapports intimes (la conception, la naissance, la famille, la mort, la succession etc.), et surtout non professionnels. Dans ce domaine, le droit civil s'applique toutes les fois qu'une disposition de la loi ne renvoie pas la solution à une autre discipline juridique : on dit que le droit civil est le droit commun. Exemple, la loi a soumis l'exécution du contrat commercial au droit commercial. Mais la formation du contrat commercial est régie par le droit civil, à travers le code du même nom (article 1107 et suivant du code civil).

Le droit commercial est une autre branche du droit privé. Il s'occupe des rapports entre les particuliers qui exercent une activité commerciale. C'est ainsi qu'il règle le statut du commerçant, les actes de commerce, les opérations commerciales, le droit des sociétés commerciales etc. Au droit commercial, se substitue de plus en plus le droit des affaires, qui regroupe les disciplines voisines à la matière commerciale. Exemple : le droit du travail et de la sécurité sociale, les procédures collectives d'apurement du passif, les voies d'exécution. Les instruments juridiques du droit commercial et de son substitut, le droit des affaires sont, dans les Etats membres de l'espace OHADA comme le Bénin, constitués des Actes uniformes.³¹ Certains soutiennent même l'existence d'un droit économique, avec un volet droit public. Ce droit économique comprendrait, outre les matières du droit des affaires, le droit des biens, celui, en droit public, des marchés publics ; le droit fiscal etc.

- 18 -

Paragraphe II : Distinction entre droits substantiels ou déterminateurs et droits non substantiels ou sanctionneurs

Certains droits sont dits substantiels ou matériels en raison de ce qu'ils définissent, sans référence à d'autres corps de règles, la matière sur laquelle ils portent. En réalité, les auteurs ont remarqué que parmi les règles de droit, certaines posent des règles de conduite sociale, définissent les droits et obligations de chacun ; prescrivent ou prohibent certains comportements. Ils qualifient ces droits de droits déterminateurs en raison de ce que ceux-ci déterminent les droits subjectifs substantiels dont un sujet peut se prétendre titulaire. Exemple : le droit de propriété, le droit de créance etc. Ils sont qualifiés de droits substantiels parce qu'ils touchent la substance des droits dont ils définissent les conditions d'existence, d'exercice, de transmission ou d'extinction. C'est le cas du droit civil, du droit administratif, du droit commercial et même du droit pénal. Tous ces droits définissent des règles de conduite, en terme d'action ou d'abstention voire de prohibition comme les infractions en droit pénal.

³¹ On appelle Actes uniformes, les actes pris par le Conseil des Ministres de l'OHADA pour l'adoption des règles communes dans le cadre de l'harmonisation du droit des affaires (article 5 du traité instituant l'OHADA). A ce jour, les Actes uniformes ci-après sont en vigueur : droit commercial général, droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique (GIE), droit comptable, sûretés, procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, procédures collectives d'apurement du passif, transport de marchandises par route.

En revanche, le droit est dit sanctionnateur ou non substantiel lorsque son objet et sa fonction consistent à assurer la sanction des droits déterminateurs. Le droit sanctionnateur n'a donc pas d'existence propre. Il est l'accessoire du droit déterminateur ou substantiel dont il assure l'effectivité ou la jouissance. Le droit sanctionnateur règle l'application du droit déterminateur (à ce titre, on l'appelle aussi droit régulateur). Il en assure aussi la réalisation (à ce titre, on l'appelle également droit réalisateur). *Jura supra jura*, les droits sanctionnateurs sont les droits sur les droits. Le droit judiciaire privé, la procédure administrative et la procédure pénale, font partie des droits sanctionnateurs ou non substantiels. Leur existence dépend, bien entendu, de droit substantiel qu'est le droit civil, pris au sens large. « Servantes des autres lois », les droits non substantiels ne peuvent être compris ni appliqués dans l'ignorance de « ces autres lois ». Au demeurant, le législateur fixe, de plus en plus, avec les règles substantielles, déterminatrices, les règles de procédure, sanctionnatrices. Exemples : Le Code des personnes et de la famille (art. 235 et s.) a, à l'instar du Code civil français (art. 247 et s.) fixé les règles relatives à la procédure à la suite de celles touchant au fond du divorce (art. 220 et s. du CPF et art. 229 et s. du Code civil français).

Au-delà de cette division classique, il existe des branches dont l'objet de réflexion est le droit lui-même, prise comme une discipline scientifique. On pourrait citer :

1°) **La théorie générale du droit.** Elle étudie les concepts dont le droit se sert : la faute, la fraude, le silence, la bonne foi, l'ordre public ; l'Etat, la Nation, la souveraineté etc. Elle fixe abstraitement la signification des notions courantes (contrat, convention, risque etc.). Pour en avoir une première idée, il faut rechercher les ouvrages de théorie générale du droit cité dans la notice bibliographique ainsi que le *Vocabulaire juridique* de Gérard CORNU, ou encore l'édition dernière du **Lexique des termes juridiques**.

- 19 -

2°) **La philosophie juridique.** Elle se propose de rechercher les fondements des débats et des solutions juridiques. Elle vise aussi le sens et la finalité des réflexions juridiques. Il convient de se référer à la documentation proposée, notamment les ouvrages de philosophie du droit.

3°) **La légistique ou la science de la législation.** Comment élaborer une norme juridique, une règle de droit ? Quels sont les outils, les méthodes utilisés. C'est l'objet de la science de la législation, encore appelée légistique.

Même si les tendances traditionnelles n'ont pas disparu, des divisions nouvelles s'imposent à la compréhension du droit.

Section II : Les divisions nouvelles

De nouvelles classifications émergent, au gré du développement économique, de la mutation des rapports sociaux. On pourrait signaler, d'une part, la classification née de l'ouverture des disciplines juridiques (**Paragraphe premier**) et, d'autre part, les classifications de l'approfondissement des disciplines juridiques (**Paragraphe II**).

Paragraphe premier : Les classifications nées de l'ouverture des disciplines juridiques

De nouvelles disciplines viennent au droit. Il s'agit, en particulier, de la sociologie juridique, de l'ethnologie juridique, de la psychologie juridique, de la linguistique juridique. Sciences sociales par nature, elles développent, en réalité, une anthropologie juridique moderne.

A- La sociologie juridique

Encore appelé sociologie du droit, elle présente les phénomènes juridiques comme des phénomènes sociaux dont elle vise l'étude. Il faut comprendre néanmoins que le sociologue du droit n'est pas un juriste. Elle étudie le droit du dehors et non de l'intérieur. Elle étudie également le droit non pas avec les outils et la méthode juridiques mais plutôt avec les outils et la méthode de la sociologie générale.

B - L'ethnologie juridique

Elle se présente comme une sociologie juridique spécialisée dans l'étude des systèmes juridiques des peuples dits primitifs. Elle s'occupe des droits locaux, notamment coutumiers. Dans un sens strict, l'ethnologie juridique se propose d'étudier le droit de chaque ethnie en ce qu'il a de spécifique. Elle devient anthropologie juridique lorsqu'elle envisage d'étudier ce qu'il y a d'essentiel dans l'homme juridique, c'est-à-dire l'être humain vivant en société sous l'autorité ou la conduite du droit.

- 20 -

C - La psychologie juridique

Elle se propose d'étudier, par l'observation ou l'expérimentation (les tests), les causes psychiques des phénomènes juridiques (Exemple : elle découvre qu'un enfant qui subit des violences au foyer devient violent en société et commet des infractions sur les personnes : violences et voies de fait, viols, homicides etc.).

D - La linguistique économique

C'est la science du langage telle qu'elle est appliquée au langage du droit. Le droit a son vocabulaire, emploie des mots qui ne sont qu'à lui, dans les formulations qui lui sont propres. Par exemple : dans ce cours, nous avons déjà découvert certains : légistique, juridicité, ordre public, bonnes mœurs etc. Nous en découvrirons d'autres. Il faut souligner que la particularité du langage juridique tient à ce que, dans l'espace d'inspiration juridique française, le droit apparaît comme le gardien de la langue française. C'est encore en droit, qu'on utilise avec fréquence les modes peu ordinaires : le subjonctif, le conditionnel ; les verbes défectifs etc.

Paragraphe II : Les classifications nées de l'approfondissement des disciplines juridiques

L'approfondissement des disciplines juridiques classiques conduit à la spécialisation du droit par voie d'apparition de nouvelles branches.

On a, par exemple, le droit pénal des affaires. Son objet est d'étudier les infractions pénales auxquelles pourraient conduire l'exercice d'une activité commerciale : abus de biens sociaux, défaut de libération de parts sociales etc.

Il y a aussi le droit de la cybercriminalité, du contrat virtuel. Le droit maritime a fini par se détacher du droit commercial ainsi que le droit des transports aériens. On soulignera aussi le développement du droit de la propriété intellectuelle ou industrielle etc.

Chapitre III – Les fondements du droit

On a défini la règle de droit comme une règle de conduite nécessaire à la vie en société. Mais il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur les fondements de cette règle. Une question essentielle se pose : Au-delà du droit, tel que nous le percevons, tel qu'il se décline au travers des lois, des coutumes, de la jurisprudence, existe-t-il un droit absolu ? Y a-t-il une règle qui soit au-delà de la règle de droit ? La question occupe encore juristes et philosophes, notamment les philosophes du droit. Plusieurs tendances se dégagent au niveau de la pensée. On peut en retenir les deux principales suivant que l'on considère que le droit se suffit et ne s'explique que par la **réalité positive**, au contraire, qu'il ne s'explique que par des données, (ou des **idées**) qui lui sont supérieures. On distinguera alors les tendances positivistes (**Section première**) de celles idéalistes (**Section II**).

Section première : Les tendances positivistes

Selon les positivistes, le droit ne s'explique que par la réalité positive. Le contenu du droit se trouverait alors dans les phénomènes par lesquels il se manifeste : la loi, la coutume, la jurisprudence etc. Ces penseurs nient l'hypothèse de données extérieures à ces phénomènes, qui justifieraient et qui serviraient de fondements à la règle de droit. Mais comment déterminer ou fixer le contenu de cette réalité positive ? La réponse à cette question fait éclater les positivistes en deux grandes écoles. Certains considèrent que cette réalité positive se trouve dans le droit lui-même ou la norme : c'est le positivisme formaliste (**Paragraphe premier**) ; d'autres la recherche dans les faits : c'est le positivisme factualiste (**Paragraphe II**).

- 22 -

Paragraphe premier : Le positivisme formaliste

On dit du positivisme qu'il est formaliste en ce qu'il fonde la règle de droit dans son expression formelle, c'est-à-dire au travers des institutions juridiques qui l'incarne. C'est un positivisme « **fermé sur le droit** » si l'on emprunte les termes du Doyen CARBONNIER. Il s'agirait d'un positivisme juridique. Selon les auteurs de cette tendance, il existe un droit positif constitué par l'ensemble des règles de droit en vigueur dans un Etat à un moment donné. Ainsi, lorsqu'on parle du droit béninois, on désignera l'ensemble des règles de droit actuellement en vigueur dans ce pays. Ce sont les règles juridiques effectives. Deux sous-tendances se profilent : le légalisme et le normativisme.

A – Le légalisme (ou positivisme légaliste)

Le positivisme légaliste fonde le droit dans la loi qu'il a pendant longtemps, considéré comme ressort exclusif du droit. Si le droit est identifié à la loi, il n'y a que l'Etat qui produise celle-ci. Le droit procède donc de la volonté de l'Etat ainsi que l'affirme Thomas HOBBS qui est l'un des auteurs de cette tendance. Un autre auteur du légalisme est le philosophe HEGEL qui identifie le droit à l'Etat lui-même, d'où le concept de l'Etat de droit.³² Puisque c'est l'Etat qui proclame le droit, la règle de

³² Le concept d'Etat de droit est polysémique, c'est-à-dire a plusieurs sens. On le définit comme l'Etat qui agit au nom du droit. Il est désigné aussi comme l'Etat qui reconnaît la supériorité du droit. A l'origine, le concept a été élaboré par des juristes allemands, à la fin du XIX^e siècle. Le **Rechtsstaat** (Etat de droit en allemand), était un moyen d'organisation rationnelle de l'Etat. C'est un Etat dans lequel le gouvernement et l'administration sont tenus de respecter la loi. Toutefois, en Allemagne, lorsque les Nazis ont mis en place un Etat totalitaire, ils affirment, non sans raison, qu'il s'agit d'un

droit, alors qu'il est le seul à avoir le monopole de la force, un grand juriste allemand du XIX^{ème} JHERING (prononcer IHERING) siècle a pu considérer qu'est la politique de la force.

Mais le légalisme est dépassé. On constate que l'Etat n'est plus le seul à produire la règle de droit (Organisations internationales, droit communautaire, juridictions internationales). Par ailleurs, la loi n'est plus célébrée comme l'expression exclusive de la règle de droit, comme cela a pu être le cas au cours de la première moitié du XX^e siècle en France avec le régime d'assemblée en France.³³ C'est pourquoi une autre tendance à la faveur de la doctrine contemporaine : le normativisme.

Hobbes (1588-1679)

Ce fils de Pasteur occupe dans l'école moderne du droit de la nature une place éminente. Il a passé sa vie entre une Angleterre et une France également troublée; c'est un pessimiste. A l'époque d'Henri IV en France et de Charles Ier en Angleterre, il a observé la nature humaine à l'œuvre. L'agressivité de l'homme envers ses semblables l'a frappé. L'état de nature a quelque chose d'inférieur. Il est marqué par la guerre permanente, la lutte incessante pour la possession des choses nécessaires à la survie, à la sécurité : par là s'exprime le trait essentiel à l'homme, son instinct de conservation. La société naît d'un besoin impérieux, né du malheur des premiers temps, non d'une heureuse propension de l'homme à s'assembler. En tant que faculté de l'esprit, « La raison ... n'est rien que le calcul ».

Son Léviathan est divisé en quatre parties : « de l'homme », « de l'Etat » « de l'Etat chrétien » « du royaume des ténèbres » ; c'est une vaste théorie du pouvoir, d'un pouvoir d'une nature particulière, qui se légitime par son existence et par sa fonction. Il ne laisse, au droit naturel, ni portée ni intérêt, car il n'y a rien de bon à attendre de la nature humaine. « Le droit de nature..., est la liberté que chacun a d'user de sa propre puissance, comme il le veut lui-même pour la préservation de sa propre nature, autrement dit de sa propre vie et, par conséquent, de faire, selon son jugement et sa raison propres, tout ce qu'il concevra être le meilleur moyen adapté à cette fin. » Les lois de nature sont des « articles de paix ». Tout est ramené à cet objectif, à sa réalisation, au maintien de la paix civile. La volonté privée est sans force ; c'est une puissance supérieure qui fait sa force : « Si une convention est faite où aucune des parties ne s'exécute dans l'instant, mais où l'une et l'autre se font confiance, dans l'état de nature ... en cas de suspicion

authentique Etat de droit. C'est pourquoi après la Seconde Guerre mondiale, pour éviter toute confusion sémantique, le concept d'Etat de droit ne désigne plus un simple aménagement de l'ordre juridique et sa hiérarchisation. Il tend plutôt à identifier soumis aux règles d'un droit respectueux des libertés fondamentales.

³³ On appelle régime d'assemblée une déformation du régime parlementaire qui se caractérise par une prépondérance de droit ou de fait des assemblées parlementaires sur le gouvernement, connu en France au début des années 40. Ce régime rappelle le régime conventionnel, encore appelé gouvernement d'assemblée qui est un mode d'organisation des pouvoirs publics dans lequel l'exécutif est subordonné à la volonté des assemblées.

raisonnable, cette convention est nulle. Mais, s'il y a une puissance commune établie au-dessus des deux, dotée d'assez de droit et de force pour contraindre à l'exécution de la convention, alors celle-ci n'est pas nulle. » De même, dans le procès, la « droite raison » à laquelle les parties au litige s'en remettent, c'est « la raison de quelque arbitre ou juge dont elles accepteront toutes deux la sentence ». Le Léviathan, « appelé république ou Etat (civitas en latin) n'est autre chose qu'un homme artificiel, quoique de stature et de force plus grandes que celles de l'homme naturel, pour la défense et la protection duquel il a été conçu » ; il dispose de tous les organes qui composent le corps humain. Sa maîtrise est totale.

Pour Hobbes qui correspondit avec Descartes, le droit naturel ne peut découler de la nature humaine ; il constitue la réponse que la raison découvre à la menace, toujours présente, d'un retour à cet état de nature qui est « un état de guerre de tous contre tous ». Chacun est titulaire de la faculté d'utiliser ses forces à la conservation de son être : tel est le « droit de nature ». Les hommes y renoncent par contrat au profit du souverain, en entrant en société, pour obtenir la paix qui caractérise la fin de l'état de nature et conditionne le bonheur.

- 24 -

Hegel (1770-1831)

*Dans la présentation habituelle de l'histoire de la philosophie, **Georges Guillaume Frédéric HEGEL** suit et prolonge inéluctablement Kant.*

*Hegel est assurément un philosophe de toute première importance. Comme Kant, Hegel s'est intéressé au droit. Outre son étude de la constitution de l'Empire allemand (1801-1802) qui ne paraîtra qu'à la fin du siècle, il publie dans le journal critique de philosophie un article consacré aux « **manières scientifiques de traiter du droit naturel** » et, surtout, les principes de la philosophie du droit. Comme Kant, Hegel se sent « **poussé à la science** » que doit devenir notamment la philosophie.*

Selon Hegel, « l'homme est essentiellement esprit, et l'esprit consiste essentiellement à être pour soi, à être libre, à s'opposer au naturel, à se dégager de l'être immergé dans la nature, à se diviser d'avec elle et puis, par cette division, à se réconcilier avec elle ... »

Même si elle se veut concrète, proche des faits et leur mouvement propre, la pensée de Hegel renvoi inéluctablement le juriste dans les ténèbres extérieures de l'entendement, d'un droit dont il faudrait s'extraire pour pouvoir accéder à la réflexion philosophique.

Le droit sur lequel Hegel s'efforce de réfléchir est, à la fois, le droit subjectif et la loi morale. « Le 'droit de l'Etat' va l'emporter sur tous les droits subjectifs

des particuliers .L'Etat détient le droit suprême contre ceux des particuliers ...Il résulte d'un dépassement de l'individu sur lui-même (et est) devenu...une réalité autonome ».

JHERING Rudolf Von
Aurich (Hanovre) 1818 – Göttingen (Basse-Saxe) 1892

JHERING est un auteur du XIXe siècle. De sa doctrine, on peut retenir :

1°) Après en avoir été quelque peu influencé, il a combattu l'Ecole historique de Savigny qui considère le droit comme le produit autonome de la culture d'un peuple. Selon JHERING, il existe une interaction entre les cultures juridiques et, à cet égard, il a fortement inspiré Raymond SALEILLES qui sera présenté plus loin.

2°) Pour JHERING, « La paix est le but que poursuit le droit, la lutte est le moyen de l'atteindre ». Il relève alors que le droit est dynamique et qu'il n'est pas le produit de l'évolution progressive d'une conscience. Le droit serait ainsi le résultat des rapports de force, portés vers un but : « La défense de la personne même et de son sentiment du droit, d'une lésion personnelle ». Il ajoute que « Le droit est la condition de l'existence morale de la personne, la défense du droit constitue la conservation morale de la personne ».

3°) Il considère aussi que le but est la force motrice du droit. A ce titre, selon lui, il n'y a pas d'action sans but. La règle de droit comme toute action humaine est dominée par l'intérêt et surtout par la vie en société. Il prône ainsi l'utilitarisme de la règle de droit : « Nul n'existe par lui seul, pas plus pour lui seul : chacun existe par d'autres et pour d'autres ». De ce point de vue, l'impératif catégorique ne tient pas : « Agir sans intérêt est un non-être, au même titre qu'agir sans but. C'est une impossibilité psychologique ». Le droit a une fonction utilitaire. Certains reprochent ainsi à JHERING son absence de moral en justice.

4°) Cet auteur lie le droit à la force : « Le droit est la politique de la force... Il n'est que le moyen de réaliser un but qui est maintien de la société ». Il lie aussi le droit à la contrainte. Or c'est l'Etat qui détient la contrainte. Il en déduit que seul l'Etat produit le droit. A la vérité, il est partisan du positivisme juridique, encore appelé positivisme étatiste.

B – Le normativisme (ou positivisme normativiste)

La tendance normativiste (le normativisme) fonde la règle de droit dans la hiérarchie des normes. L'ordre juridique interne est considérée comme une parfaite expression de la force absolue du droit. A l'intérieur de cet ordre, la Constitution s'est imposée comme la norme juridique supérieure de laquelle se déduit tout le système juridique et politique d'un pays. Toutes les règles de droit sont fondées dans la Constitution et doivent lui être conformes. L'expression la plus éloquente de ce normativisme est le contrôle de la Constitutionnalité des lois à laquelle procède une juridiction constitutionnelle. Au Bénin, la Cour constitutionnelle assure, *in fine* (à la fin), le respect de la hiérarchie des normes. Du point de vue des tenants de l'école normativiste, la règle de droit s'insère ou intègre un ordre : l'ordre juridique. On étudiera plus tard l'ordre juridique ou l'ordonnement juridique béninois.

La plus grande figure du normativisme est le philosophe autrichien Hans Kelsen. Il est l'auteur d'un ouvrage resté célèbre : « La théorie pure du droit ».

KELSEN (Hans) (1881-1973)

KELSEN est un philosophe du droit. Il est autrichien. On peut résumer en quelques points sa pensée.

1°) Il compare les sciences de la nature aux sciences normatives. Dans le premier cas, il s'agit de ce qui est (en allemand : **sein**) et dans le second, il s'agit de ce qui devrait être (en allemand : **sollen**). Il conclut que les sciences de la nature sont soumises au principe de la causalité alors que les sciences de la nature sont soumises à celle de l'imputation.

2°) La norme juridique se caractérise par cinq éléments : l'impératif hypothétique, la validité, la contrainte, l'ordonnement et l'efficacité.

- a) Alors que la norme morale est soumise à un impératif catégorique, c'est-à-dire sans conditions (exemples : ne vole pas, ne mens pas etc.), la norme juridique est assortie de conditions.
- b) A la différence de la norme morale, la norme juridique comporte une contrainte.
- c) Pour qu'une norme soit juridique, elle doit être valide, c'est-à-dire accomplie en vertu d'une norme préétablie qui donne à son auteur le pouvoir de le faire.
- d) On en conclut que le droit ne résulte jamais d'une norme unique, mais d'un ensemble de normes cohérent, constituant un système ordonné. Il en

- déduit un ordonnancement juridique que l'on a appelé la « pyramide Kelsenienne »
- e) Enfin, l'ordre juridique n'est valable que si elle est effective. Cette considération légitime les gouvernements qui arrivent au pouvoir par la force. Il leur suffit d'assurer l'effectivité des normes qu'ils édictent.

III – On attribue à KELSEN le monisme juridique. Par cette doctrine, l'Etat s'identifierait au droit, le droit objectif au droit subjectif, le droit privé au droit public, le droit interne au droit international.

Paragraphe II – Le positivisme factualiste

Dans le positivisme factualiste, on considère que le fondement de la règle de droit n'est la réalité juridique constituée des phénomènes du droit mais, plutôt, le fait social. On du de ce positivisme qu'il est ouvert sur le fait. Auguste COMTE avait déjà établi que le droit, objet d'une science positive, procède de déterminismes sociaux. A sa suite, SPENCER, DURKHEIM et, notamment, Léon DUGUIT on marqué leur différence avec le positivisme formaliste. Ces auteurs considèrent que le droit n'est pas une volonté plus ou moins arbitraire de l'Etat. Le fondement du droit devrait être recherché, selon eux, dans le milieu social, c'est-à-dire les mœurs, les coutumes, les règles corporatives. Ces auteurs développent, en quelque sorte, un positivisme sociologique.

- 27 -

DURKHEIM Emile

Epinal 1858- Paris 1917

Plus que Montesquieu et Auguste Comte, Durkheim est le père de la sociologie française. Il a enseigné à Bordeaux (1887) puis à Sorbonne (1912). Il a fondé une revue toujours vivante, L'Année sociologique, et publié un nombre important d'ouvrages : ex. : De la division du travail social (1893) (sa thèse), Le suicide (1897), Les formes élémentaires de la vie religieuse : le système totémique en Australie (1912).

D'une famille de rabbins, il a rompu avec le judaïsme à l'Ecole normale supérieure, sous l'influence de ses camarades Jaurès et Bergson : il voyait dans les croyances religieuses non seulement des erreurs, mais une forme de morale confuse et dérégulée ; pour lui, tout système religieux a été créé par une société donnée, ce qui ne peut évidemment être admis par aucun croyant d'une religion quelconque. Mais il a toujours parlé avec tact de toutes les religions et été fasciné par la distinction du sacré et du profane, signe pour lui de la réalité religieuse. Il a même vu dans le « fait religieux » l'origine et le fondement de toutes les institutions sociales : le contrat, la propriété, les successions, la famille, le testament, l'exécution testamentaire, la condition juridique de la femme.

Il a eu en son temps une autorité considérable, passablement dogmatique et impérialiste ; pour lui, toutes les activités de l'esprit procédaient de la sociologie.

C'est un positiviste, un scientifique et surtout un rationaliste. Il doit son positivisme à Auguste Comte : « Les lois des sociétés ne sont pas différentes de celles qui gouvernent la nature et la méthode qui en permet la découverte n'est pas différente de celle des autres sciences ». Mais il ne partage pas la foi quasiment dogmatique de Renan en la science : « Nous ne faisons pas de la science une sorte de fétiche ou d'idole dont les oracles infaillibles peuvent être seulement reçus à genoux » (L'enseignement philosophique, Rev. philos., 1895, p. 146).

Pourtant, il a une vision scientifique du monde et de la morale : la société est un organisme vivant et par conséquent les méthodes de la sociologie, sans être calquées sur celles de la biologie, doivent les rappeler. Son rationalisme est absolu : il est très opposé à une vision mystique de la vie sociale, comme celle de Bergson, qu'il qualifie de néo catholique : il y voit une menace d'irrationnel.

Il affirme très fortement la supériorité de la société sur l'individu, parce qu'elle est une condition nécessaire au développement de l'humanité : la société n'est sans doute rien sans les individus, mais chacun d'eux est beaucoup plus un produit de la société qu'il n'en est l'auteur. Il est aussi très attaché à l'individu, qui a une dualité fondamentale, à la fois être individuel et être social. Il rejette tout à la fois le libéralisme individualiste – que, selon lui, l'histoire a condamné – et une vision mystique de l'Etat où l'individu ne serait qu'un instrument de l'Etat. L'Etat n'est pas antagoniste à l'individu : il en est le libérateur. Plus il est fort, plus l'individu est libre. Ce qui, dans notre histoire contemporaine, a souvent été une tragique erreur : souvent on a vu que plus l'Etat était fort, moins l'individu était libre.

- 28 -

Section II : Les tendances idéalistes

En droit, l'idéalisme postule l'affirmation d'une valeur supérieure au droit, à laquelle il est possible de se référer en cas d'injustice. Cette valeur est tellement éminente que le droit positif doit s'y référer. L'idéalisme juridique est constitué de deux branches principales. Pour les uns, la nature est la valeur supérieure au droit : c'est l'école du droit naturel encore appelé le naturalisme. Pour les autres il s'agirait de la raison : c'est le rationalisme.

Paragraphe premier : L'école du droit naturel

L'école du droit naturel part du postulat qu'il y a des lois non écrites, immuables et supérieure aux lois positives. Le droit positif tire sa validité en ce qu'il est conforme à ce droit naturel, à ces lois naturelles. SOPHOCLE en a fourni une expression dans *Antigone*. En effet, Antigone a désobéi à l'édit de Créon, en donnant une sépulture à son frère, et, pour se justifier, déclare : « Je ne pensais pas, s'écrie-t-elle, qu'il eût assez de force, ton édit, pour donner à un être mortel, le pouvoir de violer les divines lois non écrites que personne ne peut ébranler. Elles ne sont pas d'aujourd'hui, ni d'hier, mais elles sont éternelles, et personne ne sait quel est leur passé profond ». ³⁴

Pour certains, les lois naturelles sont inspirées de la nature cosmique. C'est ainsi que le philosophe Romain CICERON considère que « le droit a un fondement dans la nature même » ³⁵. C'est pour cette raison qu'il présente un caractère universel.

En revanche, pour d'autres, les lois ont plutôt une nature divine : elles procèdent de Dieu. La philosophie chrétienne a développé cette approche. Pour Saint Augustin (philosophe du IV^e siècle), les lois profanes sont injustes car il n'y a pas de justice sans adhésion à Dieu. Chaque chrétien ne se trouve lié à la cité des hommes que de manière précaire. En réalité, il ressent beaucoup plus son appartenance à la cité de Dieu, cité supraterrrestre et intemporelle. Saint-Augustin déduit de cette analyse que la source authentique du droit ne peut être cherchée ailleurs que dans l'Écriture Sainte.

Paragraphe II : L'école du rationalisme

- 29 -

Plus tard, Saint Thomas d'ACQUIN (XIII^e siècle) a nuancé l'approche de son prédécesseur (on appelle sa doctrine le thomisme). Dans la somme théologique, il a considéré que face à la loi divine, éternelle et immuable, non saisissable par les sens, existe une loi naturelle présente en chaque homme dont doit se déduire la loi humaine. Pour lui, le droit est fondé en raison. Seulement, il existe des degrés.

C'est ainsi qu'au sommet, la loi éternelle (lex aeterna) exprime la raison divine présente dans l'intelligence du monde.

A un degré inférieur, Saint-Thomas situe la loi naturelle (lex naturalis) qui est accessible à l'homme par l'exercice de la raison spéculative. La lex naturalis marque la relation entre la raison divine et la liberté humaine, rationnelle.

Enfin, la lex humana correspond à la raison humaine qui élabore les règles pratiques de vie individuelle et sociale. Elle constitue en réalité le droit positif.

Mais le thomisme annonce plutôt le rationalisme. D'autres auteurs vont faire prospérer ce courant de penser de l'idéalisme. Il s'agit de Emmanuel KANT, de GROTIUS et de PUFENDORF. Ceux-ci contribueront, avec d'autres, à asseoir les droits fondamentaux de la personne, qui sont, par hypothèse, pré ou anté juridique, c'est-à-dire qui préexistent au droit positif qui doit leur être conforme.

³⁴ SOPHOCLE, *Antigone*, rapporté par J. CARBONNIER, ouvrage cité, pp. 83-84.

³⁵ CICERON, *De legibus*, I, § 6, in, B. OPPETIT, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1^{ère} éd., Paris, 2004, p. 39.

Chapitre IV – Les particularismes du droit béninois

Le droit béninois, tel qu'il apparaît aujourd'hui, est, comme le droit dans toute société humaine, le produit de l'histoire et de la culture. Il convient, dès lors, de présenter le processus de formation du droit béninois (**Section première**) avant de relever les données qui influencent, de nos jours, le droit privé (**Section II**).

Section première : La formation du droit

Deux éléments sont à la base de la formation du droit privé béninois. Le premier est la rencontre avec l'étranger. Le second est la consolidation de l'héritage colonial.

Paragraphe premier : La rencontre avec l'étranger

L'espace juridique béninois est constitué de groupes ethniques et culturels variés. Avec la colonisation française, le droit de tradition française y a été introduit. La rencontre avec l'étranger marque une certaine vitalité du droit dans ce pays. Il convient de rappeler le processus de la rencontre avant de présenter l'un des instruments juridiques introduits : le Code civil.

A – Le processus de la rencontre

Il faut considérer que les sociétés africaines précoloniales n'étaient pas dans l'ignorance du droit. Il n'y a pas de sociétés humaines sans règles juridiques. Seulement, la règle de droit était formée à partir de l'une de ses sources principales, la coutume. Chaque groupe humain était placé sous le régime de plusieurs coutumes. C'est en cet état que la colonisation est arrivée.

Le droit français avait été alors introduit dans les anciennes colonies. C'est ainsi qu'en droit privé, le Code civil et le Code du commerce ont été, en partie importante, introduite dans le territoire de l'ancien Dahomey. Par quelle méthode le droit français a-t-il été introduit au Bénin ?

Le colonisateur avait le choix entre deux options. Soit assimiler le droit français au droit de l'ancienne colonie. Cela consisterait à déclarer systématiquement applicable au Dahomey tous les textes de droit pris en France : c'est le principe de l'assimilation. Soit préserver le droit traditionnel africain, en introduisant dans cet espace, au coup par coup, les textes jugés adaptables aux colonies : c'est le principe de la spécialisation.

Laissant échapper le principe de l'assimilation législative au profit de la spécialité, la colonisation française a introduit de manière partielle et éparse, les textes émanant de la législation de ce pays. Comme le souligne M. SOSSA, « *En réalité, le principe de l'assimilation législative n'a jamais prospéré dans les rapports coloniaux franco-africains. On a plutôt assisté au triomphe de la règle de la spécialité législative* »³⁶. En vertu de ce principe, les lois ne sont applicables aux territoires d'outre-mer que si elles ont été faites précisément en vue de les régir, à moins d'être spécialement par une disposition contenue dans la loi elle-même ou dans un autre texte spécifique et postérieur. MM. SOL

³⁶ D. C. SOSSA, « *Introduction à l'étude du droit* », éd. TUNDE, Cotonou, 2007, p. 40, n° 45

et HARANGER ont pu, dans leur « note préliminaire » introductive du Code de procédure civile applicable aux colonies, déduire de cette situation que : « le règlement de la procédure civile aux colonies est une des matières des plus confuses, - on peut même dire la matière la plus confuse – de la législation coloniale. La nécessité de tenir compte à la fois des besoins des justiciables, de la configuration des divers territoires, des mœurs particulières des habitants, des particularités de l'organisation judiciaire, etc., a non seulement eu pour résultat de provoquer une grande diversité des règles de procédure suivant les pays d'outre-mer, mais encore a poussé le législateur, à rester dans un vague prudent, dans la crainte d'édicter des règles inapplicables ou contradictoires avec des contingences locales ». ³⁷ Mais à la vérité, la spécialité est de pur droit puisqu'en fait, c'est le principe de l'assimilation qui a prévalu. Les mêmes auteurs avaient souligné cet aspect lorsqu'ils ont affirmé : « Cette situation a donné naissance non point, malheureusement, à une sorte de droit prétorien solidement établi, mais à un amas de décisions jurisprudentielles fragmentaires, instables et souvent contradictoires. Sous la poussée d'impérieuses nécessités, les tribunaux, devant la carence des législations locales, ont dû, choisissant entre deux maux le moindre, faire foin du principe de la promulgation spéciale aux colonies et appliquer la législation métropolitaine, invoquée à titre de raison écrite ». ³⁸ Cette assimilation de fait prévaut encore dans certains Etats qui se sont abstenus de légiférer dans cette matière après leur accession à l'indépendance. C'est le cas de la République du Bénin, notamment en droit des obligations civiles, en procédure civile et en droit pénal. ³⁹

B – Présentation du Code civil

On appelle Code, l'ensemble des lois ordonnées, regroupant les matières qui font partie d'une même branche. Le Code civil français a été promulgué le 21 mars 1804. Il fut l'œuvre de BONAPARTE (Napoléon BONAPARTE ou Napoléon 1^{er}), qui confia à une commission le soin de réunir en un seul corps de règles (un Code), l'ensemble de la législation civile française éclatée dans les différentes coutumes du pays. La commission était présidée par Jean-Etienne PORTALIS (1745-1807) et composée de : François TRONCHET, Félix Bigot de PREAMENEU et du Marquis Jacques de MALLEVILLE. PORTALIS et Bigot de PREAMENEU étaient des avocats ; TRONCHET et MALLEVILLE des magistrats. Le projet qui a été retenu est précédé d'un **Discours Préliminaire**, sorte d'exposé des motifs que PORTALIS a présenté. Le Code avait été baptisé Code Napoléon. Il a gagné l'Europe, notamment la Belgique, la Suisse, l'Allemagne ; l'Amérique Latine et le Québec. Par la colonisation, il a été introduit en Afrique.

Les principales idées du XIX^e siècle ont profondément marqué le Code civil, considéré par certains comme une Constitution civile. On y sent la présence de la philosophie du droit naturel ; des idées progressistes comme la liberté, la propriété, l'égalité etc. Certaines idées conservatrices sont néanmoins maintenues dans le Code. Exemple : la protection de la famille. PORTALIS considérait même que le mariage n'a d'autre objet que la procréation. Il est vrai que les travaux de certains grands penseurs français ont influencé l'œuvre de la commission Portalis. Il s'agit, notamment, de Jean DOMAT (1625-1696). « **Il a écrit : Les lois civiles dans leur ordre naturel** ». Il s'agit aussi de Robert-Joseph POTHIER ainsi que du Chancelier Henri-François D'AGUESSEAU ».

³⁷ B. SOL, D. HARANGER, « Recueil général et méthodique de la législation et de la réglementation des colonies françaises », *Première partie, tome 1^{er}, Société d'Éditions géographiques, maritimes et coloniales, Paris, 1930*, « Note préliminaire », p. 493

³⁸ B. SOL, D. HARANGER, *ibid.*

³⁹ Les projets de Codes pénal, procédure pénale et procédure civile sont encore en cours d'étude à l'Assemblée nationale.

Domat Jean

Clermont-Ferrand, 1625 –Paris, 1696

Avocat du roi au présidial de Clermont-Ferrand, Domat s'installa ensuite à Paris.

Avec les Lois civiles (c'est-à-dire le droit romain) dans leur ordre naturel (1689), s'accomplit une systématisation ordonnée et cartésienne, à la langue claire, précise et exacte –mais un peu solennelle : l'ordre du grand siècle d'un jardin à la française, elle préfigure la codification de 1804. Boileau qui, pourtant n'était pas tendre avec les juristes (dont il avait souffert), l'appelait « le restaurateur de la raison dans la jurisprudence ».

Il est nourri par une ardente foi chrétienne et une spiritualité janséniste. Ses Pensées sont pascaliennes : « Le superflu des riches devait servir pour le nécessaire des pauvres ; mais, tout au contraire, le nécessaire des pauvres sert pour le superflu des riches ». « Cinq ou six pendants partagent la meilleure partie du monde et la plus riche ; c'en est assez pour nous faire juger quel bien c'est devant Dieu que les richesses ». « Quelle machine que mon âme ! Quel abîme de misère et de faiblesse ! »

A la différence de Pascal, Domat croit au droit naturel et en la raison : « C'est cette lumière de la raison, qui, faisait sentir à tout les hommes les règles communes de la justice et de l'équité, leur tient lieu d'une loi, qui est restée dans tous les esprits au milieu des ténèbres que l'amour-propre y a répandues. Ainsi tous les hommes ont dans l'esprit les impressions de la vérité et de l'autorité de ces lois naturelles : qu'il ne faut faire tort à personne ; qu'il faut rendre à chacun ce qui lui appartient ; qu'il faut être sincère dans les engagements, fidèles à l'exécution de ses promesses et des autres règles semblables de la justice et l'équité. Car la connaissance de ces règles est inséparable de la raison, ou plutôt la raison n'est elle-même que la vue et l'usage de toutes ces règles » (Traité des lois, ch. IX, 5). Il affirme aussi que l'autorité des lois relève de l'ordre divin. Chapitre I : Des premiers principes de toutes les lois ,5 : ...« La première loi qui est l'esprit de sa religion, est celle qui lui commande la recherche et l'amour de ce souverain bien(Dieu)... cette (loi) en renferme une seconde qui les oblige à s'unir et s'aimer entre eux... »

Son autorité morale, juridique et intellectuelle n'est pas apparue tout de suite. Elle a été considérable à sa mort. Voici, par exemple, ce qu'en disait d'Aguesseau : « Personne n'a mieux approfondi que Domat le véritable principe des lois et ne l'a expliqué d'une manière plus digne d'un philosophe, d'un jurisconsulte et d'un chrétien. Après avoir remonté jusqu'au premier principe, il descend jusqu'aux dernières conséquences. Il les développe dans un ordre presque géométrique : toutes les différentes espèces de lois y sont détaillées avec les caractères qui les distingues. C'est le plan général de la société civile le mieux fait et plus achevé qui ait jamais parue ».

POTHIER Robert Joseph
Orléans1699-id. 1772

Professeur à l'Université d'Orléans et conseiller au Présidial de cette ville. Au siècle dernier, on avait dit de lui qu'il était « le plus célèbre jurisconsulte que la France ait connu » ; ou bien encore : « Il est des hommes si célèbres dans leur genre qu'il suffit de les nommer pour l'idée de la perfection ... Tel a été de nos jours M. Pothier ». L'expression la plus connue c'est qu'il était « le père du code civil ».

Son œuvre, surtout pour les obligations et les contrats, a beaucoup inspiré les rédacteurs du code, ne serait-ce que parce qu'elle a été la dernière grande œuvre et le seul traité complet de droit civil de l'Ancien droit à avoir précédé la Révolution. Mais elle n'a ni la langue, ni le souffle du droit Napoléon.

Il connaît bien le droit romain : il a fait un commentaire du Digeste en le mettant dans un ordre rationnel ; Pandectes justiniennes rédigées dans un nouvel ordre (1748-1752). Il connaît bien aussi le droit coutumier (commentaire de la coutume d'Orléans, 1740). Son œuvre la plus importante et la plus célèbre est le traité des obligations (1761) ; les autres en sont le développement : Traité... du contrat de rente, du louage, de la vente, des contrats de société, des contrats maritimes, des contrats de bienfaisance, du contrat de mariage.

- 33 -

PORTALIS Jean Etienne, Marie
Bausset (Var) 1745-Paris 1807

D'abord avocat au parlement d'AIX-EN-PROVENCE, puis ministre des cultes. Son titre de gloire est d'avoir été un des rédacteurs du code civil et d'avoir rédigé le Discours préliminaire au projet du code civil (an VIII), le plus beau texte sur la législation qui en tout temps et en tout lieu ait jamais été écrit.

C'est à la rédaction du code civil que son nom est attaché. Pendant le directoire, Portalis était pourtant hostile à la codification et à l'unification du droit : « Renonçons à la dangereuse ambition de faire un nouveau code civil » ; et cette réserve apparaît dans le Discours préliminaire : « L'uniformité est un genre de perfection qui, selon le mot d'un auteur célèbre (Montesquieu), saisit quelque fois les grands esprits, et frappe infailliblement les petits ».

Le code civil est une œuvre de modération : « Il ne suffit pas, en législation de faire des choses bonnes : il faut encore n'en faire que de convenable : l'esprit

de modération est le véritable esprit du législateur et le bien politique, comme le bien moral se trouve toujours entre deux limites (on croirait lire du Montesquieu)...Il ne faut point de lois inutiles ... ni tout simplifier... ni tout prévoir... Ce serait une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen... On gouverne mal quand on gouverne trop. »Le code est aussi une œuvre de réalisme politique ; Portalis est pour le progrès : « Il faut changer, quand la funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover, on ne doit point céder, à des préventions aveugles. Tout ce qui est ancien a été nouveau. » Mais il est aussi si prudent qu'il est presque conservateur : « Nous avons trop aimé dans nos temps modernes les changements et les réformes : si, en matière d'institutions et de lois, les siècles d'ignorance sont le théâtre des abus, les siècles de philosophie et de lumière ne sont que trop souvent le théâtre des excès... L'essentiel est d'inspirer aux institutions nouvelles le caractère de permanence et de stabilité qui puisse leur garantir le droit de devenir anciennes ». Il sait que le droit évolue avec le temps et que l'on ne saurait légiférer pour l'éternité : « Comment enchaîner l'action du temps ? Comment s'opposer au cours des événements ou à la pente insensible des mœurs ? Les codes des peuples se font avec le temps, mais à proprement parler, on ne les fait pas. » Il est, comme tout le monde en son temps, convaincu que le droit ne tire sa force que de sa conformité à la raison et au droit naturel : « La raison, en tant qu'elle gouverne indéfiniment les hommes, s'appelle droit naturel ».

Il croit en la nécessité du droit civil, plus sans doute qu'à celle du droit public : « De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ... ; elles modèrent la puissance et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice elle-même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de la vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours, elles font partie de sa liberté »...

Des quatre membres de la commission de rédaction, c'est lui qui, malgré sa cécité, en a sans doute le plus marqué l'esprit et la pureté de langue.

Les tendances politiques de Portalis se sont surtout révélées lorsque le projet du code civil a été discuté au conseil d'Etat. Deux parties se sont alors affirmées : la droite, personnifiée par Bigot de Préameneu – il fallait le plus possible, maintenir les pratiques et les règles anciennes – et la gauche, représentée par Treilhard – il fallait, le plus possible un monument législatif complètement neuf. Généralement, Portalis a appuyé la droite ; mais lorsque la lutte devenait trop vive, il sacrifié ses convictions et imposé une transaction ; c'est ainsi qu'il fit adopter un régime mixte ... sur les enfants naturels ... sur les successions ..., sur les contrats de mariage ... et sur les hypothèques. Le rôle prépondérant dans la rédaction du code civil, c'est Portalis

Tout le monde ne partage pas cette admiration : ex PLANIOL, t.I, 1900, n°80 : « comme philosophe, ce n'est certainement pas un esprit original, il n'a point dépassé la médiocrité et son style, plein de la phraséologie du temps, a vite vieilli » ; les éditions ultérieures ont abandonné ce jugement injuste.

Paragraphe II – La consolidation de l’héritage colonial

Le droit contemporain béninois n’a pas rompu avec l’héritage colonial. Bien au contraire. Il a été renforcé. D’une part par l’ancrage dans le système juridique et judiciaire d’inspiration et de tradition française. C’est ainsi que les quelques réformes effectuées après l’indépendance n’ont fait que reprendre l’état du droit français au moment de leur intervention. Il en est ainsi de l’ordonnance n°25 P.R. /M.J.L. portant Code de procédure pénale qui introduit en droit béninois la réforme intervenue en France courant l’année 1958 sur la procédure pénale. Il en est également ainsi de la réforme intervenue en 2004 sur le Code des personnes et de la famille qui introduit en droit béninois l’évolution de la législation française sur le sujet.

D’autre part, la communautarisation du droit à travers les systèmes d’intégration juridique et judiciaire marque davantage la dépendance du droit béninois de l’esprit du droit français. L’Organisation pour l’Harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA), l’Union économique et monétaire Ouest Africain (UEMOA) ainsi que d’autres systèmes d’intégration sont caractérisés par la présence en leur sein de la majorité de la quasi-totalité des Etats africains francophones de l’espace de référence.

Section II : Les dimensions nouvelles du droit béninois

- 35 -

L’évolution du droit excède les considérations géopolitiques. Le droit français lui-même est influencé par le droit anglo-saxon qui a les faveurs des acteurs de l’économie mondiale. Un droit universel prend progressivement corps, dans le domaine des affaires, de la protection des droits individuels et de la lutte contre la criminalité internationale. Le droit béninois est également ouvert à ces influences nouvelles. On peut retenir que le droit béninois se cherche entre tradition et modernité d’une part (***Paragraphe premier***) et entre stabilité et dynamisme d’autre part (***Paragraphe II***).

Paragraphe premier : Un droit entre tradition et modernité

Le droit est le produit de la culture. Le droit béninois n’échappe pas à cette dimension. Il est juste de préciser, en effet, que la règle de droit reflète, par endroits, les traditions des peuples regroupés à l’intérieur du territoire béninois. La coutume, source réelle du droit, est présente dans les corps de règles ainsi que dans l’organisation judiciaire.

C’est ainsi, qu’en matière traditionnelle, le juge est assisté de dépositaire des coutumes des parties : Ce sont les assesseurs. La force des coutumes avait même conduit le colonisateur à les traduire dans un recueil appelé « le coutumier du Dahomey ». ⁴⁰ Il s’agit d’un recueil des coutumes pratiquées et auxquelles il est reconnu une efficacité juridique. Avec la promulgation du Code des personnes et de la famille, le coutumier du Dahomey est abrogé en ce qui concerne l’état de la personne (c’est-à-dire le statut des personnes et de la famille). Son contenu inspire encore le juge en ce qui concerne les biens, lorsqu’il n’est pas contraire à un texte de loi ou à la Constitution.

⁴⁰ Circulaire n° A. P. 128 du 19 mars 1931.

Mais le droit coutumier, encore appelé le droit traditionnel a de moins en moins les faveurs de la modernité. Il est même combattu par elle. La Cour constitutionnelle a considéré, suivant une interprétation forte pertinente, que les coutumes n'ont plus d'efficacité juridique en ce qui concerne le statut des personnes et de la famille. Elles sont donc abrogées, de manière implicite. Le droit traditionnel est également ébranlé par l'expansion du droit des affaires. Les transactions commerciales gagnent du terrain et le droit qui les portes restreintes davantage le domaine du droit local. Il demeure néanmoins qu'on ne saurait priver une société de ses fondements culturels. A cet égard, c'est le droit traditionnel qui s'applique à la majorité des Africains, y compris des béninois.

Paragraphe II : Un droit entre stabilité et dynamisme

Le Bénin a la particularité d'effectuer assez lentement les réformes qu'imposent les exigences de la modernité. Les règles civiles, hors la partie concernant le statut des personnes et de la famille, le régime des infractions sont encore régies par les dispositions coloniales. Les principales réformes opérées par le législateur béninois l'ont été sous des régimes non démocratiques. On peut citer, à titre d'illustration, de l'ordonnance n°74/24 du 14 mars 1974 portant Code de commerce maritime promulguée sous le régime qui a suivi le Coup d'Etat de 1972 ; de l'ordonnance n°25 P.R. M.J.L portant Code de procédure pénale, promulguée le 7 Août 1967 par le Général Christophe SOGLO, alors Chef de l'Etat.

Mais le droit béninois connaît de plus en plus un dynamisme et une fertilité porteuse d'efficacité sous la pression du droit communautaire. Le traité de l'OHADA, celui de l'UEMOA, l'Accord révisé de Bangui sur l'Organisation africaine de la propriété intellectuelle contribuent à fournir les raisons de soutenir que c'est un droit en net progression.

Chapitre V – La méthode juridique

Le droit est constitué de normes dont l'application nécessite une interprétation avisée. Les juges et les auteurs ne pourraient assurer ou faire assurer une mise en œuvre effective de la règle de droit sans en rechercher le sens. Pour y parvenir, ils empruntent des mécanismes intellectuels encore appelés des méthodes juridiques : ce sont des méthodes d'interprétation (***Section première***). Mais leur utilisation répond aux règles pratiques auxquelles elles sont soumises (***Section II***).

Section première : Les méthodes d'interprétation

Quand le législateur pose la règle de droit, il n'est plus là pour en fournir le sens au moment de son application. Dans un régime de séparation des pouvoirs, le législateur n'applique même pas la norme qu'elle a posée. Ce travail revient au juge. Or, celui-ci est appelé à interpréter la loi, c'est-à-dire à rechercher et à donner un sens au texte adopté par un autre organe. Ayant craint les excès du pouvoir judiciaire sous l'Ancien régime français, les révolutionnaires français avaient exclu toute possibilité, de la part du juge, d'interpréter la règle de droit. Ils avaient alors institué un référé législatif. C'est une procédure rapide de saisine de l'Assemblée législative afin que celle-ci fournisse au juge le sens d'une loi. Il est bien entendu que cette procédure n'a pas survécu au temps et il a fallu bien laisser aux praticiens le soin d'interpréter la règle de droit. C'est ainsi qu'à l'avènement du Code civil, les auteurs qui ont entrepris de l'interpréter et d'enseigner le droit qui s'en infère avaient emprunté une méthode classique que l'histoire a baptisé la méthode exégétique (***Paragraphe premier***). C'est en raison de ce que cette méthode classique s'oppose à certaines autres appelées méthodes modernes (***Paragraphe II***).

- 37 -

Paragraphe premier : La méthode exégétique

L'exégèse renvoie à une science dont le but est d'établir le sens d'un texte. Elle est pratiquée par les interprètes des écritures saintes, notamment, la Bible. En droit, l'exégèse a inspiré une méthode d'interprétation (on parle de méthode exégétique ou d'interprétation exégétique) dont le principe est de rechercher la volonté de l'auteur du texte à partir de celui-ci, du contexte de son élaboration, des travaux préparatoires. Le but visé est de dégager le sens exact de la règle de droit, notamment de la loi et de fixer sa portée.

Contrairement à ce qu'on a pu penser, l'interprétation exégétique ne se résume pas à une interprétation littérale au sens restreint de ce terme, ce que le Doyen CARBONIER a désigné par le « littéralisme ». Si ce n'est que cela, on rechercherait le sens du texte à travers une glose sur chacun des mots qui le constitue. Il est vrai que certains auteurs ont succombé à cette tentation de sorte que, ce qui faisait partie de « l'école de l'exégèse » au XIX^e siècle faisaient bien, à maints égards, le culte du texte de la loi.

La méthode exégétique recherche plutôt l'esprit de la loi dans le texte lui-même appuyé par les documents qui l'ont préparé.

Paragraphe II : Les méthodes nouvelles

Les modernes ont formulées des critiques quant à la pertinence de la méthode exégétique. Ils relèvent notamment que la notion d'intention du législateur paraît bien incertaine. Ils soulignent aussi le fait que les travaux préparatoires sont parfois hors d'atteinte. Ces griefs un écho encore plus forts en Afrique. En effet, les difficultés de constitution et d'entretien des archives rendent impossibles l'accès aux travaux préparatoires. D'un autre côté, l'intention du législateur est difficile à rechercher en l'absence d'une légistique fondamentale. Le développement des lois types, à l'image du prêt-à-porter, rend encore la méthode exégétique délicate. Aussi bien, certains ont-ils mis en lumière d'autres méthodes, plus adaptées, modernes. Parmi les méthodes dites modernes, on peut citer la méthode téléologique, la méthode historique, la méthode structuraliste, la méthode de la libre recherche scientifique.

En suivant **la méthode téléologique**, l'interprète recherche la finalité du texte. Cette méthode a deux tendances. La première a été expérimentée au début du XX^{ème} siècle. Elle considère que la portée d'une loi se détermine au moyen de deux éléments : la formule littérale du texte (survivance de l'interprétation exégétique) et le but social poursuivi au moment de son élaboration (la finalité). La formule littérale est l'élément fixe. Le but social est l'élément mobile qui peut être réalisé suivant des moyens différents. La seconde tendance de la méthode téléologique a été l'œuvre de la doctrine contemporaine. Elle recherche plutôt l'objectif qui a présidé à l'élaboration de la règle de droit. Selon les tenants de cette tendance, on pourrait en tirer la politique législative qui permettrait d'établir le sens de la règle.

Dans la **méthode historique**, ou **évolutive**, l'interprète peut adapter le texte aux nécessités de son époque. Il rechercherait alors ce qui se passerait si le législateur avait adopté le texte au moment où il l'interprète. Suivant cette méthode, on pourrait affirmer que ce qui importe, ce n'est pas l'intention du législateur quand il adoptait le Code civil en 1804, mais ce qu'il dirait s'il devrait l'adopter en 2010. En suivant la méthode évolutive, un même texte pourrait avoir des applications différentes selon les époques.

La **méthode structuraliste** fait revenir l'interprète au texte, mais non en recherchant dans les éléments exogènes le sens, mais en se référant à la structure du texte : emploi fréquent de certains vocables, d'expressions anciennes ou argotiques, la symétrie ou la dissymétrie des dispositions etc. Ici, l'interprète applique à la règle de droit une méthode de science expérimentale.

Enfin, dans **la libre recherche scientifique**, inventé par François GENY, l'interprète devra considérer que la règle de droit ne peut prévoir toutes les situations. A partir d'un moment ou d'un point, il y a un vide juridique que le juge devra combler. Il recherche les solutions aux problèmes posés non pas en interprétant la règle de droit (en présence d'un vide, d'un imprévu), mais en procédant à une libre recherche scientifique. Il fait alors œuvre de législateur en empruntant les outils les plus adaptés à la situation : histoire, sociologie, philosophie, cultes etc.

GENY, François
1861-1954

En opposition à la méthode exégétique, François GENY est l'auteur de la méthode dite de la libre recherche scientifique.

Avant lui, les exégètes célébraient le culte de la loi qui était considéré comme infaillible. BUGNET déclarait ainsi que : « Je ne connais pas de droit civil : je n'enseigne que le Code

Napoléon ». Pour DEMOLOMBES : « Ma devise, ma profession de foi aussi : les textes avant tout ».

Mais l'œuvre de GENY n'a pas connu l'audience à laquelle elle aurait dû être destinée.

Mais pour être effectives, les méthodes d'interprétation passent par le moule des règles pratiques.

Section II : Les règles d'interprétation

Sur le terrain de la pratique, l'interprète utilise certaines règles au service de sa méthode. On distingue les procédés d'interprétation (***paragraphe premier***) des maximes d'interprétation (***paragraphe II***).

Paragraphe premier : Les procédés d'interprétation

Suivant le langage ordinaire, le procédé est le moyen pratique pour faire quelque chose et obtenir un résultat. C'est la technique ou le système qui met en œuvre une donnée scientifique. Les procédés sont donc aussi les techniques d'interprétation. Ils ont constitué des recettes empiriques auxquelles les interprètes ont recours. Sont utilisés, avec fréquence, les procédés suivants : le raisonnement par analogie, l'argument a contrario, l'argument a fortiori.

- 39 -

Dans le ***raisonnement ou l'argument par analogie***, on étend l'application de la loi à des matière ou des cas qu'elle n'a pas prévus. On passe du connu à l'inconnu. A proprement parler, il ne s'agit pas d'une interprétation mais plutôt d'une extension de la règle aux hypothèses qui lui étaient restées inconnues au moment de son élaboration. De ce que la loi a régi une situation, on déduit qu'elle est applicable aux situations semblables. Le raisonnement par analogie est encore appelé l'argument ***a pari***. Exemple : Les articles 144 à 152 du Code des personnes et de la famille ont disposé sur « la sanction des règles de formation du mariage ». Mais le législateur n'a pas disposé des effets de l'annulation quant du mariage à l'égard des époux. Le bon sens convie à penser que l'annulation du mariage éteint les devoirs de fidélité, de secours et d'assistance. Mais le législateur ne l'a pas décidé ainsi. Que pourrait alors faire le juge face au silence de la loi ? Le raisonnement par analogie permet de s'inspirer d'une disposition relative à une institution qui ressemble fort à l'annulation du mariage : le divorce. En effet, l'article 261 du Code des personnes et de la famille règle, en partie, les effets du divorce à l'égard des époux. Suivant l'alinéa premier de ce texte, « Le divorce dissout le mariage, met fin aux devoirs réciproques des époux... ». On considère donc, par analogie, que l'annulation dissout le mariage et met fin à toutes obligations entre les parties.

Dans le ***raisonnement ou l'argument a contrario***, on considère que si la règle de droit, (un texte de loi par exemple), dit quelque chose, elle est censée nier le contraire. Exemple : l'article 6 du Code civil dispose : « On ***ne*** peut ***pas*** déroger, par des dispositions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Le raisonnement ou l'argument a contrario conduirait à dire : On peut déroger, par des dispositions spéciales, aux lois qui n'intéressent ni l'ordre public, ni les bonnes mœurs.

L'argument ***a fortiori*** est celui par lequel on étend l'application d'une loi à un cas non prévu en raison de ce que les motifs qui ont conduit à son élaboration sont encore plus justifiés dans le cas non

prévu. Exemple : l'article 113 du Code des personnes et de la famille dispose que les fiançailles sont une convention **solennelle**. Si le législateur a décidé que les fiançailles soient consacrées par une convention solennelle, a fortiori, le mariage est également un acte **solennel**.

Paragraphe II : Les maximes d'interprétation

Les maximes sont des principes généraux du droit exprimé le plus souvent sous forme d'adage. Certains servent à l'interprétation de la règle de droit. Sans être exhaustif, on peut citer celles qui suivent :

- 1. *Exceptio est strictissime interpretationis*** : Les exceptions sont d'interprétation stricte. Cette maxime signifie que lorsque le législateur admet une exception, celle-ci doit être comprise de manière restrictive. Il ne faut pas étendre son application. En outre, l'exception doit être prévue par un texte.
- 2. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*** : Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. Cela signifie que l'interprète n'a pas le pouvoir de restreindre l'application d'une loi conçue en termes généraux.
- 3. *Cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*** : La loi cesse là où cessent ses motifs. Cela veut dire que la loi ne doit pas être appliquée à des situations qui, tout en paraissant être prévues par la lettre du texte, se trouvent exclues de son esprit.

Chapitre VI : L'organisation judiciaire en République du Bénin

Encore appelé ordonnancement judiciaire, l'organisation judiciaire est la composition du système judiciaire envisagé comme un ensemble d'organes juridictionnels lié entre eux par des relations fonctionnelles. En ce qu'il constitue une véritable architecture judiciaire dans un Etat, l'ordonnancement judiciaire est fondé sur des principes hérités du service public (**Section première**) et animé par personnel spécialisé (**section II**).

Section première : Les principes du service public de la justice civile

Il convient d'abord de clarifier quelques concepts et expressions : juge des faits et juges du droit ; ordre et degré de juridiction.

Le juge des faits est celui que la loi autorise à apprécier les faits avant de leur appliquer la règle de droit appropriée. On dit qu'il statue en fait au fond. Il est donc, aussi, le juge du fond. Evidemment, si le juge examine les faits c'est pour mieux trancher en droit : il statue également en droit. Au Bénin, les tribunaux de première instance et les Cours d'appel sont juges des faits, c'est-à-dire du fond et du droit.

- 41 - Le juge du droit est celui qui a pour compétence de vérifier si les juges qui ont statué en fait ou au fond ont bien fait application de la règle de droit. C'est, en particulier, le rôle primordial de la Chambre judiciaire de la Cour suprême. La chambre judiciaire de la Cour suprême du Bénin correspond à la Cour de cassation en France. Ces organes statuent en droit au moyen des demandes particulières auxquelles on a donné le nom de « **pourvoi en cassation** ». Si la Chambre judiciaire ou la Cour de cassation admet le pourvoi, donc la demande, elle casse la décision et renvoie l'affaire devant une autre juridiction du même degré (même niveau) ou devant la même juridiction autrement composée afin qu'il soit à nouveau statuer. En principe, au Bénin, la juridiction saisie à nouveau doit suivre l'orientation donnée par la Chambre judiciaire de la Cour suprême. Mais si la Chambre judiciaire de la Cour suprême rejette le pourvoi, la décision rendue par la juridiction de fond sort son plein et entier effet. Cette décision devient irrévocable. Notons que la chambre administrative de la Cour suprême correspond au Conseil d'Etat en France et la Chambre des comptes à la Cour des comptes. On voit bien que le Bénin concentre les Hautes juridictions en une seule Cour, la Cour suprême alors que certains Etats les éclatent en plusieurs organes. Outre la France, c'est aussi le Cas du Burkina Faso et du Gabon.

Au sens de l'organisation judiciaire, « l'ordre » désigne l'ensemble des tribunaux ou juridictions placé sous le contrôle d'une même juridiction supérieure. Au Bénin, les juridictions statuant en matière sociale, civile, commerciale, pénale sont placées sous le contrôle de la chambre judiciaire de la Cour suprême : elles relèvent de l'ordre judiciaire. Les juridictions statuant en matière administrative sont placées sous le contrôle de la chambre administrative de la Cour suprême : elles relèvent de l'ordre administratif.

Le degré d'une juridiction précise sa place dans la hiérarchie des juridictions compétentes pour trancher les litiges au font. Ne relève pas d'un degré, une juridiction qui ne tranche le litige qu'en droit. Or, la Cour suprême, notamment la chambre judiciaire, examine la conformité à la loi des

décisions rendues par les juridictions de fond. Au Bénin, c'est le principe du double degré de juridiction. Sauf application du taux du ressort, toute affaire peut faire éventuellement l'objet d'une double instance : première instance-Cour d'Appel ; juge d'instruction-Chambre d'accusation. Notons cependant l'apparition d'un troisième degré de juridiction avec l'avènement de la Cour de justice et d'Arbitrage de l'Ohada dont le siège est à Abidjan, République de Côte d'Ivoire. La CCJA ne fait pas que vérifier la conformité des décisions rendues par les juridictions de fond en droit : elle statue aussi en fait et tranche les litiges après avoir évoqué.

Mais la justice assure un service public. Il importe alors d'insister sur les principes qui gouvernent le service public de la justice, notamment les principes de continuité et d'égalité.

Paragraphe premier : La continuité du service public de la justice civile

Le principe de la continuité du service public de la justice doit être envisagé sous deux rapports : La justice civile doit être assurée en permanence, en tout temps ; la justice civile doit être assurée sur toute l'étendue du territoire national.

A - La justice civile doit être assurée en tout temps

Selon ce principe, la justice civile doit être assurée à titre permanent et chaque justiciable a le droit de saisir une juridiction civile, lorsque la situation l'exige, même en cas d'urgence. C'est en vertu de ce principe que la loi autorise que la justice puisse être rendue même les dimanches et les jours fériés si la situation l'exige. Cela dit, la prise en compte de ce principe a conduit le législateur à organiser la tenue des audiences en posant plusieurs règles.

En premier lieu, il a déterminé l'année judiciaire, c'est-à-dire la période de l'année pendant laquelle, sans interruption, les juridictions sont accessibles aux citoyens. La loi n°2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin fixe cette période du 15 octobre au 31 juillet au moins de chaque année. Pendant cette période, il est établi des audiences ordinaires des tribunaux suivant un calendrier judiciaire que chaque juridiction arrête et rend public.

En second lieu, il a fixé la période de repos du personnel judiciaire. Cette période de repos est appelée la période des vacances judiciaires. En conformité avec l'art. 17 de la loi déjà citée, « la durée et la date des vacances judiciaires sont fixées par ordonnance des premiers présidents des cours d'appel. Elles doivent se situer dans la période allant du 1^{er} août au 15 octobre de chaque année ». Pendant ces vacances judiciaires, les juridictions ne sont pas fermées. Des audiences sont tenues, dans l'enceinte des tribunaux : ce sont des audiences de vacation. Il est vrai qu'au sens de la loi : « ces audiences ont uniquement pour but d'expédier les affaires de simple police, les affaires correctionnelles comportant des détenus et les affaires civiles et sociales qui requièrent célérité » (art. 17 al. 2 de la loi portant organisation judiciaire).

C'est au regard de ce calendrier que le justiciable est informé des jours et heure auxquels il pourrait attraire (c'est-à-dire convoquer, faire conduire) son adversaire devant une juridiction civile. Pendant l'année judiciaire ou en période de vacation, certaines juridictions sont saisies, hors toute urgence, pour examiner de manière approfondie les causes qui leur sont soumises : on les appelle des juridictions du fond. En revanche, d'autres seront saisies en vertu de l'urgence, pour prescrire des mesures conservatoires, assurer la protection des preuves et, dans tous les cas, interviennent lorsque la contestation n'est pas sérieuse : c'est le juge des référés.

Mais à côté de ces audiences ordinaires, il est également prévu, pendant les mêmes périodes, que les juridictions puissent être saisies, à titre extraordinaire, sur autorisation du président pour répondre au cas d'extrême urgence : on cite le cas où la juridiction statuant au fond tien son audience à jour fixe (c'est-à-dire à un jour non ordinaire mais spécialement indiqué dans l'acte qui saisit le juge). On cite aussi le cas dans lequel le juge des référés est saisi d'heure à heure (c'est-à-dire à des heures précises, indiquées dans l'acte de saisine du juge). Dans ces situations, l'audience civile peut même être tenue, un dimanche ou un jour férié, dans l'enceinte du tribunal ou dans l'hôtel (domicile, résidence) du juge, les portes restant ouvertes.

Le principe de la continuité du service public de la justice civile souffre de plus en plus de graves entorses. Les arrêts ou suspensions récurrentes du travail au sein de l'administration judiciaire constituent l'une de ses entorses. Ailleurs, notamment en France, c'est en vertu de la continuité du service public de la justice qu'il est interdit aux magistrats de l'ordre judiciaire le droit de grève et, plus généralement, « toute action concertée de nature à arrêter ou à entraver le fonctionnement des juridictions » (Art. 10, al. 3 de l'ordonnance française n°58-1270 du 22 décembre 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).

Le principe de continuité suppose aussi que la justice soit assurée en tout lieu.

B – La justice doit être assurée en tout lieu

L'égalité de tous les citoyens devant la loi implique, au plan judiciaire, que tous les citoyens aient un égal accès à la justice, quelle que soit, par ailleurs, leur situation géographique. La prise en compte de ce principe a conduit le législateur à procéder à une répartition géographique des tribunaux en rapprochant ceux-ci au plus près des justiciables.

Cette répartition territoriale est essentiellement organisée par la loi n°2001-37 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin. Cette loi a créé plusieurs juridictions réparties sur tout le territoire. Il y a d'abord les tribunaux de conciliation qui assurent la justice de proximité. Au titre de l'article 21 de cette loi, un tribunal de conciliation est institué par arrondissement dans les communes à statut particulier, alors que chacune des autres communes en reçoit un. En somme, il devrait exister plus de 100 tribunaux de conciliation dans le pays. Il est utile de rappeler que les tribunaux de conciliation sont compétents en toutes matières, sauf les exceptions prévues par la loi (notamment en matière civile moderne, pénale, en matière de conflits individuel de travail et d'état des personnes).

Mais la saisine du tribunal de conciliation n'est pas obligatoire. En plus, la procédure devant ce tribunal répond aux règles, plus souples, de la procédure de droit traditionnel. C'est certainement à cause de ce caractère facultatif que les justiciables préfèrent saisir le tribunal de première instance.

Au sein de chaque commune à statut particulier, il est institué un tribunal de première instance de première classe. La qualification de « première classe » attribuée à ces tribunaux est un élément de la gestion administrative des juridictions. Elle est déterminée par la démographie et certains aspects de l'administration territoriale. Elle a pour résultat d'affecter plus de ressources humaines (magistrats, greffiers, secrétaires des greffes et parquets etc.) ainsi que des ressources financières et matérielles à ces juridictions. En l'état actuel des lois sur la décentralisation, il existe trois villes à statut particulier et, par suite, trois tribunaux de première instance de première classe : Cotonou, Porto-Novo et Parakou. Les autres tribunaux de première instance sont classés dans la deuxième classe. Ils sont au nombre de vingt-cinq (25). C'est ainsi que le Bénin compte vingt-huit tribunaux de

première instance. Parmi ces tribunaux, seuls huit sont fonctionnels (Cotonou, Ouidah, Lokossa, Porto-Novo, Abomey, Parakou, Natitingou, Kandi). Les autres ne sont pas encore installés. Si on arrivait même à installer tous ces tribunaux, le taux de couverture des juridictions de première instance serait de 1 tribunal pour 320 000 habitants.⁴¹ Ce taux est largement en deçà de la couverture raisonnable. D'un autre côté, il est inégalement réparti, au plan géographique et au plan démographique.

Cela dit, les tribunaux de première instance sont juges de droit commun en matière pénale, civile, commerciale, sociale et administrative. Il faut souligner que le second degré est assuré par trois Cour d'appel : Cotonou, Abomey et Parakou. Toutes ces juridictions ayant à leur tête une Cour suprême installées à Cotonou et regroupant la trilogie connue ailleurs comme la Cour de cassation, le Conseil d'Etat et la Cour des comptes. Au Bénin, ces hautes juridictions sont regroupées en une seule : la Cour suprême. Celle-ci est subdivisée en trois importantes chambres : la Chambre judiciaire, la Chambre administrative, et la Chambre des comptes.

D'autres juridictions particulières ont des impacts certains sur l'ordonnement judiciaire béninois. Il s'agit, en premier lieu de la Cour constitutionnelle et, en deuxième lieu, des juridictions communautaires telles que la Cour de Justice de l'UEMOA, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA ainsi que la Cour de justice de la CEDEAO.

La Cour constitutionnelle est créée par la Constitution béninoise pour connaître de la conformité à la Constitution des lois ainsi que pour censurer les actes qui portent atteinte aux droits humains.

Les juridictions communautaires sont instituées par les traités qui ont créé ces communautés ou par des protocoles additionnels. C'est ainsi que le traité signé à Port-Louis le 17 octobre 1993 par quatorze Etats africains et qui institue l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des affaires a créé une juridiction supranationale, la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (C.C.J.A) dont le siège est à Abidjan (Rép. De Côte-d'Ivoire). Elle a pour mission de connaître, en dernier ressort, l'interprétation et l'application des Actes uniformes (qui sont de nouvelles espèces de règles uniformes applicables aux Etats de l'espace OHADA en matière de droit des affaires). C'est également ainsi qu'au titre de l'UEMOA, une Cour de justice a été également instituée, la Cour de Justice de l'UEMOA dont le siège est à Ouagadougou (Burkina Faso). De même, la CEDEAO a créé une Cour communautaire, la Cour de Justice de la Communauté CEDEAO, siégeant à Abuja (République du Nigéria).

Ces juridictions supranationales sont supérieures aux juridictions nationales. Dans leur domaine de compétence, les décisions qu'elles rendent s'imposent aux autorités nationales.⁴² Mais du fait de l'adhésion des Etats aux différents traités qui les instituent, elles sont intégrées dans l'environnement judiciaire interne et contribuent à renforcer la présence de la justice en tout lieu.

Le principe de la continuité appelle un autre, celui de l'égalité.

⁴¹ Le plus récent recensement de la population béninoise estime celle-ci à 8 000 000 d'habitants.

⁴² Sur les juridictions communautaires, il vous sera dispensé un cours en droit communautaire.

Paragraphe II – L'égalité des citoyens devant le service public de la justice

Le principe de l'égalité vise à faire assurer à tous les citoyens un égal accès au droit et à la justice civile. D'une part, il conduit à la prohibition des privilèges dont certains pourraient se prévaloir dans une société de classes ; d'autre part, il vise surtout à ce que tous les justiciables puissent recourir à la justice afin d'obtenir une solution juridictionnelle aux différends qui les opposent. C'est l'égalité de chance d'accès à la justice qui constitue un droit du citoyen. On pourrait, avec intérêt, poser la question : à quelle condition tous les citoyens pourraient, sans discrimination, accéder au service public de la justice, si l'on considère qu'au sein de la société, se distinguent les classes, certaines plus fortunées que d'autres ? C'est poser en quelque sorte la problématique de la gratuité de la justice. Le principe de la gratuité qui est le corollaire de l'égalité devant la justice suppose l'intervention de l'Etat pour réduire les discriminations liées à la fortune. C'est ainsi qu'en République du Bénin, c'est l'Etat qui paie le traitement des juges. C'est également l'Etat qui dote la justice de moyens matériels et financiers. Il pourvoit les juridictions en ressources humaines.

Mais il faut souligner que le principe de la gratuité souffre d'importantes limites qui finissent par atteindre celui de l'égalité.

C'est ainsi, en premier lieu, que les parties doivent supporter les dépens. On appelle ainsi les frais juridiquement indispensables à la poursuite du procès et dont le montant fait l'objet d'une tarification (les actes des huissiers, des commissaires priseurs etc.), soit par voie réglementaire, comme les émoluments des officiers publics ou ministériels, soit par voie de décision judiciaire comme les rémunérations des techniciens investis d'une mission d'instruction (les experts). En principe, c'est le plaideur qui a succombé au procès qui est condamné à supporter les dépens. Mais par décision spécialement motivée, le tribunal peut condamner également la partie qui a gagné le procès à les assumer. Il est à préciser que lorsque les auxiliaires de justice commettent des erreurs dans la rédaction et la signification des actes, il peut être mis à leur charge les actes mal rédigés.

C'est également ainsi, en deuxième lieu, que les plaideurs doivent supporter les frais qui ne sont pas compris dans les dépens. Il s'agit, pour l'essentiel, des honoraires des Avocats, principaux mandataires judiciaires ainsi que les frais de déplacement aux audiences. On les appelle des frais irrépétibles. Ils sont ainsi appelés en raison de ce qu'une partie ne peut les faire supporter par l'autre, notamment celle qui aura succombé au procès. On considère que la représentation et l'assistance judiciaires étant facultatives, chaque partie se paiera le « luxe » du mandataire professionnel qu'elle s'offre. Mais on devrait intégrer les honoraires d'avocat parmi les dépens, d'autant que certaines procédures ne peuvent être introduites et suivies que par ces professionnels (exemples : les pourvois devant la chambre judiciaire de la Cour suprême, ainsi que ceux devant la chambre criminelle de la même Cour). La nouvelle loi portant Code de procédure civile, commerciale, sociale et administrative rend même obligatoire la présence d'un avocat devant les Cours d'appel. Il ne s'agit donc plus de l'exercice d'une faculté : solliciter un avocat est une obligation.

C'est surtout ainsi, en troisième lieu, que les plaideurs paient les arbitres, ces juges privés autorisés par la loi. Il faut aussi souligner que le phénomène de la corruption est une cause de rupture du principe de la gratuité et, par suite, de l'égalité. En somme, ce principe demeure un idéal difficilement atteint, en l'absence d'un système d'aide juridictionnelle efficace.

Dans tous les cas, ces principes directeurs de l'activité judiciaire en matière civile sont appelés à être quotidiennement mis en œuvre par le personnel judiciaire dont le maillon important est constitué des magistrats.

Section II – Le personnel judiciaire

La justice civile est animée par un personnel au sein duquel les magistrats jouent un important rôle. Ce sont eux, en effet qui incarnent la justice, qu'ils soient du siège (magistrature assise), ou du parquet (magistrature debout). Le magistrat qui exerce dans une formation juridictionnelle est généralement appelé juge. Plus spécifiquement, il s'agit de celui qui exerce au siège. Mais tous les juges ne sont pas des magistrats. En effet, certaines personnes sont membre d'une formation juridictionnelle sans être des magistrats. Exemples : certains juges à la chambre administrative de la Cour suprême, les juges à la chambre des comptes de la Cour suprême. C'est qu'ils sont ainsi désignés compte tenu de leur qualification professionnelle et conformément aux dispositions de la loi.

Les magistrats sont des fonctionnaires intégrés dans un corps spécial, celui de la magistrature. Ils sont régis par la loi n°2001-35 du 21 février 2003 portant statut de la magistrature. Indépendants quand ils exercent au siège et inamovibles sauf leur accord, les magistrats sont soumis à un régime particulier de protection et d'obligations. Ils sont nécessairement impartiaux à l'égard des justiciables lesquels pourraient, lorsqu'ils relèvent des cause d'impartialité à leur rencontre, les récuser.

Les magistrats sont accompagnés dans leur mission par les greffiers dont la fonction est de tenir la mémoire du tribunal et d'assister les juges. D'autres corps de métiers accomplissent des fonctions diverses au sein d'une juridiction. Il s'agit, par exemple, des secrétaires des greffes et parquets. L'ensemble de ce personnel contribue à la mise en œuvre de l'activité judiciaire.

Deuxième partie : Le droit objectif

On définit le Droit objectif (noter que c'est avec D majuscule, par opposition aux droits subjectifs « d » minuscule) comme l'ensemble des règles de conduites qui s'imposent aux membres d'une société en ce qu'elles sont assorties de la contrainte du corps social, c'est-à-dire de la société. En quelque sorte, c'est l'ensemble des règles de droit. C'est le Droit objectif, c'est-à-dire le droit en relation avec son objet, qui fixe, à l'égard des sujets, les prérogatives dont chacun dispose, c'est-à-dire les droits subjectifs de chacun.

Pour reconnaître et désigner les règles de Droit objectif, il faut remonter aux sources du droit, c'est-à-dire à la création du droit : il s'agit de la loi et de la coutume. On les appelle sources formelles du Droit. Il faut encore rechercher les autorités du droit, c'est-à-dire celles qui permettent aux règles de droit d'être visibles. Ces autorités assurent l'interprétation du droit. Il s'agit de la doctrine et de la jurisprudence. Certains les qualifient de sources interprétatives du droit.

Aussi bien, envisagera-t-on successivement les sources formelles (**Chapitre premier**) et les autorités (**chapitre second**) du Droit objectif.

Chapitre premier : Les sources formelles du droit objectif

- 47 - Dans un système de droit écrit comme le droit de tradition française, la loi est la source principale (**Section première**). La coutume apparaît comme la source secondaire, quoique importante (**Section II**).

Section première : La loi

La notion de loi renvoie à deux sens : le sens large et le sens restreint.

Lato sensu, la loi est prise au sens générique : Il s'agira alors de toute règle de droit formulée par un organe étatique compétent. Que le texte soit pris par le parlement, par le gouvernement ou par une autorité administrative. Il suffit qu'il soit assorti de contrainte, c'est-à-dire de la force exécutoire.

Mais c'est au sens strict (**stricto sensu**) que la loi est le plus souvent désignée, notamment par les chercheurs et les praticiens. Dans ce sens, c'est la règle de droit produite par l'organe législatif dans un Etat. Au Bénin, c'est l'Assemblée nationale qui est l'organe législatif. La règle de droit produite par le pouvoir exécutif et l'administration d'une manière générale prend le nom de **règlement**. Nous examinerons les différents types de règlement dans le paragraphe suivant.

Cela dit, un constat s'impose : la multiplicité des normes dans une société. Comment alors distinguer la loi ? (**Paragraphe premier**). Ensuite, deux autres questions : quelle est la force de la loi ? (**Paragraphe II**) et comment régler les difficultés de son application dans le temps ? (**Paragraphe 3**).

Paragraphe premier : La question de la distinction

Lorsqu'il s'agit de résoudre une question relevant du droit privé, l'étudiant, le chercheur, le praticien ou l'enseignant est confronté à plusieurs textes de droit écrit. Les confusions qui accroissent les difficultés sont possibles. Elles rendent nécessaires les distinctions. Certaines distinctions sont propres à la loi telle qu'elle est définie au sens large : elles sont consacrées par le droit public (**A**). D'autres sont spécifiques au droit privé (**B**).

A – Les distinctions propres au droit public

Rappelons qu'au sens large, la loi s'entend de toute règle de droit qui émane d'un organe étatique et qui peut être mise en exécution par le biais de la contrainte publique. Mais la Constitution établit une première distinction entre domaine législatif et domaine réglementaire. Cette distinction relève du droit public, c'est-à-dire de la branche du droit qui s'occupe de la création, du fonctionnement, des attributions des institutions et pouvoirs publics ainsi que des relations qu'ils entretiennent, les uns à l'égard des autres. La Constitution béninoise a fait cette distinction en déterminant le domaine de la loi en tant que règle de droit produite par l'Assemblée nationale.

C'est l'article 98 de la Constitution du Bénin qui a déterminé le domaine de la loi. Selon ce texte :

« Sont du domaine de la loi, les règles concernant :

- ***La citoyenneté, les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; les sujétions imposées, dans l'intérêt de la défense nationale et de la sécurité publique, aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;***
- ***La nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ;***
- ***La procédure suivant laquelle les coutumes seront constatées et mises en harmonie avec les principes fondamentaux de la Constitution ;***
- ***La détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ;***
- ***L'amnistie ;***
- ***L'organisation des juridictions de tous ordres et la procédure suivie devant ces juridictions, la création de nouveaux ordres de juridiction, le statut de la magistrature, des offices ministériels et des auxiliaires de justice ;***
- ***L'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ;***
- ***Le régime d'émission de la monnaie ;***
- ***Le régime électoral du Président de la République, des membres de l'Assemblée nationale et des Assemblées locales ;***
- ***La création des catégories d'établissements publics ;***
- ***Le Statut Général de la fonction publique ;***
- ***Le statut des personnels militaires, des forces de sécurité publique et assimilés ;***
- ***L'organisation générale de l'administration***
- ***L'organisation territoriale, la création et la modification de circonscriptions administratives ainsi que les découpages électoraux ;***
- ***L'état de siège et l'état d'urgence ».***

En outre, dans d'autres domaines, la loi pose les principes fondamentaux : il s'agit, par exemple, de l'organisation de la défense nationale ; de l'enseignement et de la recherche scientifique ; des nationalisations et dénationalisations d'entreprises du secteur public au secteur privé ; du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales etc.

Toutes les matières qui ne relèvent pas du domaine de la loi sont du domaine des règlements, c'est-à-dire du pouvoir exécutif.

Il faut néanmoins souligner :

1°) les matières qui relèvent de la loi par les principes fondamentaux relèvent également du domaine réglementaire par leur contenu. On dit de ces matières qu'elles sont partiellement soumises à la loi.

2°) puisque c'est le domaine de la loi qui est délimité, le domaine réglementaire est plus large. C'est le domaine de la loi qui est restreint.

La sanction de la violation du domaine réglementaire par le parlement est l'irrecevabilité qui pourrait être opposée à l'examen d'une proposition de loi à l'Assemblée nationale. En effet, au terme de l'article 104 de la Constitution béninoise, les propositions, projets et amendements qui ne sont pas du domaine de la loi sont irrecevables. Cette sanction est prononcée par le Président de l'Assemblée Nationale après délibération du bureau.

A l'intérieur de la loi, il faut distinguer :

1°) Les lois organiques. Les lois organiques sont celles qui fixent, conformément à la Constitution, les règles relatives au fonctionnement des pouvoirs publics (Cour constitutionnelle, Cour suprême, HAAC, CES, HCJ, Assemblée nationale). L'adoption de ces lois suit une procédure spéciale. Les lois qui ne sont pas organiques sont des lois ordinaires.

2°) Les lois de finances déterminent les recettes et les dépenses de l'Etat. On les distingue des lois de règlement par lesquelles l'Assemblée nationale procède au contrôle de l'exécution des lois de finance, sous la réserve de l'apurement ultérieur des comptes de la Nation par la Chambre des Comptes de la Cour suprême.

3°) Les lois programmes déterminent les objectifs de l'action économique et sociale de l'Etat.

A l'intérieur des règlements, il faut distinguer :

1°) Les ordonnances : ce sont des règlements administratifs, c'est-à-dire des décrets, qui a pour l'objet une matière relevant du domaine de la loi. C'est une exception à la délimitation des domaines législatif et réglementaire. Par les ordonnances, le pouvoir exécutif intervient dans le domaine législatif. Mais cette intervention est encadrée par la Constitution.

D'abord les ordonnances peuvent être prises par le Chef de l'Etat, dans les circonstances exceptionnelles prévues par l'article 68 de la Constitution béninoise :

« Lorsque les Institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire national ou l'exécution des engagements internationaux sont menacées de manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics et constitutionnels est menacé ou interrompu, le Président de la République, après consultation du Président de l'Assemblée nationale et du Président de la Cour constitutionnelle, prend en conseil des ministres les mesures exceptionnelles exigées par les circonstances sans que les droits des citoyens garantis par la Constitution soient suspendus.

Il en informe la Nation par un message.

L'Assemblée Nationale se réunit de plein droit en session extraordinaire. »

Cette disposition a fait l'objet d'assez nombreuses applications de la part des titulaires respectifs du pouvoir exécutif, notamment en matière économique (mise en application de la loi des finances par exemple). Or, on a bien observé que les conditions sont fixées par la Constitution :

- Il faut une menace
- Il faut que cette menace ait un degré de gravité tel qu'elle mette en péril l'indépendance de la Nation, l'intégrité du territoire ainsi que le fonctionnement régulier des institutions républicaines et les engagements internationaux.

Mais il est juste de préciser aussi que l'appréciation de l'existence et de la gravité du péril relève du Chef de l'Etat. Il s'agit d'une appréciation discrétionnaire de la situation. Elle ne peut donc pas faire l'objet de sanction par la Cour constitutionnelle. Il suffit que la procédure prescrite par la Constitution soit observée par le Chef de l'Etat : consulter les président des institutions (Cour Constitutionnelle, Assemblée nationale) ; informer la Nation par un message.

Ensuite, l'article 102 de la Constitution permet au Gouvernement d'être autorisé par l'Assemblée nationale, à prendre par ordonnance pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Cette autorisation est accordée suivant une loi par l'Assemblée nationale. Elle permet au Gouvernement de prendre les mesures nécessaires à l'exécution de son programme économique sans recourir au parlement.

2°) Il y a ensuite les décrets, pris en conseil des ministres, les arrêtés ministériels, préfectoraux ou municipaux.

3°) Enfin, sans être exhaustif, on peut citer également **les circulaires ou instructions ministérielles**. Ce sont des textes susceptibles d'une application générale et permanente, à l'instar des décrets et arrêtés. Mais, en principe, ces textes n'ont de portée qu'à l'intérieur de l'administration concernée.

B – Les distinctions spécifiques au droit privé

A l'intérieur du droit privé, une première distinction oppose les lois impératives aux lois supplétives. Une seconde distinction détache les lois générales des lois spéciales.

1 – Les lois impératives et les lois supplétives de volonté

Les lois s'adressent aux particuliers qui doivent s'y soumettre. Mais dans certains cas, il est permis aux particuliers, sujets de droit, de **suppléer**, c'est-à-dire **substituer** sa propre volonté à celle du législateur : **ces lois sont dites supplétives de volonté**. En d'autres termes, la loi ne sera applicable que si les parties n'ont pas exprimé une volonté contraire. Exemple : le Code des personnes et de la famille a offert aux futurs époux la possibilité de choisir leur régime matrimonial, c'est-à-dire de fixer par eux-mêmes les règles auxquelles ils soumettent leur patrimoine. Mais lorsque les futurs époux n'expriment pas une volonté, un choix, le Code a prévu qu'il leur sera appliqué le régime de la séparation des biens. Selon l'article 184 du Code : « **A défaut de contrat de mariage, les époux sont soumis au régime de la séparation des biens** ». La disposition citée de cette loi est supplétive de volonté.

En revanche, l'application d'une loi peu être rigide et exclure toute volonté contraire du sujet de droit. On dit d'une telle loi qu'elle est impérative, c'est-à-dire d'ordre public. L'article 6 du Code civil dispose bien que : « **On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs** ». Souvent, c'est le législateur qui indique dans le texte de loi que celle-ci est d'ordre public.

2 – Lois générales et lois spéciales

Une loi peut avoir un domaine plus restreint, une vocation plus étroite. Elle est alors comparée avec une loi qui a un domaine plus étendu. La première est une loi spéciale, la seconde, une loi générale. On considère que si le législateur accentue son attention sur une matière plus étroite, c'est qu'elle lui accorde plus d'importance. Exemple : on sait qu'il y a des infractions contre les personnes régies par le Code pénal, et particulièrement, les infractions contre la dignité de la personne (articles 373 et suivants du Code pénal sur les calomnies, injures, révélations de secrets). Mais en marge de ces dispositions générales, le législateur béninois a pris une loi spéciale : loi 97-010 du 20 août 1997 portant libéralisation de l'espace audiovisuel et dispositions pénales spéciales relatives aux délits en matière de presse et de communication audiovisuelle en République du Bénin. En matière de presse, ce texte réprime les délits d'injure, de diffamation, d'outrage et d'offense. L'interprétation des lois spéciales est plus restrictive que celle des lois générales. Cela dit, si une loi générale intervient avant une loi spéciale, la première ne saurait déroger à la seconde : on dit que par une loi générale, on ne peut pas déroger aux lois spéciales (**legi speciali per generalem non derogatur**). Mais si une loi spéciale intervient avant une loi générale, on dit que la loi spéciale a partiellement abrogé la loi générale (**specialia generalibus derogant**).

- 51 -

Paragraphe II : La force de la loi

On a vu que, règle de droit, la loi a une force obligatoire que lui prête la contrainte étatique. Cette force se situe entre deux termes : l'entrée en vigueur et l'abrogation. Entre les deux termes, la loi aura exercé sa force obligatoire.

A – L'entrée en vigueur de la loi

Pour être opposable aux citoyens, la loi doit être connue de ceux-ci, de chaque sujet du droit. Normalement, les autorités publiques devraient s'assurer que chacun ait connaissance de la loi ou, au sens général, de la règle de droit. Ainsi, chaque citoyen pourrait éviter (on dit aussi éviter) l'application d'une loi en alléguant (en affirmant, en se justifiant, en soulevant ou en excipant de ce...) qu'il n'a pas eu connaissance de cette loi. Il ne pourrait donc pas l'appliquer ou se la voir opposer. La personne qui poursuit serait alors conduite à produire la preuve que celle qui est poursuivie avait été informée de l'existence de la loi. Cette preuve serait difficile à établir. C'est pour régler cette difficulté qu'il a été posé le principe (principe général du droit) « **nul n'est censé ignorer la loi** », ou, en latin : « **Nemo censetur legem ignorare** ». Il s'agit d'une présomption de connaissance de la loi qui pèse sur chaque citoyen. Cela veut dire que chacun est supposé être informé de l'existence de la loi et de la connaissance de son contenu. En conséquence, nul ne pourra éviter l'application d'une loi au motif qu'il ignorait son existence ou son contenu. Mais à partir de quand le principe est valable ? Le principe n'est applicable qu'à partir de l'entrée en vigueur de la loi.

La loi entre en vigueur à partir de l'accomplissement de formalités juridiques successives : la promulgation, la publication et l'épuisement d'un délai légal d'information des sujets.

1 - La promulgation

La promulgation est l'acte par lequel la loi adoptée est rendue publique. C'est l'acte par lequel le Président de la République atteste l'existence de la loi votée par l'Assemblée nationale et donne l'ordre aux autorités publiques de l'observer et la faire observer. C'est qu'il ne suffit pas que le parlement élabore la loi et l'adopte pour la rendre applicable par les citoyens et obligatoire. Il faut encore qu'un commandement émane de la plus haute autorité du pouvoir exécutif pour faire part aux citoyens de l'existence de la loi et les engage à s'y soumettre. Au Bénin, c'est l'article 57 de la Constitution qui est le siège juridique de la promulgation. Selon l'alinéa 2 de cet article : « **Il (le Président de la République) assure la promulgation des lois dans les quinze jours qui suivent la transmission qui lui en est faite par Président de l'Assemblée nationale** ».

Ainsi, lorsque la loi est adoptée (votée) par l'Assemblée nationale, le président de cette institution la transmet au Président de la République aux fins (en vue de, pour les besoins de...) de promulgation. Dans les quinze jours qui suivent cette transmission, le Président de la République a l'obligation de promulguer la loi. Ce délai est même ramené à cinq (5) jours en cas d'urgence déclarée par l'Assemblée nationale.

Mais le Président de la République peut éviter la promulgation en demande à l'Assemblée nationale de réexaminer la loi : il s'agit de la deuxième lecture. A l'issue de cette deuxième délibération (ou lecture) la loi est transmise à nouveau et le Président de la République doit la promulguer dans le même délai. A défaut par lui de le faire, la Cour constitutionnelle, saisie par le Président de l'Assemblée Nationale, déclare la loi exécutoire, si elle est conforme à la Constitution.

- 52 -

En somme, au Bénin, à titre principal, c'est le Président de la République qui promulgue la loi votée. Mais à titre exceptionnelle, en cas de défaillance du Président de la République, il y est procédé par la Cour constitutionnelle, saisie par le Président de l'Assemblée nationale.

Le texte de la promulgation se présente généralement comme suit : « **L'Assemblée Nationale a adopté, le Président de la République promulgue la loi dont la teneur suit...** ». Puis, à la fin du texte, on a la formule suivante : « **...La présente loi sera promulguée comme loi de l'Etat. Fait à ..., le (la date de la promulgation)** »

La loi promulguée a un numéro d'ordre, en ce qu'elle est inscrite dans une série annuelle. Exemple : L'Assemblée Nationale a votée le Code des personnes et de la famille en 2002 (en fait, une première fois en 2002, puis, à la suite du contrôle de conformité à la Cour constitutionnelle, une seconde fois en 2004). Dans l'ordre des lois adoptées en 2002, c'est la loi n°7. Ce Code a été promulgué par le Chef de l'Etat le 14 Août 2004. Le numéro de la loi devient : **Loi n° 2002-07** portant Code des personnes et de la famille du **14 Août 2004**.

2 – La publication

La publication est le fait de mettre le texte à la disposition du public, c'est-à-dire d'assurer l'information du public. Il n'y a donc pas de loi promulguée qui soit secrète, ou confidentielle. La publication est assurée au moyen d'une insertion au Journal Officiel (J.O.).

3 – Le délai légal d'information

C'est le délai pendant lequel le Journal Officiel est supposé parvenir au citoyen. A l'expiration de ce délai, chaque citoyen est présumé avoir connaissance de la loi. Celle-ci a alors un effet obligatoire. Elle peut être exécutée par voie de contrainte. Le délai légal est contenu dans un texte très ancien : un décret-loi du 5 novembre 1870. Quel est ce délai ? La loi entre en vigueur dans le délai d'**un jour franc** après sa publication au journal officiel. Pourquoi dit-on que le délai est franc ? Un délai est dit franc lorsque, en évaluant le délai, (en droit, on dit en comptant le délai), on ne compte pas le premier jour (**dies a quo**) ni le dernier jour (**dies ad quem**). Exemple : Une loi a été promulguée le 24 Août 2009. Elle est publiée au journal officiel, dans sa parution du 15 septembre 2009. En principe, le délai légal de part du 15 septembre et prend fin le 16 septembre. Mais le premier jour, le dies a quo, c'est le 15 septembre. Il ne sera pas compté. Le dernier jour, le dies ad quem, c'est le 16 septembre. Il ne sera pas compter. Conclusion : la loi entre en vigueur à partir du 17 septembre 2009. Les 15 et 16 septembre constituent le délai légal d'information.

- 53 -

B – La force obligatoire de la loi

Une loi entrée en vigueur a une force obligatoire intrinsèque. Elle est, en effet, un commandement, un ordre de la puissance publique. Disposition générale, elle est permanente et, surtout, obligatoire. Le caractère obligatoire n'est pas seulement intrinsèque. Elle est également extrinsèque. En cela, il peut être fait recours à la force publique pour assurer l'exécution de la loi. C'est ce qui arrive lorsque, en vertu de la loi, une personne condamnée refuse de payer. Le créancier peut solliciter les voies d'exécution forcée, c'est-à-dire les huissiers, les agents de sécurité publique, pour faire exécuter la loi.

L'effet ou la force obligatoire de la loi s'exerce à l'égard de tous. On dit que la loi a un effet *erga omnes*. Ce principe souffre néanmoins des inflexions que nous avons examinées dans les caractères de la règle de droit. La loi ne s'adresse pas à tous les êtres humains. Il s'adresse souvent à un groupe particulier. Exemple : les dispositions du Code des personnes et de la famille sur les effets du mariage ne s'adressent pas aux célibataires ! Par conséquent, ces dispositions n'ont un effet obligatoire qu'à l'égard des personnes mariées.

L'autre inflexion dont souffre le principe de l'effet obligatoire est relative à la distinction entre lois impératives et loi supplétives. Sous cette distinction, on peut retenir que les lois supplétives n'ont un caractère obligatoire, une force obligatoire que si les parties n'en n'ont pas disposé autrement. Tel n'est cependant pas le cas des lois impératives qui ont une force obligatoire absolue. Dans leur cas, la force obligatoire est absolument irrécusable.

C – L’abrogation de la loi

La vocation de la loi, c’est de garder indéfiniment sa force obligatoire. Mais celle-ci peut lui être retirée : c’est l’abrogation. Il y a deux modes d’abrogation :

1°) L’abrogation expresse : la loi nouvelle, dans son article final le plus souvent, déclare formellement abroger les dispositions antérieures qu’elle précise.

2°) L’abrogation tacite : les dispositions de la loi nouvelle sont incompatibles avec celles de la loi ancienne. Totalemment ou partiellement. On verra comment régler les conflits éventuels entre la loi nouvelle et celle ancienne dans le cadre de l’application de la loi dans le temps.

Certains trouvent dans le non usage de la loi une abrogation tacite qu’ils qualifient de **désuétude**. Mais en réalité, la loi ne disparaît guère par désuétude. Seule l’abrogation permet de lui retirer sa force obligatoire.

Paragraphe III – L’application de la loi dans le temps

Lorsqu’une loi nouvelle entre en vigueur, à quelles situations s’applique-t-elle ? Saisit-elle les situations déjà accomplies ou en cours d’exécution ou s’applique-t-elle aux situations à venir ? La question ne manque pas d’intérêt. Supposons que, avant le déroulement des épreuves de l’examen du baccalauréat, la loi en vigueur disposait que pour devenir boursier en première année à l’université, il faut avoir une note supérieure ou égale à 14 sur 20 à l’examen et être âgé de moins de 25 ans. Après la rentrée universitaire, les députés ont voté une loi nouvelle qui fixe la moyenne à 15/20 et l’âge à moins de 22 ans. Si on décidait que la loi nouvelle devrait saisir les situations accomplies avant son entrée en vigueur, ceux qui ont eu le bac avant sa promulgation devront remplir les nouvelles conditions. Mais si on décidait que la loi nouvelle ne devrait régir que les situations à naître après sa promulgation, ceux qui ont déjà eu le bac seront soumis aux conditions de l’ancienne loi. Dans le premier cas, on dira que la loi a un effet rétroactif ; alors que dans le second, elle n’aura eu d’effet que pour l’avenir.

L’histoire du droit français permet de constater que la Révolution française avait fait des lois délibérément rétroactives. En 1794, elle avait déclaré applicable dans toutes les successions ouvertes depuis le 14 juillet 1789, même celles qui étaient déjà liquidées, la nouvelle loi successorale qu’elle avait promulguée. Il s’ensuivit une remise en cause des droits et des propriétés ainsi qu’un ébranlement de la sécurité juridique. La législation postérieure a entendu réagir contre ce souvenir. Déjà, la Constitution du Directoire (Constitution de l’An III, c’est-à-dire de l’année 1792, parce que selon le calendrier révolutionnaire, l’An I, c’est 1789) avait disposé que aucune loi, ni criminelle, ni civile, ne peut avoir d’effet rétroactif.

C’est en cette circonstance que le Code civil est promulgué en 1804. Elle adopte la solution formulée par la Constitution de l’An III et, en son article 2, dispose : « **La loi ne dispose que pour l’avenir ; elle n’a point d’effet rétroactif** ». La loi n’est donc pas rétroactive et ne s’appliquera pas, en principe, aux situations juridiques accomplies avant son entrée en vigueur : **c’est le principe de la non rétroactivité**. Mais quelle est la portée de ce principe ?

De la lecture de l’article 2 du Code civil, il convient de retenir deux règles principales :

- Le principe de la non rétroactivité s’impose au juge
- Le principe de la non rétroactivité ne s’impose pas au législateur

A – Le principe de la non-rétroactivité s'impose au juge

Lorsqu'un juge est saisi d'une nouvelle loi qui ne contient aucune disposition quant à son application dans le temps, il a le devoir de l'appliquer d'une manière non-rétroactive. C'est le sens de l'article 2 du Code civil. Si nous reprenons le cas de la nouvelle loi relative à l'attribution des bourses d'étude, elle ne s'appliquera pas à ceux qui ont eu le bac avant sa publication au J.O. Ceux-ci resteraient soumis à l'ancienne loi. Le principe de la non-rétroactivité conduit ainsi à la survie de la loi ancienne qui va empiéter sur la période postérieure à son abrogation. Comment déterminer alors les terrains successifs de l'ancienne loi et de la nouvelle ? Deux théories s'affrontent : la théorie classique et la théorie moderne.

1- La théorie classique

Cette théorie considère qu'une loi nouvelle, à peine d'être rétroactive, ne peut pas toucher aux droits qui sont déjà acquis au profit d'une personne. En revanche, elle peut modifier ou supprimer les simples expectatives de cette personne : ***C'est la théorie des droits acquis***. Aux droits acquis, on oppose les simples expectatives, qui sont des attentes, des espérances. Le droit acquis est celui qui est entré dans le patrimoine du bénéficiaire, c'est-à-dire du sujet du droit. Un tiers ne peut le mettre en cause. Pour d'autres, le droit acquis est celui qui peut être exercé en justice. C'est donc le droit muni d'une action alors que le titulaire d'une simple expectative ne peut encore agir en justice, même pour la conservation de son espérance. Dans notre cas, si ceux qui ont obtenu le bac avant la publication de la nouvelle loi avaient déjà déposé leurs dossiers et été retenus, il y a bien des droits acquis. La nouvelle loi ne peut plus les remettre en cause sans violer l'article 2 du Code civil. La loi nouvelle continue de recevoir application en dépit de son abrogation par la loi nouvelle : il y a survivance de la loi ancienne. Mais si les dossiers n'avaient pas encore été déposés et les candidats à la bourse retenus, il n'y aurait que simple expectative. La loi nouvelle pourrait être appliquée à cette situation.

2- La théorie moderne

Elle est constituée par la distinction proposée par Paul ROUBIER de l'effet immédiat et de l'effet rétroactif. Selon cet auteur, toute loi a, en principe, un effet immédiat. Seul l'effet rétroactif est interdit par l'article 2 du Code civil. En schématisant cette distinction, on peut retenir que la loi nouvelle saisit immédiatement les situations juridiques en cours mais ne saurait modifier les conséquences que cette situation a déjà produites.

Quelle que soit la théorie adoptée, on admet que les contrats en cours d'exécution doivent continuer à être régis par la loi qui était en vigueur au jour où ils ont été conclus. Pour ces contrats, il y a survie de la loi ancienne : la volonté des contractants qui n'ont connu que cette loi, tient en respect l'effet immédiat de la loi nouvelle. Il n'en est autrement que lorsque la loi nouvelle est d'ordre public. La volonté des contractants est impuissante contre l'ordre public.

Il faut également considérer par application de la théorie de l'effet immédiat, la loi nouvelle de procédure est d'application immédiate. On entend par loi de procédure les lois d'organisation judiciaire, celles qui sont relatives aux procédures de saisine des juridictions, celles qui règlent la conduite des procédures ainsi que l'exécution des décisions rendues et les voies de recours.

Enfin, en matière pénale, les lois nouvelles plus douces sont d'application immédiate.

B – Le principe de la non-rétroactivité ne s'impose pas au législateur

En raison de ce que le Code civil lui-même, *a fortiori* l'article 2, est une loi et, en plus, une loi ordinaire, le législateur peut s'en affranchir ou l'aménager.

- Il peut s'en affranchir de deux manières : soit en édictant des lois expressément rétroactives, soit en adoptant des lois interprétatives. Dans le premier cas, c'est le législateur qui déclare que la loi aura des effets rétroactifs. Dans le second cas, le législateur élabore une loi pour trancher les difficultés d'interprétation qu'avait soulevé le premier texte devant les tribunaux. La loi interprétative fait corps avec la loi interprétée. Elle a le même domaine d'application que la loi interprétée. La loi interprétative s'appliquera ainsi aux faits antérieurs à son entrée en vigueur.
- Il peut l'aménager par des dispositions transitoires qui fixent les champs respectifs d'application de la loi ancienne et de la loi nouvelle.

Il faut néanmoins préciser qu'étant une loi, les règlements devront se conformer à l'article 2 du Code civil. Par conséquent, l'Administration commettrait un abus de pouvoir si elle conférait à ses décrets ou arrêtés un effet rétroactif : le principe de la non-rétroactivité s'impose donc au pouvoir exécutif. Il faut encore préciser que contrairement au droit pénal, le principe de la non-rétroactivité n'a pas une valeur constitutionnelle en matière civile. En effet, en matière pénale, le principe a une valeur constitutionnelle de sorte que la Cour constitutionnelle peut déclarer une loi pénale rétroactive contraire à la Constitution. Ce qui n'est pas le cas en droit civil.

- 56 -

Section II : La coutume

La coutume est définie comme la règle de Droit objectif fondée sur une tradition populaire : le ***consensus utentium***. La coutume prête à une pratique constante et a un caractère juridiquement contraignant. Au XIX^e siècle, la doctrine avait récusé le fait que la coutume fût une source de droit en raison du culte de la loi et de la légalité auquel elle procédait. Mais il est à présent acquis que la coutume est bien une source du Droit objectif. Elle se présente sous deux formes : la coutume proprement dite, d'origine populaire et la coutume savante, produit de la pratique des juristes.

Paragraphe premier : La coutume d'origine populaire

La coutume a, en dépit du développement de la culture de l'écriture, un domaine important, notamment en droit civil. En cette matière, la coutume tient sa légitimité, soit en vertu d'un renvoi, d'une délégation de la loi, soit en vertu d'un pouvoir propre.

A – Le pouvoir délégué de la coutume

La loi renvoi à la coutume, le règlement de certaines situations. Ce renvoi est tantôt expès, tantôt implicite.

1 – Le renvoi exprès de la loi à la coutume

L'article 1135 du Code civil renvoie expressément au respect des usages conventionnels à l'occasion de l'exécution des obligations contractuelles. Ce sont les pratiques spéciales à une profession que les particuliers suivent dans les conventions qu'ils concluent. Ces pratiques sont tellement habituelles entre les parties que les juridictions considèrent qu'elles sont sous entendues, les contractants étant censés s'y être implicitement référés, toutes les fois qu'ils ne les ont pas expressément écartées.

2 – Le renvoi implicite de la loi à la coutume

Au sens large, les coutumes entrent dans l'analyse de certains concepts juridiques. Il s'agit, par exemple du concept de bonnes mœurs que l'on retrouve dans les articles 6 et 1133 du Code civil. Il en est également ainsi de la notion de bon père de famille. La définition de ces concepts prend en compte des références du milieu dans lequel on se place. Même la notion de faute, de l'article 1182 du Code civil n'échappe pas, pour sa détermination, aux considérations liées à la coutume. La faute s'appréciant, à certains égards, *in concreto*, c'est-à-dire en considération des circonstances de fait qui sont, dans la plupart des cas, liées aux usages.

B – Pouvoir autonome de la coutume

La coutume est-elle, comme la loi, remplie d'une force obligatoire, hormis les cas de renvoi explicite ou implicite du législateur ? La question les controverses doctrinales. Les réponses diffèrent suivant que la coutume prétend aller contre la loi (*contra legem*) ou celle qui a vocation de se mettre à côté de la loi pour en combler les lacunes éventuelles (*praeter legem*).

- 57 -

1 – Le cas des coutumes *contra legem*

La coutume peut aller contre une loi supplétive ou interprétative de volontés des parties. Elle peut également aller contre une loi impérative.

En ce qui concerne la loi supplétive ou interprétative il est admis qu'une coutume puisse prospérer à leur rencontre. La raison est que, par hypothèse, les particuliers pourraient stipuler dans le sens contraire de telles lois. Or, la coutume est l'expression de la volonté répétitive d'une masse de contractants. On en déduit que la coutume *contra legem* peut aller contre une loi supplétive ou interprétative.

En ce qui concerne la loi impératives, il n'est pas admis de dérogation, ni de la part des particuliers, ni en vertu d'une coutume.

2 – Le cas des coutumes *praeter legem*

Il y a des coutumes qui, en quelque sorte, coexiste avec la loi, combrent au besoin, ses lacunes. C'est ainsi que, pendant longtemps, la coutume qui a voulu que la femme mariée porta le nom de son mari survit avec la loi sur les personnes et la famille.

Paragraphe II – La coutume d’origine savante

Ce sont des règles inspirées de la tradition juridique. Elles se manifestent de deux manières : Les maximes juridiques et les principes généraux du droit.

1 – Les maximes juridiques

Ce sont des proverbes ou des adages juridiques. Les maximes sont des formulations brèves et condensées, d’origines savantes, d’expression latine ou française.

On peut en citer quelques uns :

- Accessorium sequitur principale (L’accessoire suit le principal)
- En fait de meubles possession vaut titre
- Pacta sunt servanda (Les conventions doivent être respectées)
- Error communis facit jus (l’erreur commune se transforme en droit).

2-Les principes généraux du droit

Ce sont des principes admis par la jurisprudence. Elles relèvent, pour l’essentiel, de la philosophie du droit naturel. C’est l’expression des droits fondamentaux qui s’imposent même à la loi. Mais si sous chaque maxime, il y a un principe général du droit, tout principe général de droit ne constitue pas une maxime. Par exemple, il est admis que nul ne peut s’enrichir sans cause aux dépens d’autrui. On peut aussi citer le principe du nominalisme monétaire : Un franc quelle que soit l’époque a la même valeur, en dépit des fluctuations constatées.

Chapitre II : Les autorités en droit

S'il est vrai qu'on ne saurait établir la règle de droit hors la coutume et la jurisprudence, il est également admis que celles-ci ne sont pas des sources du droit. Elles constituent plutôt des autorités en droit. On s'en inspire pour éclairer législateur, décideurs et sujet du droit. Elles permettent d'enseigner la matière c'est-à-dire d'en transmettre le contenu.

Section première : La jurisprudence

Il faut d'abord définir la jurisprudence avant de rechercher sa force.

Paragraphe premier : La définition de la jurisprudence

Si on prenait en compte l'étymologie du mot, on considérerait que la jurisprudence comme « la science du droit », c'est-à-dire « *prudentia juris* ». Au sens concret, la jurisprudence est l'ensemble des décisions de justice rendues pendant un certaine période, soit dans l'ensemble du Droit, soit dans une matière déterminée (jurisprudence en matière de divorce) soit dans une branche précise du Droit (jurisprudence commerciale). Le mot désigne aussi, au sens substantiel, l'ensemble des solutions apportées par les décisions de justice dans l'application du Droit. C'est encore la pratique judiciaire, c'est-à-dire l'habitude prise par les tribunaux d'appliquer une règle de droit d'une certaine façon. C'est une façon habituelle de juger dans tel ou tel sens. Ainsi on dit d'un jugement ou arrêt important qu'il a fait jurisprudence, si d'autres juges ont commencé par suivre la solution contenue dans cet arrêt. Quand on évoque le « revirement » de jurisprudence, c'est qu'une nouvelle décision est venue mettre fin à la manière habituelle suivant laquelle les décisions étaient rendues ; elle fournit une nouvelle solution. La jurisprudence peut être « constante », « établie » c'est-à-dire que la même solution est toujours donnée depuis un temps assez long. **La répétition dans le temps est le premier élément de la jurisprudence.** Elle se présente comme une succession de jugements, c'est-à-dire de décisions de justice.

Mais pour constituer véritablement une jurisprudence, **les décisions qui se succèdent dans le temps doivent être rendues dans le même sens** : c'est le second élément de la jurisprudence. C'est cette similitude de solutions qui crée la jurisprudence. C'est parce qu'elle établit une manière de juger, qu'elle impose une solution aux espèces (aux cas) de même nature, que la jurisprudence est une autorité en droit. Mais on évoque déjà sa force.

Paragraphe II : La force de la jurisprudence

Le droit, dans les Etat de tradition juridique française, ne reconnaît pas la jurisprudence comme une source formelle du Droit. Trois raisons justifient cette proposition :

1°) Le juge est lié par la loi. Il est chargé de dire le droit. Il ne peut pas en créer. L'article 5 du Code civil dispose même que : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Autrement dit, les juges ne doivent pas procéder comme le législateur. Si un juge agissait ainsi, il aurait prononcé un arrêt de règlement. Ils

se contentent d'appliquer la loi aux espèces qui leur sont soumises. Le juge statue ainsi en droit, c'est-à-dire ne tranche les litiges qu'en vertu de la loi. Il est subordonné à la loi. La Cour suprême (Cour de cassation française) veille à ce que le droit soit respecté par le juge en sanctionnant les décisions qui ne sont pas conformes à la loi. Elle est alors saisie par voie de **pourvoi en cassation**. La Cour suprême ou Cour de cassation française est également soumise à la loi.

2°) Le juge n'est pas lié par les précédents judiciaires comme dans les États anglo-saxons. Lorsqu'il est saisi, il est libre, en principe, d'apporter la solution qu'il juge appropriée au litige. C'est le corollaire, c'est-à-dire la conséquence naturelle de la prohibition des arrêts de règlement de l'article 5 du Code civil. Dans la conception anglo-saxonne, particulièrement britannique, le précédent judiciaire a une force obligatoire : devant une espèce similaire, le juge est tenu d'appliquer la solution établie par un autre juge. Il s'en tient à cette solution dégagée par la décision précédente : c'est ce qu'on appelle la *stare decisis*.

3°) Pour justifier sa décision, le juge ne peut pas se contenter d'invoquer un précédent judiciaire. Le précédent ne peut pas servir de fondement à sa décision.

Il faut néanmoins relever, à la suite de ces développements, que le juge ne peut pas refuser de juger sous prétexte du silence ou de l'obscurité de la loi. C'est cette interdiction que formule, à son égard, l'article 6 du Code civil. À partir de cette disposition, certains considèrent que la jurisprudence met en œuvre le pouvoir d'interprétation du juge. Ce pouvoir d'interprétation conduit finalement, à l'aide des méthodes et procédés étudiés, à créer le droit, en faisant œuvre prétorienne. Dans le silence de la loi, le juge statue également en équité. L'équité c'est l'idéal de la justice. C'est l'égalité parfaite, absolue. C'est la conscience que chacun a de la justice. Enfin, elle est finalité de la justice, selon les théories du droit naturel. Il est juste cependant de retenir, que même à cet égard que la jurisprudence reste une autorité. Elle provoque en fait des réformes, en appelant le législateur à adopter de nouvelles lois.

- 60 -

Section II : La doctrine

On définit la doctrine comme une « opinion communément professée par ceux qui enseignent le Droit ». ⁴³ C'est ce que les romains appellent la « *communis opinio doctorum* ». La doctrine s'étend aussi à ceux qui, sans même enseigner le Droit, écrivent sur la discipline. C'est suivant ce sens que la Doctrine s'oppose à la jurisprudence.

⁴³ G. CORNU, Vocabulaire juridique, p. 324

Troisième partie : Les droits subjectifs

Le Droit objectif reconnaît aux individus des prérogatives. Ceux-ci peuvent en jouir sous la protection de l'Etat. Les prérogatives reconnues par le Droit objectif au profit des individus sont des droits individuels encore appelées droits subjectifs. Ce sont les droits attachés ou liés à la personne, c'est-à-dire au *sujet (droits subjectifs)*. Pour certains, le droit subjectif est un **pouvoir de vouloir**, c'est-à-dire l'aptitude à exprimer par sa volonté, ses besoins et à les satisfaire. Pour d'autres, c'est un intérêt pris en considération par le droit, un intérêt juridiquement protégé. Ce qu'on peut retenir, la notion de « droits subjectifs » est si présente en droit privé qu'en dépit des attaques dont elle a fait l'objet qu'elle en constitue l'un des piliers. La notion de droits subjectifs a particulièrement été présentée par un auteur célèbre Paul ROUBIER,⁴⁴ qui lui préfère néanmoins celles de « situations juridiques ». L'étude des droits subjectifs suppose d'abord celle de la création de ces droits (**Chapitre premier**) puis celle de leur réalisation (**Chapitre II**).

Chapitre premier : La création des droits subjectifs

L'être humain ou l'individu a des pouvoirs, c'est-à-dire, au sens du droit privé, l'aptitude qui permet d'agir sur la personne ou la chose d'autrui. Parmi ces pouvoirs, (on peut dire aussi « prérogatives »), certains sont fixés par le Droit objectif : ce sont les droits subjectifs. Mais d'autres ne relèvent pas de la règle de droit : ce sont des pouvoirs de fait, c'est-à-dire des maîtrises purement matérielles. L'exemple souvent cité est la possession. C'est la détention de fait d'une chose par une personne qui se comporte comme le propriétaire. Exemple : le voleur d'un vélo en usera comme s'il était le propriétaire alors qu'il n'est qu'un simple possesseur. On oppose la possession à la propriété.

Ce sont les pouvoirs organisés par le Droit objectif qui feront l'objet de la présente section. Il faut d'abord envisager la création des droits subjectifs en relation avec les différentes catégories ou espèces de droit (Section **première**) avant de l'étudier au regard des sources des droits subjectifs (**Section II**).

Section première : Les catégories de droits subjectifs

Le pouvoir que réalise un droit subjectif peut tendre vers une personne (droit personnel) ou vers une chose (droit réel). Les droits personnels et réels permettent de saisir, dans son concept et son contenu la notion de patrimoine.

⁴⁴ P. ROUBIER, Droits subjectifs et situations juridiques, DALLOZ, Paris, 2005, 451 pages.

Paragraphe premier – Les droits personnels

Si nous reprenons la définition du droit subjectif comme le pouvoir qui admet un individu à agir sur la personne ou le patrimoine d'autrui, on relève que l'individu peut exercer ce pouvoir sur une personne. Le droit personnel est celui qu'a une personne (appelée le créancier) d'exiger d'une autre personne (appelée le débiteur) une prestation, c'est-à-dire une obligation consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Le droit personnel est encore appelé le droit de créance. Il consiste en un rapport de droit entre deux personnes. Ce qui apparaît comme « droit » du point de vue du créancier, est considéré comme « obligation » ou la « dette » du point de vue du débiteur. « droit » et « obligation » sont alors les deux faces d'une même pièce. Du côté actif, c'est le droit, du côté passif, c'est l'obligation. Entre le droit et l'obligation, il y a un rapport juridique, le droit de créance. L'obligation peut être définie comme un lien de droit (*vinculum juris*), en vertu duquel le débiteur se trouve lié, à l'égard du créancier, et sous la contrainte étatique, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Exemple : du contrat de vente, naît, pour le vendeur le droit de recevoir le prix de la chose vendue et l'obligation de remettre celle-ci à l'acquéreur. Corrélativement, ce contrat fait naître, pour l'acquéreur, le droit de recevoir la chose et l'obligation de payer le prix.

Il convient de souligner que, comme le droit ne se confond pas avec la morale, l'obligation juridique ne peut être assimilée au devoir moral. Dans le devoir moral (apporter secours et assistance à son frère, en lui fournissant une pension alimentaire), il n'y a pas de contrainte étatique tandis que l'obligation juridique est marquée par la contrainte étatique (ce qui ne fournit pas secours et assistance à son ascendant dans le besoin peut y être contraint par le juge).

- 62 - Néanmoins, celui qui satisfait au devoir moral d'assistance et de secours à l'égard de son frère dans le besoin accomplit une obligation naturelle que l'on oppose à l'obligation civile en raison de ce que celle-ci est sanctionnée par les règles du droit civil. Seulement, lorsqu'on exécute une obligation naturelle, on ne peut pas solliciter la restitution, c'est-à-dire la répétition de ce qui est payé.

Trois éléments caractérisent le droit de créance ou droit personnel.

Il y a d'abord le pouvoir reconnu au créancier par la règle de droit. Ce pouvoir donne au droit un caractère très personnel. C'est même pour cette raison qu'on le désigne par droit personnel.

Ensuite, le sujet passif du droit de créance est déterminé : c'est le débiteur. C'est lui qui a la charge d'exécuter l'obligation. C'est un droit limité au rapport entre créancier et débiteur. On dit ainsi que le droit de créance est relatif.

Enfin, le troisième élément est l'objet du rapport de créance, c'est-à-dire la prestation. Il peut s'agir d'une action (un fait positif) ou d'une abstention (un fait négatif).

Paragraphe II – Les droits réels

Alors que dans le droit personnel ou droit de créance, le pouvoir est exercé sur une personne, dans le droit réel, le pouvoir est exercé sur une chose. Ce pouvoir permet retirer de la chose tout ou partie de ses utilités économiques.

On caractérise le droit réel d'abord par le pouvoir du sujet actif : Il a les pouvoirs cumulés de la propriété que nous définirons dans le paragraphe suivant : l'usus, le fructus et l'abusus.

On caractérise le droit réel aussi par son objet : il s'agit d'une chose, suivant la détermination et les distinctions proposées au paragraphe suivant.

Enfin, le troisième élément caractéristique du droit réel est le sujet passif. Pour certains auteurs, dont PLANIOL, le sujet passif est indéterminé. Ce sont les personnes entre les mains de qui le bien pourrait se retrouver.

Aussi, faut-il bien définir les « choses » et procéder, à grands traits, à leur classification.

A – Choses et biens : définitions

La chose est un objet matériel susceptible d'être soumis à un rapport juridique. Le bien, c'est la chose saisie par le droit et qui procure des avantages à l'homme. La chose devient bien lorsque l'être humain en tire un ou des profits économiques. Si la chose est une donnée de la nature, le bien est, au premier degré, une émanation de la chose. Le bien est d'abord perçu comme la chose matérielle susceptible d'appropriation. C'est la chose qui procure une jouissance, une utilité économique. En quelque sorte, c'est la chose regardée par l'homme, sous sa maîtrise ou domination, pour son usage et son épanouissement.

B – Choses et biens : classification

La division fondamentale (on parle de summa divisio) a pour siège l'article 516 du Code civil : « Tous les biens sont meubles et immeubles ». Il s'en dégage l'idée de la division des biens. Mais si les biens sont réels, les droits qui portent sur eux le sont aussi. Ils font l'objet également de classification.

- 63 -

1-La classification des biens

Il faut considérer d'abord les immeubles ; il faut considérer ensuite les meubles.

a : Les immeubles

Au titre de l'article 517 du Code civil : Les biens sont immeubles, ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel ils s'appliquent ».

Sont immeubles par leur nature, le sol et tout ce qui s'y attache, notamment les bâtiments, les arbres etc. Ce sont des biens que l'on ne peut mouvoir, c'est-à-dire déplacé et qui ne peuvent pas non plus être mû.

A cette catégorie, il faut ajouter des biens qui ne sont pas immeubles mais qui sont destinés à servir ceux-ci. Ce sont les objets qui permettent d'exploiter le sol et les bâtiments. Ils sont si attachés aux immeubles qu'on ne peut pas en disposer (vendre, saisir...) séparément : ce sont les immeubles par destination, c'est-à-dire des biens mobiliers destinés à mettre en valeur les immeubles. En fait, c'est en vertu de la théorie de l'accessoire (accessorium sequitur principale : l'accessoire suit le principal) qu'on les traite comme des immeubles.

Enfin, la troisième catégorie d'immeuble est beaucoup plus artificielle : il s'agit des droits qui portent sur les immeubles. Ce sont les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent. Exemple : Une personne a le droit de percevoir toute sa vie durant des revenus sur un bien. Ce droit est lui-même regardé comme un bien. S'il porte sur un meuble, il sera mobilier, s'il porte sur un immeuble, il sera immobilier.

b : Les meubles

Tout ce qui n'est pas immeuble, est meuble. L'article 527 du Code civil distingue néanmoins entre les meubles par nature et les meubles par détermination de la loi. Les meubles par nature sont les choses mobiles, c'est-à-dire « les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées » (article 528 du Code civil). Exemples : les animaux, les véhicules à moteur, le navire, l'aéronef etc.

Cependant, de manière artificielle, le législateur a décidé que certains droits sont également des meubles : ce sont des meubles par détermination de la loi. Il s'agit, par exemple, des droits personnels comme le droit de créance. Il s'agit également des droits des associés dans une société ainsi que les valeurs mobilières.

C'est la notion de meuble par détermination de la loi qui inspire une autre distinction des biens : les biens corporels, sensibles au toucher, qui tombent sous le sens (les immeubles et les meubles selon la réalité physique), et les biens incorporels, dont l'existence, forgée par le droit est une abstraction. Mais cette abstraction représente pour l'homme une valeur économique. Il y a les biens incorporels relatifs : ce sont les droits dont l'objet, médiat ou immédiat, est un bien corporel : l'usufruit, droit de créance. Il y a aussi des biens incorporels absolus : ce sont des droits qui n'ont aucun support corporel. C'est, par exemple, la clientèle d'un commerçant ; le droit pour l'écrivain ou l'artiste, d'exploiter son œuvre pour en tirer des bénéfices (la propriété littéraire ou artistique). Les droits incorporels absolus sont toujours traités comme des meubles. Mais l'on tente déjà de proposer une classification des droits.

- 64 -

2-La classification des droits

Il s'agit des droits réels, c'est-à-dire ceux qui portent sur une chose. On distingue les droits réels principaux des droits réels accessoires.

1°) **Les droits réels principaux** visent l'utilisation directe des choses, prises dans leur matérialité. Ce sont :

- Le droit de propriété (article 544 du Code civil) : « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements ». C'est le droit réel le plus connu. Il a trois attributs : **l'usus** (le droit de se servir soi-même de la chose : s'asseoir dans ses meubles, conduire sa moto etc.) ; **le fructus** (le droit de percevoir les fruits au sens juridique du terme. On appelle fruit les biens de toutes sortes que rapportent ou produisent certains autres biens (biens frugifères). Somme d'argent, bien en nature). Les fruits sont produits périodiquement et n'entament pas la substance du bien. C'est ainsi qu'ils sont distingués des produits. Ceux-ci entament la substance (le capital) des biens et peuvent ne pas être périodique. Les fruits peuvent être

industriels, civils ou naturels. Le fruit est industriel lorsque, bien que provenant du bien même qui les produit, ils sont obtenus par la culture, c'est-à-dire l'activité de l'homme ou son industrie. Les fruits sont naturels lorsque, provenant du bien même qui les porte, sont le produit spontané de la terre (fruits des arbres). On les assimile au produit et au croît des animaux. Enfin, les fruits civils sont obtenus grâce au contrat dont le capital est l'objet : les loyers et autres revenus en argent procurés par une chose. Enfin, le troisième attribut du droit de propriété est **l'abusus**. C'est le droit de disposer de la chose en l'aliénant.

- Les démembrements du droit de propriété. C'est d'abord l'usufruit, le droit d'user et de jouir de la chose. Le titulaire de ce droit est l'usufruitier. Mais celui-ci ne dispose que deux des trois attributs de la propriété. Le droit de disposer de la chose appartient au nu propriétaire. Ce sont, ensuite, les servitudes. C'est le droit pour les propriétaires d'un immeuble de retirer, à perpétuité, certains services d'un immeuble voisin : servitude de passage, le droit d'aller puiser de l'eau sur le fond voisin.

2°) **Les droits réels accessoires**. Ils sont l'accessoire des créances dont ils garantissent le paiement. Ils portent moins sur la matérialité de la chose que sur la valeur pécuniaire qu'elle représente. C'est le cas de l'hypothèque (sûreté ou garantie immobilière) et du gage ou du nantissement (sûreté ou garantie mobilière).

On retiendra que le titulaire d'un droit réel, en ce que son droit porte sur une chose, pourrait poursuivre celle-ci en quelque main qu'elle puisse se retrouver : on dit qu'il a un droit de suite. Mais si la chose est vendue, le titulaire d'un droit réel est, à l'occasion du paiement (distribution des deniers), préféré à tous autres créanciers dans les conditions prévues par la loi : on dit qu'il a un droit de préférence. Droit de suite et droit de préférence sont les deux effets du droit réel que n'a pas le droit personnel ou droit de créance. Mais les droits personnels et les droits réels constitue ce qu'on pourrait appeler, si on n'est pas juriste, la fortune d'une personne et qui est, en droit, appréhendé comme étant le patrimoine.

- 65 -

Paragraphe III – Le patrimoine

Le patrimoine est un ensemble de biens, des droits et des obligations envisagés comme formant un tout, c'est-à-dire une universalité, une unité juridique et attaché à une personne. La théorie du patrimoine a été conçue par deux auteurs célèbres, Charles AUBRY (1803-1883) et Charles RAU (1803-1887). Selon la théorie qu'ils élaborent le patrimoine est composé d'un actif et d'un passif.

A l'actif, on retrouve les biens ayant un même propriétaire, des droits ayant un même titulaire. Mais on n'y intègre que les droits qui ont un caractère pécuniaire : ce sont des droits patrimoniaux. Les droits qui n'ont pas ce caractère, et qui ne peuvent pas être évalué en argent sont appelés des droits extrapatrimoniaux (l'ensemble des droits civils et politiques attachés à la personne humaine : autorité parentale, droit à l'image, droits à l'honneur etc.). Les droits extrapatrimoniaux sont encore qualifiés de droits de la personnalité, en ce qu'ils sont intrinsèquement liés à la personne.

Le patrimoine ne comporte pas que les biens présents. Il est également constitué des biens futurs. On y comprend les biens dont la personne dispose aujourd'hui ainsi que les biens qu'elle acquerra par la suite. C'est pour cette raison que les créanciers peuvent lui faire crédit, en considérant que son patrimoine connaîtra un accroissement. On dit que le patrimoine d'une personne est le gage général de tous les créanciers. En cas de non paiement par la personne

débitrice, les créanciers pourront alors se faire payer sur la vente des biens constituant le patrimoine.

A l'intérieur du patrimoine, il peut y avoir des fluctuations des biens composant le patrimoine. Quand un bien est vendu, il est remplacé par le produit de la vente ou le bien acquis par ce produit. En fait, le patrimoine est un contenant, un portefeuille. Le contenu change, varie, évolue.

Au passif, on inscrit les dettes de la personne, ses obligations. En droit et en fait, les biens, les droits répondent des dettes. C'est le sens des articles 2093 et 2093 du Code civil.

Dans la théorie classique (celle d'AUBRY et de RAU) on voit le patrimoine comme une émanation et une attribution de la personnalité. Ainsi, toute personne physique ou morale a un patrimoine. Par conséquent, le patrimoine ne peut pas être aliéné, sauf transmission pour cause de mort, par voie de succession. En outre, seules les personnes peuvent avoir un patrimoine. Enfin, une personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine : c'est le principe de l'unité du patrimoine. Ce principe exclu par exemple le patrimoine d'affectation, c'est-à-dire une masse de biens prélevés par une personne de son patrimoine et mise au service d'un but précis, de sorte que, finalement, un individu aurait deux patrimoines. Le patrimoine d'affectation est admis dans les Etats anglo-saxons. En France, on en trouve une illustration dans les fondations.

Mais la conception des auteurs classiques est discutée en doctrine (notamment par PLANIOL), sans cependant être anéantie. Les besoins du commerce ont conduit certains législateurs, notamment français, à admettre un patrimoine d'affectation.

- 66 -

AUBRY Charles (1803-1883) et RAU Charles (1803-1877)

AUBRY est un universitaire entier et RAU, à la fois un universitaire et un praticien (Avocat). Ils constituent l'exemple d'une coopération universitaire réussie. Ces deux auteurs sont connus pour avoir été à l'origine de la théorie du patrimoine. Avant eux, la notion n'existait pas. Ils la définissent ainsi : « Le patrimoine d'une personne est l'universalité juridique de ses droits réels et de ses droits personnels proprement dits en tant qu'on envisage les objets sur lesquels ils portent, sous le rapport de leur valeur pécuniaire, c'est-à-dire comme des biens ». Cette définition implique que :

- Le patrimoine d'une personne comprend tous ses biens.
- Le patrimoine n'est pas un objet extérieur, mais une abstraction. Il met l'individu en rapport avec ses droits, qui forment ainsi un tout juridique, une universalité.
- La personne ne peut, en principe, n'avoir qu'un seul patrimoine. Mais chaque personne a nécessairement un patrimoine.
- Le patrimoine est un contenant. Peu importe le contenu. L'actif peu dépasser le passif et vice versa.

Section II – Les sources des droits subjectifs

Il convient de tenter une classification des sources. A la classification classique du Code civil, les auteurs contemporains opposent une classification moderne.

Paragraphe premier – La classification classique

Afin de remonter aux droits, le Code civil a traité des obligations. Il est bien entendu que l'obligation est, en principe, l'envers du droit. On distingue, à cet égard, cinq sources d'obligations.

1°) **Le contrat.** C'est un accord de volontés destiné à créer des obligations. Suivant les termes de l'article 1101 du Code civil « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

2°) **Le quasi-contrat.** C'est un fait volontaire, licite, qui oblige son auteur envers les tiers, parfois les tiers envers lui. Exemple : le toit de l'appartement d'une personne absente menace de s'écrouler. Son voisin le répare, sans l'accord, bien évidemment, de la personne absente. Il n'y a pas « accord de volontés » qui forme un contrat. Mais il y a ***presque (quasi)*** un contrat. On considère que si la personne absente avait été présente, il admettrait la réparation ou réparerait elle-même le toit.

3°) **Le délit (civil).** C'est un fait illicite volontaire et même intentionnel. C'est le fait de causer dommage à autrui avec l'intention de le causer. De cette faute intentionnelle, découle l'obligation de réparer le dommage ou préjudice. C'est le sens (et le siège de ce délit) de l'article 1382 du Code civil : « tout fait quelconque de l'homme qui cause dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».

4°) **Le quasi-délit.** C'est un fait illicite volontaire mais non intentionnel. C'est la faute de négligence ou d'imprudence (article 1383 du Code civil). Exemple : en voulant mettre une chaise dans l'amphi afin de mieux suivre le cours de l'introduction à l'étude du droit, un étudiant piétine et blesse l'un de ses camarades. En roulant trop vite, un autre tue un piéton.

5°) **La loi.** Elle fait naître parfois des obligations en dehors de toute volonté. Il en est ainsi des obligations des père et mère à l'égard de leur enfant mineur.

La doctrine moderne a proposé une autre classification.

Paragraphe II – La classification moderne

Elle se fonde sur la distinction entre acte et fait juridiques.

L'acte juridique est toute manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit.

Il peut s'agir de la manifestation d'une seule volonté : on parlerait d'acte juridique unilatéral. Exemple : le testament (acte dans lequel une personne exprime ses dernières volontés et dispose pour le temps où elle ne vivra plus, de tout ou partie de ses biens au profit d'une ou de plusieurs personnes).

Il peut s'agir de l'accord de plusieurs volontés dirigées vers le même but (acte juridique bilatéral ou plurilatéral). Exemple : le contrat ou la convention.

Le fait juridique est, soit un événement purement matériel, vide de tout contenu volontaire (la foudre, le décès, les éruptions volcaniques etc.), soit d'un agissement animé d'une certaine volonté,

d'où découlent des effets de droit, mais sans que ces effets aient été recherchés (exemple : le changement de domicile conduit à la substitution d'un tribunal compétent à un autre).

Chapitre II : La réalisation des droits subjectifs

L'existence des droits subjectifs serait sans pertinence lorsque la règle de droit est sans effet sur leur réalisation. La réalisation des droits subjectifs devient une donnée importante de leur protection. Cette protection est nécessaire à la jouissance des droits. La protection est inscrite dans des délais, c'est-à-dire le temps qui est accordé par la loi en vue de l'exercice d'un droit. On parle de délai légal. Mais le délai peut être contenu dans un contrat : on parle de délai conventionnel. Lorsqu'on agit hors le délai, le droit ne se réalise pas. Il n'est pas protégé. Le titulaire du droit est forclos. La forclusion est la déchéance de la faculté d'agir, à la suite de l'écoulement du délai prévu par la loi, par le contrat ou une décision de justice, pour accomplir une formalité, poser un acte juridique, exercer une voie de recours. Dans certains cas, le sujet frappé de la forclusion peut en être relevé, comme c'est le cas en droit Ohada en matière de procédures collectives d'apurement du passif, lorsque le créancier n'a pas pu produire sa créance dans le délai légal.⁴⁵

Le temps agit ainsi sur le droit par l'effet de la prescription. Le délai de prescription est celui au terme duquel les droits subjectifs s'éteignent à la suite de l'écoulement d'un temps. Le délai de prescription, en droit commun est de 30 ans. Mais la prescription peut être abrégée.

- 68 - Cela dit, c'est la preuve qui permet au sujet d'assurer une protection efficace de son droit. Prouver, c'est établir la vérité d'un acte ou d'un fait et en tirer des conséquences juridiques. Le droit de la preuve siège dans les dispositions des articles 1315-1349 du Code civil et dans d'autres textes, notamment le Code des personnes et de la famille. La preuve est également discutée en matière de procédure. Mais on considère néanmoins que les articles 1315-1349 du Code civil constituent le droit commun de la preuve.

De l'ensemble de ces dispositions, on peut isoler la preuve extrajudiciaire de la preuve judiciaire.

Section première : la preuve extrajudiciaire

Dans l'accomplissement des actes de la vie courante, toute personne cherche à prendre connaissance de la preuve du droit ou du bien pour lesquels elle compte s'engager. Avant d'acheter un terrain, on cherche à avoir la preuve de la propriété du vendeur. Avant de conclure un contrat de travail, l'employeur requiert, souvent, la preuve de la nationalité béninoise du demandeur d'emploi, quelques fois, la preuve de son état civil pour éviter d'engager un mineur. La femme établit dans certains cas sa situation de mariée, et l'homme, dans d'autre, celle suivant laquelle il aurait la charge des enfants au profit desquels il réclame à l'Etat des pensions. Ce sont des preuves qui sont établie

⁴⁵ A partir de la décision d'ouverture de la procédure collective, et jusqu'à l'expiration d'un délai de trente jours après la deuxième insertion de ladite décision au journal d'annonces légales ou au journal officiel, les créanciers, chirographaires ou non, sont tenus de produire leurs créances auprès du syndic, à peine de *forclusion* (art. 78 et 79 AUPC ; voir également les cas de déchéance établis par l'art. 297 de l'AUPSRVE). Mais ils peuvent en être relevés par décision motivée du juge-commissaire pour autant que l'état des créances n'a pas été arrêté (art. 83 AUPC).

en dehors de toutes contestations judiciaires : ce sont des preuves extrajudiciaires. Elles ne soulèvent pas des difficultés de l'importance des preuves judiciaires.

Section II – Les preuves judiciaires

Il est de principe que la règle de droit n'est pas à prouver, sauf exigence particulière liée au droit international privé. Exemple, un ressortissant de l'Ukraine veut divorcer au Bénin et le conflit renvoie le juge béninois à appliquer la loi ukrainienne sur le divorce. Il faut apporter la preuve de l'existence et de l'authenticité de la loi ukrainienne sur la question. Le demandeur pourrait la fournir sous la forme d'un certificat de coutume. Mais de ce point de vue, la preuve de la loi devient une question de fait. En effet, ce sont les faits que l'on prouve.

Sous cette observation, on se pose souvent deux questions : Qui doit prouver et comment doit-il prouver ? Autrement, qui à la charge de la preuve ? Quels sont les moyens de preuve ?

Paragraphe I – La charge de la preuve

La preuve est un **fardeau**, une charge, qui pèse sur l'une des parties au procès. L'exigence de la preuve a pour effet d'imposer un effort supplémentaire de travail à la partie qui formule une demande en justice. Celle-ci est ainsi tenue de se procurer des éléments de preuve pour soutenir ses moyens. Mais un autre effet s'attache à l'exigence de la preuve : celui qui ne prouve pas sa demande, perd son procès et, dans bien des cas, son droit. La solution judiciaire dépend ainsi de l'établissement de la preuve.

- 69 -

En droit, il appartient à chaque partie de soutenir sa demande par les éléments de preuve. C'est le sens de l'article 1315 du Code civil :

***« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.
Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation ».***

La charge de la preuve incombe donc, en premier lieu au demandeur. C'est ce que restitue la maxime « actori incumbit probatio ». Mais si le demandeur a fini de démontrer son droit, le défendeur qui veut contester doit aussi fournir la preuve de sa prétention. C'est le sens de l'alinéa 2 de l'article 1315.

Ce système de chaises musicales est très présent en droit civil. Dans cette matière, le juge est un arbitre neutre du débat entre demandeur et défendeur. C'est lorsque les parties ont fini d'épuiser leurs moyens de preuve, que le juge tranche.

Cependant, dans certains cas, le demandeur est dispensé de prouver. La loi établit alors, dans ces cas, des présomptions. Suivant les termes de l'article 1349 du Code civil, « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». L'enfant qui naît dans un ménage où les conjoints sont mariés est dispensé de fournir la preuve que son père est le mari de sa mère : c'est la présomption de paternité. Le fait connu, c'est la situation maritale des parents. Le fait inconnu, c'est la paternité de l'enfant. Puisque les conjoints sont mariés, le père de l'enfant est le mari de la mère.

On distingue les présomptions de fait ou de l'homme, de la présomption légale. La présomption légale est celle prévue par une loi. Toute présomption qui n'ait pas pour fondement une loi est une

présomption de l'homme. On distingue aussi la présomption simple (ou *juris tantum*, de droit seulement) de la présomption irréfutable (*juris et de jure* : du droit et concernant le droit). Tandis que la présomption simple admet la preuve du contraire, la présomption irréfutable exclut toute preuve contraire. La présomption de l'homme est toujours simple.

Paragraphe II – Les moyens de preuve

On a bien posé, sur le fondement de l'article 1315 al. 1^{er} du Code civil, que « celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ». La réalisation, la satisfaction des droits subjectifs impose au sujet de fournir la preuve de ces droits.

Par quels moyens, alors, peut-on faire la preuve d'un acte juridique ou d'un fait juridique ? La question a préoccupé (et préoccupe encore) les spécialistes du droit et, particulièrement le législateur.

Une règle a été préalablement posée par les juges : si on doit prouver l'obligation que l'on entend voir autrui exécuter, la preuve ne doit pas être constituée par soi-même. Exemple : Cocou réclame à Jacob le paiement de la somme de F CFA 50 000. Pour l'y contraindre, il produit l'agenda dans lequel il a inscrit que Jacob lui doit de l'argent. Cette preuve, qui assurerait la fonction d'un reçu ou d'une décharge, ne sera pas admise parce qu'elle a été constituée uniquement par Cocou, le créancier présumé, et non établi, avec la volonté de Jacob, le débiteur, ou une personne ayant la qualité de délivrer des pièces à titre de preuve. C'est comme le marchand qui produit ses registres pour faire la preuve contre les personnes non marchandes. Ces registres ne pourront pas assurer cette fonction (art. 1329 du Code civil). En droit, les preuves autoconstituées, unilatérales, ne sont pas admissibles, à moins de faire jouer les présomptions.

- 70 -

Sous la réserve de la règle qui précède, il faut distinguer entre les preuves préconstituées, ou *a priori*, et les preuves post-constituées ou, *a posteriori*.

A – Les preuves préconstituées ou preuves *a priori*

Ce sont des écrits. Ils sont destinés à faire la preuve. En ce qui concerne ces écrits, il faut considérer le document, encore appelé *instrumentum* ou actes instrumentaires du contenu du document encore appelé *negotium*. Lorsque la preuve est établie en considération simplement du document, de l'*instrumentum*, on dit de ce document, de cet écrit, de cet acte, qu'il est établi *ad probationem* (à titre de preuve) : exemple : en droit de la famille, le contrat de mariage ; en droit des successions, le testament, en ce qui concerne les libéralités, la donation. Ces actes doivent être établis suivant des règles précises et, pour certains, devant le notaire pour faire la preuve de l'acte juridique (du contenu). Mais lorsqu'on considère que le document permettrait de connaître le contenu de l'acte juridique, du *negotium*, on dit qu'il est établi *ad validitatem* (pour la vérification de la validité). Ces écrits sont établis à l'avance, au moment où les parties créent le droit ou de la survenance des événements ayant des effets juridiques. Ils ont pour vocation, en cas de litige, d'établir la preuve des obligations et, surtout, de prévenir, voire d'éviter tout procès : en présence de preuve, on n'a pas besoin de juge.

Deux catégories d'écrits sont destinées à établir la preuve : les actes sous seing privé et les actes authentiques.

1 – Les actes sous seing privés

Le **seing** est la signature apposée par un particulier au bas d'un acte. Par extension, un acte sous seing privé est celui rédigé librement par les particuliers, et signé par eux, sans l'intervention d'un officier public. La jurisprudence et la doctrine ont dégagé, au gré de l'interprétation des articles 1322 et suivants du Code civil, le régime juridique des actes sous seing privé.

Il convient, pour l'essentiel, de retenir :

1- La rédaction de l'acte est laissée à la volonté des parties. C'est le principe de la liberté de rédaction. Aucune précaution particulière n'est exigée.

2- La validité de l'acte est néanmoins soumise à certaines conditions :

a. La première est relative aux écrits qui constatent des conventions synallagmatiques, c'est-à-dire des conventions stipulées entre plusieurs parties à l'égard desquelles les obligations des unes constituent les droits des autres. Pour ces types de conventions stipulées par acte sous seing privé, l'**article 1325** du Code civil dispose qu'elles doivent être rédigées « en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct ». C'est ce qu'on désigne sous l'appellation de la formalité du « double original ». Sur chaque original, il doit être portée la mention du nombre d'originaux établis : c'est la mention du double. Exemple : deux personnes ont stipulé un contrat de vente de moto par acte sous seing privé. Puisque les parties sont au nombre de deux, il y aura deux originaux (la formalité du double) et sur chacun deux, il sera porté la mention que le contrat a été établi en deux originaux (la mention du double). Si les parties étaient au nombre de trois, de quatre ou de cinq, il sera établi trois, quatre ou cinq originaux et sur chacun d'eux, la mention sera faite que l'acte a été établi en trois, quatre ou cinq exemplaires. L'objectif poursuivi par le législateur est que chacune des parties dispose de l'original pour pouvoir en établir la preuve sans dépendre d'une autre personne. Néanmoins, cet objectif pourrait être atteint si les parties établissent un original qu'elles remettent à un tiers. Celui-ci délivrera une copie, le cas échéant, à la partie qui en sollicite.

b. La deuxième consiste en ce que, si l'acte sous seing privé constate un engagement pris par une seule personne ou partie d'exécuter une obligation ou de fournir une prestation, l'écrit doit être rédigé de la main de la partie qui s'engage. A défaut, la signature de l'acte doit être précédée de certains termes écrits de la main de la personne qui s'engage : il s'agit des engagements unilatéraux, en particulier de la promesse unilatérale de payer une somme d'argent ou une chose qui peut être évaluée en argent. Les formules exigées sont : « Bon pour » ou « approuvé » avec l'indication en toutes lettres et en chiffres de la somme qui est l'objet du paiement. C'est l'article 1326 (version de 1804 et non celle actuellement en vigueur en France) qui est le siège de la question :

« Le billet ou la promesse sous seing privé par lequel une seule partie s'engage envers l'autre à lui payer une somme d'argent ou une chose appréciable, doit être écrit en entier de la main de celui qui le souscrit ; ou du moins il faut qu'outre sa signature il ait écrit de sa main un bon ou un approuvé portant en toutes lettres la somme ou la quantité de la chose ;

Excepté dans le cas où l'acte émane de marchands, artisans, laboureurs, vigneron, gens de journée et de service. »

Le législateur entend, par cette disposition, combattre l'abus de blanc seing, c'est-à-dire le fait de signer à blanc et qui permet au bénéficiaire de l'acte d'y introduire, *a posteriori*, toutes sortes d'engagement qui finissent par ruiner celui qui est supposé s'être par lui-même engagé.

- c. La violation des formalités prescrites par les articles 1325 et 1326 est sanctionnée de la nullité de l'acte. En réalité, ce sont ces formalités qui assurent la validité ou constituent la condition de validité de l'acte sous seing privé. On dit qu'elles sont prescrites *ad validitatem*. Mais si, en l'absence de ces formalités, l'acte n'est pas valable, que dire du contenu, c'est-à-dire du *negotium* ? Celui-ci est-il également anéanti ? Le contenu reste valable si la partie reste valable à l'égard de la personne qui a exécuté l'acte, en dépit de l'absence des formalités requises. En outre, la jurisprudence a établi que l'avez judiciaire pourrait permettre d'établir le contenu de l'acte. Enfin, même si les formalités requises font défaut, l'acte pourrait servir à titre de commencement de preuve.
- d. L'acte sous seing privé a une force probante relative.
- i. La relativité de la force probante tient d'abord à l'origine de l'acte. Il faut se rappeler que celui-ci n'est pas rédigé par une personne qualifiée. Les garanties quant à sa qualité ne sont pas assurées à l'instar de l'acte authentique. L'acte sous seing privé ne fait alors foi, comme l'acte authentique, que si celui à qui on l'oppose reconnaît formellement son écriture ou sa signature. L'article 1322 dispose, à cet effet : « **L'acte sous seing privé, reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers et ayant-cause, la même foi que l'acte authentique** ».
- Mais si la personne à qui on l'oppose refuse de le reconnaître, ou que ses héritiers ou ayant-cause décident aussi de ne pas le reconnaître, il est procédé, par voie judiciaire, à une vérification d'écriture.
- ii. En ce qui concerne la force probante de la date de l'acte sous seing privé il convient de retenir, sur le fondement de l'article 1328 du Code civil qu'elle fait foi entre les parties et leurs héritiers ou ayant-droit respectifs jusqu'à preuve du contraire. Mais à l'égard du tiers, la date ne fait foi que lorsqu'elle est certaine. Pour rendre certaine la date de l'acte sous seing privé, le législateur a envisagé trois événements :
- L'enregistrement de l'acte. Cette formalité a un but fiscal et permet au service de l'enregistrement, après avoir perçu les droits, de certifier la date.
 - La mort de celui ou de l'un de ceux qui ont signé l'acte.
 - La constatation du contenu de l'acte par un officier public, un notaire par exemple. L'acte acquiert date certaine à partir du moment de cette constatation.

- 72 -

2 – Les actes authentiques

L'acte authentique est celui qui est reçu par un officier public compétent dans les formes requises par la loi. L'article 1317 du Code civil dispose, en effet que : « **L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les**

solennités requises ». En France, une réforme est intervenue le 13 mars 2000 pour ajouter un second alinéa à cet article : « **Il peut être dressé sur support électronique s'il est établi et conservé dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat** ». Il convient de retenir que l'acte authentique est celui qui est :

- a- **Dressé par un officier public...** L'officier public est le titulaire d'un « office », c'est-à-dire d'une étude ou charge non rattachée à l'administration de la justice et appelé à authentifier des actes en y apposant les sceaux de l'Etat : c'est le cas des officiers de l'état civil (les maires et leurs adjoints par exemple) ; des notaires. Il faut distinguer l'officier public de l'officier ministériel (ministère = service) : c'est le titulaire d'une charge, d'une étude, c'est-à-dire d'un « office » rattaché à l'administration de la justice et appelé à accomplir, pour le compte de ce service public, des actes de nature à réaliser le droit d'accès à la justice. C'est le cas des huissiers de justice, des commissaires priseurs. On considère néanmoins que les notaires, les huissiers, sont à la fois officiers publics et officiers ministériels.
- b- **...ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé...** Ici, c'est la compétence territoriale de l'officier public qui est souligné. Un officier public (un notaire) qui aurait formalisé un acte en dehors de son ressort territorial aurait excédé sa compétence.
- c- **... et avec les solennités requises.** C'est la troisième condition et elle cumule (avec la conjonction de coordination « et ») avec les deux premières : il faut que le formalisme requis par la loi dans certaines conditions soit respecté. Ainsi, en raison de ce que le législateur a exigé la présence de deux témoins qui ne soient pas membres de la famille du testateur dans le cadre de l'établissement d'un testament authentique, le notaire est tenu par cette « solennité ».

- 73 -

L'acte authentique a une force probante plus élevée que l'acte sous seing privé. C'est en cela qu'il est plutôt intéressant d'y recourir. En effet, l'acte authentique fait foi jusqu'à inscription de faux alors que, dans bien des cas, l'acte sous seing privé fait foi jusqu'à preuve du contraire. L'inscription de faux est une procédure délicate, difficile, longue et dispendieuse pour le sujet, et aux termes de laquelle celui-ci peut être condamné à des dommages et intérêts et, le cas échéant, aux amendes. Cette procédure consiste à établir l'existence d'un faux en écriture. C'est une procédure périlleuse. C'est pourquoi le législateur l'attache seulement aux actes authentiques.

Mais il convient néanmoins de nuancer entre les énonciations émanant de l'officier lui-même et celles qu'il recueille des déclarants. Lorsque les constatations ou énonciations émanent de l'officier public lui-même, elles font foi jusqu'à inscription de faux. Exemple : le notaire constate, dans le testament mystique (celui contenu dans une enveloppe et porté au notaire sans qu'il ait le droit de prendre connaissance du contenu) qu'il est écrit sur une enveloppe qui lui est remis « ceci est mon testament ».

En revanche, les énonciations émanant de la personne du déclarant font foi jusqu'à preuve du contraire. Exemple : le contenu de l'enveloppe contenant le testament mystique.

Parmi les preuves préconstituées, il faut également citer les autres écrits.

3 – Les autres écrits.

Il s'agit :

- Des lettres missives. Ce ne sont pas des actes sous seing privé tels qu'ils sont visés par les articles 1325 et 1326 du Code civil. Il leur manque la formule du double original pour les conventions synallagmatiques et celles du bon pour en ce qui concerne les actes unilatéraux. Mais les lettres missives peuvent acquérir une force probante égale à celle des actes sous seing privé si, au regard des espèces, les jugent en arrivent à cette conclusion.
- Les écrits non signés. Il s'agit des livres et des registres des commerçants. L'article 1329 interdit qu'ils établissent la preuve contre un non commerçant en vertu du principe suivant lequel nul ne peut se fabriquer une preuve à lui-même. Mais ils peuvent servir de preuve à l'égard d'un commerçant ou dans certains cas particuliers comme le mariage ou le divorce.
- Enfin, il s'agit des Short messages sent (Sms). La Cour de Cassation française vient de leur reconnaître une valeur probante, en matière de divorce, lorsqu'il s'agit d'établir la faute du débiteur d'une obligation (la fidélité et le respect).

B – Les preuves post-constituées ou preuves a posteriori

Ces preuves sont constituées après coup, lorsque le litige naît. Dans ce cas, c'est le juge qui ordonne ou qui contrôle la production et l'administration de ces preuves. Parmi ces preuves a posteriori, certaines sont subjectives tandis que d'autres sont de nature objectives.

1 – Les preuves de nature subjective

Ce sont des déclarations qui n'émanent pas des tiers mais de l'un des protagonistes du procès. Certaines ont une force morale assez prononcée. On range dans cette catégorie l'aveu et le serment.

- 74 -

a-L'aveu

L'aveu est la déclaration par laquelle, en présence du juge, l'une des parties reconnaît l'exactitude d'un fait qui lui est défavorable, allégué par son adversaire. L'aveu est le devoir des honnêtes gens et est présenté comme une présomption légale. On considère (on présume), en effet, que nul ne peut mentir contre soi-même. Si on fait une déclaration contre ses propres intérêts, c'est donc vrai. L'aveu doit être spontané. Mais le juge peut le provoquer par ses interrogations à l'occasion de la comparution personnelle des intéressés. L'aveu judiciaire est, en effet :

**« La déclaration que fait en justice la partie ou son fondé de pouvoir spécial.
Il fait pleine foi contre celui qui l'a fait ;
Il ne peut être divisé contre lui ;
Il ne peut être révoqué, à moins qu'on ne prouve qu'il a été la suite d'une erreur de fait. Il ne pourrait être révoqué sous le prétexte d'une erreur de droit ».**

Le sujet est lié par son aveu. Le juge également. L'indivisibilité de l'aveu tient à ce que la déclaration doit être prise telle qu'elle, sans retrait ou ajout de propos. Mais il faut distinguer l'aveu judiciaire pur et simple de l'aveu judiciaire complexe.

L'aveu judiciaire pur et simple est la reconnaissance par réponse affirmative à une question. Exemple : Devez-vous 50 000 à François ? Oui, je dois 50 000 à François.

L'aveu judiciaire complexe est la reconnaissance par réponse qui modifie la question initiale. Exemple : Devez-vous 50 000 à François ? oui, à titre de prêt à long terme.

Si l'indivisibilité est facile en ce qui concerne l'aveu judiciaire simple, c'est-à-dire sans réserve, elle est difficile en ce qui concerne l'aveu complexe.

b-Le serment décisoire

Le serment est l'affirmation solennelle par une partie d'un fait qui lui est favorable. Le mot vient du latin *sacramentum* qui signifie sacré, duquel résulte aussi « sacrement ». Dans le serment, il y a le l'honneur, la crainte du parjure, et chez certains, de Dieu ou des mânes des ancêtres. On distingue deux types de serment. L'un se rapporte à l'avenir et est porteur de promesses dont il garantit la sincérité : ***c'est le serment promissoire***. L'autre se rapporte au passé et tend à assurer la vérité d'une affirmation : c'est ***le serment probatoire***. C'est dans le serment probatoire qu'on distingue deux autres volets. En effet, le serment probatoire peut avoir vocation compléter une preuve insuffisante : il prend le nom de ***serment supplétoire***. Il peut aussi tendre à suppléer (combler) à l'absence de preuve et conduire, de façon autonome, à la décision : ***c'est le serment décisoire***.

Le serment décisoire est mis en œuvre de la façon suivante : Un créancier qui n'a pas les moyens de prouver sa créance pourra **déférer le serment** à son débiteur. Il lui demandera de jurer que la dette n'existe pas. Si celui-ci le prête, il gagne le procès parce qu'il est irréfragablement présumé ne rien devoir. S'il **décline le serment**, et refuse de le prêter, il perd le procès. Mais il peut s'abstenir de jurer et demander, à son tour, à son adversaire, le créancier, de prêter le serment, c'est-à-dire de jurer qu'il est titulaire d'une créance sur lui : on dit qu'**il réfère le serment** à celui qui l'a déféré : ***c'est la relation du serment***.

- 75 -

2 - Les preuves de nature objective

Il s'agit des constatations effectuées par le juge lui-même, à l'occasion des transports judiciaires. Le juge pourrait également procéder aux constats par voie de délégation. Il délègue son pouvoir aux techniciens à qui il confie des missions précises : c'est l'expertise.

Il s'agit également de la preuve par témoin, encore appelé preuve testimoniale. Le témoin n'est pas une partie au procès. Il est supposé être impartial. Il pourrait prêter serment dans les conditions fixées par la loi. Le témoin est celui qui, par lui-même a vécu l'événement ou assisté au fait qu'il entend rapporter. Le témoin n'est pas un sachant. Celui-ci est plutôt une personne qui détient des renseignements sur un fait ou un événement et qui ne l'a pas vécu lui-même. Les déclarations d'un témoin sont plus importantes que celles d'un sachant. Cela dit, il est interdit au témoin de mentir : il aurait commis l'infraction punie par la loi pénale appelée faux témoignage et violé en outre son serment.

Cotonou, le 5 avril 2010
Joseph DJOGBENOU
Agrégé des facultés de droit
Avocat

TABLE DES MATIERES

Introduction _____ - 2 -

Première partie : Les phénomènes du droit _____ - 9 -

Chapitre premier : La règle de droit _____ - 9 -

Section première : Les caractères génériques _____ - 10 -

Paragraphe premier : Le caractère obligatoire _____ - 10 -

Paragraphe II : Le caractère général _____ - 11 -

Section II : Les caractères spécifiques _____ - 12 -

Paragraphe premier : L'élément extérieur : la contrainte étatique _____ - 12 -

Paragraphe II – La finalité de la règle de droit _____ - 13 -

A – La règle de droit et les commandements religieux _____ - 14 -

B – La règle de droit et les règles de morale _____ - 14 -

C – La règle de droit et les règles de bienséance _____ - 15 -

D – Sociétés juridiques et sociétés non juridiques _____ - 16 -

Chapitre II : Les branches du droit _____ - 17 -

Section première : Les distinctions traditionnelles _____ - 17 -

Paragraphe premier : Distinction entre droit public et droit privé _____ - 17 -

Paragraphe II : Distinction entre droits substantiels ou déterminateurs et droits non substantiels ou sanctionnateurs _____ - 18 -

Section II : Les divisions nouvelles _____ - 19 -

Paragraphe premier : Les classifications nées de l'ouverture des disciplines juridiques _____ - 20 -

A - La sociologie juridique _____ - 20 -

B – L’ethnologie juridique _____	- 20 -
C – La psychologie juridique _____	- 20 -
D – La linguistique économique _____	- 20 -
Paragraphe II : Les classifications nées de l’approfondissement des disciplines juridiques _____	- 21 -
Chapitre III – Les fondements du droit _____	- 22 -
Section première : Les tendances positivistes _____	- 22 -
Paragraphe premier : Le positivisme formaliste _____	- 22 -
A – Le légalisme (ou positivisme légaliste) _____	- 22 -
B – Le normativisme (ou positivisme normativiste) _____	- 26 -
Paragraphe II – Le positivisme factualiste _____	- 27 -
Section II : Les tendances idéalistes _____	- 28 -
Paragraphe premier : L’école du droit naturel _____	- 29 -
Paragraphe II : L’école du rationalisme _____	- 29 -
Chapitre IV – Les particularismes du droit béninois _____	- 30 -
Section première : La formation du droit _____	- 30 -
Paragraphe premier : La rencontre avec l’étranger _____	- 30 -
A – Le processus de la rencontre _____	- 30 -
B – Présentation du Code civil _____	- 31 -
Paragraphe II – La consolidation de l’héritage colonial _____	- 35 -
Section II : Les dimensions nouvelles du droit béninois _____	- 35 -
Paragraphe premier : Un droit entre tradition et modernité _____	- 35 -
Paragraphe II : Un droit entre stabilité et dynamisme _____	- 36 -
Chapitre V – La méthode juridique _____	- 37 -
Section première : Les méthodes d’interprétation _____	- 37 -
Paragraphe premier : La méthode exégétique _____	- 37 -
Paragraphe II : Les méthodes nouvelles _____	- 38 -

Section II : Les règles d'interprétation	- 39 -
Paragraphe premier : Les procédés d'interprétation	- 39 -
Paragraphe II : Les maximes d'interprétation	- 40 -
Chapitre VI : L'organisation judiciaire en République du Bénin	- 41 -
Section première : Les principes du service public de la justice civile	- 41 -
Paragraphe premier : La continuité du service public de la justice civile	- 42 -
A – La justice civile doit être assurée en tout temps	- 42 -
B – La justice doit être assurée en tout lieu	- 43 -
Paragraphe II – L'égalité des citoyens devant le service public de la justice	- 45 -
Section II – Le personnel judiciaire	- 46 -
Deuxième partie : Le droit objectif	- 47 -
Chapitre premier : Les sources formelles du droit objectif	- 47 -
Section première : La loi	- 47 -
Paragraphe premier : La question de la distinction	- 47 -
A – Les distinctions propres au droit public	- 48 -
B – Les distinctions spécifiques au droit privé	- 50 -
1 – Les lois impératives et les lois supplétives de volonté	- 50 -
2 – Lois générales et lois spéciales	- 51 -
Paragraphe II : La force de la loi	- 51 -
A – L'entrée en vigueur de la loi	- 51 -
1 – La promulgation	- 52 -
2 – La publication	- 53 -
3 – Le délai légal d'information	- 53 -
B – La force obligatoire de la loi	- 53 -
C – L'abrogation de la loi	- 54 -
Paragraphe III – L'application de la loi dans le temps	- 54 -

A – Le principe de la non-rétroactivité s'impose au juge _____	- 55 -
1- La théorie classique _____	- 55 -
2- La théorie moderne _____	- 55 -
B – Le principe de la non-rétroactivité ne s'impose pas au législateur _____	- 56 -

Section II : La coutume _____ - 56 -

Paragraphe premier : La coutume d'origine populaire _____	- 56 -
A – Le pouvoir délégué de la coutume _____	- 56 -
1 – Le renvoi exprès de la loi à la coutume _____	- 57 -
2 – Le renvoi implicite de la loi à la coutume _____	- 57 -
B – Pouvoir autonome de la coutume _____	- 57 -
1 – Le cas des coutumes contra legem _____	- 57 -
2 – Le cas des coutumes praeter legem _____	- 57 -
Paragraphe II – La coutume d'origine savante _____	- 58 -
1 – Les maximes juridiques _____	- 58 -
2- Les principes généraux du droit _____	- 58 -

- 79 -

Chapitre II : Les autorités en droit _____ - 59 -

Section première : La jurisprudence _____ - 59 -

Paragraphe premier : La définition de la jurisprudence _____	- 59 -
Paragraphe II : La force de la jurisprudence _____	- 59 -

Section II : La doctrine _____ - 60 -

Troisième partie : Les droits subjectifs _____ - 61 -

Chapitre premier : La création des droits subjectifs _____ - 61 -

Section première : Les catégories de droits subjectifs _____ - 61 -

Paragraphe premier – Les droits personnels _____	- 62 -
Paragraphe II – Les droits réels _____	- 62 -
A – Choses et biens : définitions _____	- 63 -

B – Choses et biens : classification _____	- 63 -
1-La classification des biens _____	- 63 -
a : Les immeubles _____	- 63 -
b : Les meubles _____	- 64 -
2-La classification des droits _____	- 64 -
Paragraphe III – Le patrimoine _____	- 65 -
Section II – Les sources des droits subjectifs _____	- 66 -
Paragraphe premier – La classification classique _____	- 67 -
Paragraphe II – La classification moderne _____	- 67 -
Chapitre II : La réalisation des droits subjectifs _____	- 68 -
Section première : la preuve extrajudiciaire _____	- 68 -
Section II – Les preuves judiciaires _____	- 69 -
Paragraphe I – La charge de la preuve _____	- 69 -
Paragraphe II – Les moyens de preuve _____	- 70 -
A – Les preuves préconstituées ou preuves a priori _____	- 70 -
1 – Les actes sous seing privés _____	- 71 -
2 – Les actes authentiques _____	- 72 -
3 – Les autres écrits. _____	- 73 -
B – Les preuves post-constituées ou preuves a posteriori _____	- 74 -
1 – Les preuves de nature subjective _____	- 74 -
a-L’aveu _____	- 74 -
b-Le serment décisoire _____	- 75 -
2 - Les preuves de nature objective _____	- 75 -
TABLE DES MATIERES _____	- 76 -