

- 47- Cour Constitutionnel du Togo, décisions n° C-007/98 du 15 juillet 1998, *Affaire Monsieur Améla Amélavi* et n° C-008/98 du 11 novembre 1998, *Affaire E. Ekoué-Hagbonon c/ Caisse Nationale de Sécurité Sociale*.
- 48- Cour constitutionnelle du Togo, décision n° 002/003 du 26 novembre 2003.
- 49- Cour constitutionnelle du Togo, décision n° 003 /07 du 20 octobre 2007, exception d'inconstitutionnalité soulevée contre l'article 32 alinéa 3 de l'ordonnance n° 78-35 du 07 septembre 1978 portant organisation judiciaire au Togo.
- 50- Cour constitutionnelle du Togo, décision n° C-003/09 du 9 juillet 2009.
- 51- Cour constitutionnelle gabonaise, décision n° 019/93/CC du 2 novembre 1993, in *Recueil des décisions et avis 1992 à 1995*.
- 52- Cour constitutionnelle gabonaise, décision n° 3/CC du 27 février 2004.
- 53- Haut Conseil de la République (HCR) du Bénin siégeant en qualité de Cour constitutionnelle, décision 3DC du 2 juillet 1991, *Président du Bureau provisoire de l'Assemblée Nationale, in Recueil des décisions et avis 1991-1992-1993*.

RE NE VARIETUR AD INFINITUM DE L'AUTORITE DE LA LOI

par Arnaud Frédéric Houedjissin,
docteur en droit privé de l'UPMF de Grenoble 2, enseignant de droit international pénal, chef adjoint du département de droit privé à la Faculté de droit et de sciences politiques (FADESP) de l'Université d'Abomey-Calavi au Bénin

La loi est connue pour être d'une force indiscutable ce qui implique obéissance à son autorité. La loi, des décennies durant, est considérée comme la source principale du droit. Pourtant les sources du droit existent aujourd'hui en nombre, et la science générale du droit les énumère en vrac : la loi, le règlement, la jurisprudence, les contrats, les principes généraux du droit, la doctrine, la coutume, etc. La liste, volontairement, n'est pas exhaustive puisque dès lors que l'on veut tout citer, il faut y mettre de l'ordre, alors que les choses ne sont pas tout à fait figées. Les traités sont-ils, dans l'ordre juridique interne, au-dessus de la Constitution ? Ou l'inverse ? Le débat a existé et est loin d'être clos¹, même si, pour la doctrine majoritaire, les traités viennent dans l'ordre interne, après la Constitution mais avant la loi. Dans l'un ou l'autre cas, il est plus qu'évident que ces différentes sources ne sont pas placées sur le même plan, qu'elles n'ont pas la même fonction, et encore moins la même importance. Cette différence de valeur, de degré et donc de nature, impose de s'interroger sur ce que la loi enferme d'aussi fort et immuable. D'où l'objet de cette recherche : le « *re ne varietur ad infinitum* de l'autorité de la loi ». Par l'expression « *re ne varietur ad infinitum* », il faut entendre une chose immuable, qui demeure en tout temps inchangée.

Pour ne pas risquer de ne traiter le sujet que partiellement, il faut d'abord s'accorder sur la notion même de « loi », pour ensuite réfléchir au caractère réel de son « autorité » parmi les sources de droit, ce qui permettra d'établir le caractère « invariable » de la loi. Le mot « loi » en effet, est susceptible de plusieurs acceptions. Au sens large, la loi est la règle qui fixe ce qui doit être, c'est « une règle de comportement qui s'impose à l'individu »². Il va s'agir

¹ François TERRE dans un développement relatif aux divisions du droit, a hiérarchisé les différentes normes du système juridique ainsi qu'il suit : « ... traités internationaux, constitution, lois organiques, lois ordinaires, décrets, arrêtés, etc. ». V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, D., 4^{ème} éd., Paris, 1998, p. 77.
² *Le petit Larousse illustré*, 2011. Voir *Lai*.

d'une *loi morale, naturelle ou scientifique* établie et imposée par les événements, les circonstances. Dans un sens restreint, la loi peut être définie de façon matérielle ou de façon formelle. D'un point de vue matériel, la loi est une « règle générale et abstraite ». Au sens formel, la loi est la décision du peuple ou de ses représentants au sein du Parlement. Ainsi, la loi dans ce dernier cas, est une construction bâtie conformément aux lignes tracées par cet architecte et ce constructeur qui est le législateur. C'est en ce sens que la loi est définie par la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990 : « La loi est votée par l'Assemblée nationale » (article 97) et elle revêt un caractère impératif à l'égard de l'administration, de la justice et même du législateur qui l'a faite ce qui lève ainsi toute ambiguïté quant à sa force obligatoire, son autorité affirmée. Par cette référence indiscutable, la loi affirme son autorité.

Ainsi manifestée, la loi doit être située dans son environnement. D'abord, il faut la distinguer de la loi suprême, fondamentale qui est « l'ensemble des textes » formant ce que l'on appelle « la Constitution d'un pays »³ et dont l'auteur est « le pouvoir constituant »⁴. Ensuite, une autre distinction impose de distinguer la règle législative écrite d'autres pratiques persistantes constituant un droit, comme c'est le cas en Angleterre avec son droit demeuré partiellement coutumier. Dans l'Ancienne France, les institutions fonctionnaient dans le cadre d'un droit « constitutionnel » non écrit, les « lois fondamentales du Royaume » généralement coutumières qui tenaient lieu en quelque sorte de Constitution. Enfin, il ne s'agit pas non plus des traités qui sont assimilés à des lois. La relativité de la notion ainsi soulignée, elle ne saurait être transposée, de façon indifférenciée, à tous les systèmes juridiques du monde. Il s'agit ici de la loi perçue du point de vue de la tradition écrite romano-germanique et non pas du point de vue anglo-saxon. On évoque en effet la loi positive (civile ou pénale), cette construction législative qui repose sur des bases solides comme la volonté générale, anciennement considérée comme la « volonté divine ».

La question de la pluralité des sources du droit pose celle de leur autorité et en l'espèce de l'autorité de la loi. L'autorité ici peut s'entendre du « pouvoir de se faire obéir »⁵, de la capacité « d'obliger » quelqu'un à quelque chose qui implique une notion de légitimité de la source, qui ne saurait être ici la personne qui exerce l'autorité (les autorités politiques par

³ Voir *Loi fondamentale, Lexique des termes juridiques*, D. 14^{ème} éd., Paris, 2003, p. 358 ; pour *Le petit Larousse illustré* (2011), c'est l'« ensemble des textes fondamentaux qui établissent la forme d'un gouvernement, règlent les rapports entre gouvernants et gouvernés, et déterminent l'organisation des pouvoirs publics. ».

⁴ I. D. SALAMI et D. O. GANDONOU, *Droit constitutionnel et institutions du Bénin*, éd. CEDAT, Cotonou, 2014, p. 81.

⁵ Voir *Autorité, Le petit Larousse illustré, op. cit.*

exemple), ni une organisation. Lorsque nous parlons de l'autorité de la loi, nous pensons à la force d'une volonté préalablement constituée et qui s'impose en droit avant de s'imposer par elle-même aux autres volontés. Nous recherchons ainsi le fondement de la volonté libre, conceptrice de la loi intégralement produite par elle sous ses aspects formels de « loi positive », c'est-à-dire sous les diverses formes que prend l'autorité : sociologique, législative, etc.

Si l'autorité est la vraie source du droit, et la loi la source principale du droit, pourra-t-on dire que la loi est munie d'une autorité immuable à travers le temps ? S'agit-il de l'autorité du législateur, de l'opinion publique ou de la raison ? Avant de répondre à ces interrogations, un état des lieux s'avère indispensable pour relever que naguère, sous l'Ancien Régime en France, on pouvait arguer qu'on parlait peu de loi, si ce n'est pour l'opposer au caprice royal. Ce n'est que depuis l'avènement de la bourgeoisie, avec la grande Révolution française, que le culte de la loi s'est établi pour affermir le pouvoir de ceux qui sont arrivés aux responsabilités. Le peuple accepte la loi comme une victoire sur l'arbitraire et la violence des seigneurs, de la noblesse. Mais depuis lors, que révèle l'histoire de la loi ? Voilà plus d'une centaine d'années que des plumes alertes ont soumis à leur critique les bases de la société, c'est-à-dire la loi qui, « née de la violence et de la superstition, établie dans l'intérêt du prêtre, du conquérant et du riche exploitateur », n'a « aucun titre au respect des hommes » et devra être abolie.

La loi, selon ces critiques, n'a comme origine que le désir des dominateurs de figer les coutumes que les seigneurs avaient imposées à leur avantage ; et son caractère est un mélange habile des règles utiles à la société avec d'autres qui ne présentent d'avantages que pour ces dominateurs. Dans cette perspective, ces coutumes sont nuisibles aux masses et ne sont maintenues que par la crainte des supplices. Ces lignes représentent parfaitement l'état de la loi dans les sociétés françaises anciennes. Tel est la loi alors. Il n'en va plus de même aujourd'hui où elle est en passe de devenir un refuge pour se protéger et garantir les droits de tout citoyen, fut-il de la classe noble. Dans son état actuel, la loi est considérée comme un remède à tous les maux, à tel point que s'est développé en l'homme un esprit de soumission à l'autorité de la loi qui régent tout. L'on ne semble point imaginer que nos sociétés puissent exister autrement que sous l'empire de la loi, élaborée par un groupe « représentatif » et appliquée par des personnages (juges) à qui elle-même confère l'habilitation. L'obéissance à l'autorité de la loi, le respect dû à la loi sont devenus un culte répété à l'envi. Le citoyen modèle est celui qui obéit à la loi, la protège et la brandit en toute circonstance, contre ceux qui la violent.

Parmi les instruments juridiques les plus utilisés par l'Etat pour assurer une garantie effective des droits reconnus, il convient de citer au premier

chef de la loi dont on connaît les fonctions particulières en matière de défense et de protection des citoyens dans leur existence. Que la loi votée par la représentation nationale ait vocation à aménager le régime des libertés ne surprend pas *a priori* : l'intervention du législateur est regardée comme la garantie première des droits des citoyens. Dans la vie quotidienne, ceux-ci s'y réfèrent. Le législateur est ainsi invité à ne pas toucher la substance du droit sous prétexte d'en réglementer l'exercice. Les restrictions à la jouissance et à l'exercice des droits que la loi reconnaît ne peuvent être mises en œuvre si ce n'est dans le cadre des lois édictées pour des raisons d'intérêt général. S'imposant à tous, y compris au législateur qui l'a créée, la loi ne peut être ni partielle, ni arbitraire. « L'injustice ne peut se rencontrer dans la loi » et c'est d'ailleurs à propos que se révèle tout l'intérêt de cette étude : « *re ne varietur ad infinitum* de l'autorité de la loi ». En effet, qu'est-ce qui assure l'autorité permanente de la loi ? Autrement dit, face au changement du temps et des esprits, comment la loi se maintient-elle depuis des siècles ? Si le législateur ne peut se tromper, puisqu'il « tient lieu de Dieu sur terre », comment ne pas obéir à son œuvre ? Est-ce à ce titre que nous sommes appelés à la respecter ? Sur quel fondement son autorité se maintient-elle ?

Dans l'esprit de la majorité des citoyens, le législateur, au terme de débats contradictoires et publics entre les représentants de la nation, produit un texte susceptible d'être considéré comme une vérité absolue. Si le système juridique découle de sources, parmi lesquelles la loi, plus ou moins puissantes et entremêlées, il dépend aussi de certaines influences exercées par les destinataires appelés citoyens qui favorisent sa sacralisation, son évolution aux divers niveaux de la société entière, contribuant indirectement à asseoir son autorité dans la construction de l'édifice juridique : c'est son autorité continue, manifestant, de tous côtés et de tous temps, la puissance d'abstraction de son esprit et l'originalité de sa lettre à quelque source qu'elle puise celle-ci.

Au demeurant, la réalité de la situation juridique oblige à constater, à partir de l'autorité de la loi, l'existence d'autres règles qui viennent en concurrence. Ainsi en est-il de la création de la Constitution et d'autres règles supranationales voire internationales. La pluralité des sources du droit est confirmée par l'analyse de leurs différences qui tiennent, selon les perspectives, à la genèse, aux caractères et aux domaines respectifs des divers types de règles. Elle est aussi à l'origine des interférences ou des affaiblissements qui peuvent se manifester. Il sera démontré par là que l'autorité de la loi se reproduit par « scissiparité »⁶, c'est-à-dire que l'autorité de la loi

⁶ La « scissiparité » est un terme emprunté à la biologie, pour signifier que la cellule peut se scinder, se multiplier à l'infini à partir d'une cellule originaire sans que les caractéristiques substantielles changent. En somme, toutes les cellules, neuves comme anciennes, ont les mêmes

se démultiplie sans que les caractéristiques de celle-ci en soient modifiées. La loi reste ainsi inchangée du point de vue de son autorité à travers les réformes variées de son existence.

Dans ces diverses perspectives et orientations, la loi tire sa force des mythes, par delà une légitimité originelle qui l'exprime. Et sans doute sont-ce ces mythes qui favorisent la pérennité de la « supposée » autorité de la loi. La position qui est soutenue dans le cadre du présent travail de recherche ne s'appuie pas seulement sur une constatation empirique. Car aucune constatation empirique, aussi corroborée qu'elle soit, ne saurait exclure les sources documentaires indispensables. L'on peut donc soutenir que la pertinence des développements qui suivent dépend des sources collectées qui conditionnent ce travail. Il est inutile d'insister. Cette précision se comprend d'elle-même, et montre que le travail ne peut être bâti, et les objectifs fixés atteints, qu'à l'aide de méthode d'interprétation et d'utilisation des sources formelles, c'est-à-dire des textes que fournissent les documents servant de point d'appui à la recherche. Le travail n'est riche que de ses sources. Il n'est que ce que sont ses sources, et ses sources sont ce qu'il est. Il y a là un effet de rétroprojection qui justifie d'examiner dans un premier temps la force révélée de l'autorité de la loi (I), et dans un second temps la reproduction par scissiparité de cette autorité (II).

I – La loi forte de son autorité révélée

La loi est forte de son autorité qui s'appuie sur ses sources historiques. Elles lui servent de point d'ancrage. C'est la raison pour laquelle seront examinés les différents systèmes de droit qui sont à l'origine de l'autorité de la loi (A). Dans le vaste panel des sources du droit, la loi est considérée comme la conséquence de ce qui peut être considérée comme une forme de volonté contractuelle manifestée par l'ensemble du corps social (B).

A - Une légitimité originelle

La dimension historique de l'obéissance à la loi ne peut être éludée dans le cadre de cette étude. En effet, l'autorité de la loi est, à l'origine, soulignée par les défenseurs de la tradition juive qui exhortent le peuple à l'obéissance à la législation divine révélée. Dans le droit juif, l'autorité de la loi tient à son origine divine. Car Dieu, « incarnation de la justice et de la miséricorde », a révélé à Moïse sur le mont Sinaï la Tora, c'est-à-dire la loi que le peuple hébreu devra s'efforcer de respecter, sans y rien ajouter ni rien omettre. C'est en substance ce que révèlent les deux premiers versets du chapitre IV du

caractères. En réalité, rien ne change. C'est ainsi que l'auteur perçoit l'autorité de la loi et c'est cette thèse qu'il entend développer.

Deutéronome : « Et maintenant, Israël, écoute les préceptes et les sentences que je vous enseigne, pour les mettre en pratique, afin que vous viviez et que vous entriez, pour les posséder, dans le pays que vous donne Jahvé, votre Dieu, que je vous commande »⁷. Dieu est ainsi l'unique source du droit et Moïse sera considéré comme le seul prophète législateur. Les préceptes de la Tora, loi divine, doivent être respectés par le peuple hébreu qui doit se limiter à « commenter les textes » et à « s'exhorter à l'obéissance » sans aucune possibilité de modification de cette législation révélée à Moïse.

Mais quel est le caractère de cette législation *ne varietur* à l'aune des nécessités de la vie ? La question s'impose car de la nature, écrite ou orale, de cette loi révélée va dépendre le respect ou le rejet de son autorité obligatoire, comme l'a évoqué Perelman citant Flavius Josèphe dans ses *Antiquités judaïques* : « Les pharisiens ont fait beaucoup de règlements pour le peuple, qu'ils ont hérités de leurs pères, qui ne sont pas écrits dans la loi de Moïse, et c'est la raison pour laquelle les sadducéens les rejettent, en disant que nous devons considérer comme obligatoires les ordonnances qui sont dans la loi écrite, et ne pas observer celles qui dérivent de la tradition de nos ancêtres »⁸. La tradition judaïque admet ainsi l'existence de deux types de lois (la loi écrite et la loi orale) issues d'une même source, mais de forces obligatoires différentes. Qu'il soit permis d'avancer que la force obligatoire des prescriptions résulte, pour les sadducéens opposés aux pharisiens, de l'écrit et non point de l'oral considéré comme une coutume. Dans ce même ordre de l'autorité préalable, mais avec un raisonnement différent, le droit anglo-saxon fait référence au droit naturel comme fondement de toute justice, donc de l'autorité de la loi. D'après la *common law*, « les juges ne font pas la loi, mais la découvrent »⁹. Il en résulte que les juges s'appuient sur l'autorité d'une loi préexistante pour rendre des décisions conformes au droit national.

Ainsi, « la suprématie de la loi ne peut s'expliquer que par l'histoire propre à telle formation sociale »¹⁰. L'autorité exprimée de la loi se maintient dans les deux grands systèmes de droit. De chacun de ces systèmes se dégage la force de la loi que le citoyen s'efforcera de respecter dans la pratique. Dans le vaste panel des sources du droit, la loi, loin d'être un instrument au service des volontés individuelles, est considérée comme la conséquence de ce qui pourrait être la volonté contractuelle manifestée par l'ensemble du corps social.

⁷ Cité par Ch. PERELMAN, « Ontologie juridique et sources du droit », in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 27, 1982, p. 24 (536 p.).

⁸ F. JOSEPH, *Antiquités judaïques*, L. XIII, chap. X, § 6, cite par Ch. PERELMAN, *op. cit.*, p. 25.

⁹ L. CHAFEE Jr., « Do judges make or discover law ? », in *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 91, 1947, p. 405-420, cite Ch. par PERELMAN, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰ M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, éd. Maspero, 1976, p. 255.

L'effort moral volontairement accepté

Depuis la Révolution française, le droit présente la loi comme résultant d'un contrat social, c'est-à-dire comme l'« expression de la volonté générale »¹¹ ce qui justifie l'obéissance à son autorité. Dans cette optique et selon la théorie contractuelle développée par Rousseau, « la volonté de la nation souveraine s'identifie avec la volonté générale qui est toujours droite »¹². Car la loi sait adapter les droits individuels et collectifs à l'évolution de la société¹³ et tous les citoyens ont le droit de participer personnellement ou par leurs représentants à son élaboration. Dans sa forme contractuelle, ce modèle d'acte qu'est la loi, dont se servent habituellement les pouvoirs, publics et privés, traduit ce qui répond le mieux à l'intérêt des parties. Pour chaque opération juridique, la loi fournit un ensemble de règles dont le respect révèle qu'il était opportun sinon nécessaire de les créer. Il en résulte que les formulations apportent des adjonctions qui satisfont les attentes des citoyens. Pour P. Hébraud, « la règle de droit n'est que le moyen de diriger la vie juridique. Celle-ci résulte de l'activité des individus et de celle des diverses autorités chargées d'appliquer la loi »¹⁴. Mais ce contrat a-t-il été librement consenti ? Il faut répondre que, dans le passé, la loi représente la force brutale. Hier, l'obéissance se maintient par divers moyens : les atrocités du byzantinisme, les cruautés de l'inquisition, les tortures du moyen-âge, le fouet du bourreau, le fer et le feu, etc. Ces différents procédés qui étaient utilisés autrefois pour imposer la force de la règle, traduisent le désir de dominer. Le fort a dominé le faible, le riche a contraint le pauvre en lui imposant sa volonté. L'inégalité permet au puissant de se faire obéir du faible qui cherche à se soustraire à cette autorité.

Dans l'idéal, la loi, ensemble de règles de conduite, va travailler à effacer sinon à réduire les inégalités au sein des composantes de la société. L'un des traits caractéristiques de la loi tient à sa vocation à traiter également les citoyens de classes et de catégories différentes. L'empathie, la compassion pour le faible conduisent à appliquer un traitement égalitaire à tous. Le sentiment qu'a le peuple de se sauver de l'arbitraire sous le couvert de la loi et de sa force, lui fait accepter une soumission à l'égard d'un instrument qui en réalité le maintient sous son autorité. Aujourd'hui encore, les « sociétés

¹¹ Article 6 de la déclaration des droits de l'homme.

¹² J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, L. II, chap. VI, in *Bibl. de la Pléiade, Œuvres complètes*, t. 3, p. 373 et 380 ; « Le citoyen qui obéit à la loi, n'obéit en définitive qu'à la Raison, c'est-à-dire qu'à lui-même », voir J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (s. dir), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 1^{ère} éd., 2008, p. 664 et s.

¹³ Il en est ainsi des lois sur la liberté de réunion et de la presse (1881), la loi sur la liberté syndicale (1884) et la loi sur le droit d'association (1901).

¹⁴ P. HEBRAUD dans G. RIPERT, *les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 387.

semblent ne plus comprendre que l'on puisse vivre autrement que sous le régime de la loi »¹⁵. D'où l'entière soumission à son autorité. La loi est omniprésente. On trouve partout quelqu'un qui est prêt à lui obéir sans savoir d'où elle vient, quelle en est l'utilité et surtout d'où vient l'obligation de lui obéir et le respect dont on l'entoure.

La loi apparaît comme chargée de révéler le fait accompli qu'elle rend indiscutable et pour asseoir son autorité avec l'aide des tribunaux chargés de l'imposer par des sanctions. Le tribunal trouve, par-delà sa fonction habituelle, un instrument de sa pertinence. Il est le défenseur de la loi par son application et son interprétation. Or, une loi qui a vocation à se faire obéir de ses destinataires et à s'appliquer, ne saurait être un assemblage de prescriptions destinées à l'avantage des seules autorités pour asseoir leur pouvoir. Elle a tout intérêt à consacrer les droits subjectifs nécessaires à l'existence même de la société. Dès lors, sanctifiée pour endiguer l'arbitraire de la puissance et la violence, l'obéissance à son autorité devient une vertu que raffermir l'instruction dans les écoles. De sorte que la défense de la loi contre les violations et les abus apparaît inévitable. Par cela même, la loi, quelles qu'en soient la nature et l'origine, promet l'égalité entre le puissant et le faible, l'égalité devant le juge chargé de l'appliquer : « Egalité devant la loi, obéissance à la loi, sans distinction de naissance ou de fortune ». Ces mots sont perçus comme justice rendue au peuple contre le puissant.

La loi se fait ainsi l'interprète de la volonté générale en traduisant juridiquement l'accord initial des volontés individuelles. Les citoyens perçoivent la loi comme garantie des droits pour leur satisfaction. De là une possibilité indéfinie d'initiatives formalisées au travers les dispositions impératives de la loi qui a une fonction généralisante. En définitive, on se trouve en présence d'une règle conventionnelle en la forme, mais qui tire de l'usage qui en est fait dans les actes quotidiens, sa force obligatoire. De cette force paraît devoir être déduit le concept de loi qui se nourrit à la fois de la conception que l'on s'en fait et de l'expérience spécifiquement socio-juridique. Ce caractère fort de la loi détermine son développement ultérieur mais sous d'autres formes. En effet, il arrive que les règles de droit classiques, c'est-à-dire qui émanent du législateur, soient mises en échec par d'autres normes qui s'appliquent. Tel est le cas des Constitutions et du droit communautaire qui édictent des normes qui s'imposent au législateur national, qui se présentent comme des limites à son intervention. Cependant, à y voir de près, l'autorité de la loi demeure, tout en se démultipliant. Elle se renforce par « scissiparité ».

¹⁵ P. A. KROPOTKINE, « La loi et l'autorité », *Publications des temps Nouveaux*, n° 65, 6^{ème} éd., 1892 (ressource électronique).

I - La loi dotée d'une autorité reproduite par scissiparité

Les temps ayant changé, les esprits aussi, la loi subit la concurrence de nouvelles institutions qui grignotent fortement son champ d'influence. Ce qui caractérise aujourd'hui la loi est sa mobilité, sa propension au changement, qui rompt avec son immobilité d'autrefois. La loi peut apparaître sous d'autres aspects, avec la même force obligatoire. La fonction prescriptive de la loi est ainsi *transfusée*, et c'est cette *transfusion* qui est nommée ici production par « scissiparité ». En biologie, la scissiparité est un « mode de division des êtres unicellulaires consistant (...) à se partager en deux cellules identiques qui peuvent se séparer » ou un « mode de multiplication (...) par séparation en deux ou plusieurs segments, tous capables de régénérer les parties qui leur manquent »¹⁶. Le maillon fort qu'incarne la cellule reproduite *constitue* un rempart contre les excès nuisibles à l'ancienne cellule qui se maintient. Il en est ainsi de la loi dont l'autorité se trouve soustraite à l'action d'autres forces nouvelles considérées juridiquement comme supérieures : tel le constitutionnalisme qui a « partie liée avec l'idée de constitution »¹⁷, pour échapper à l'arbitraire éventuel redouté de la loi (A).

Cette transformation affecte l'idée que le législateur national se fait de sa fonction de représentation nationale, dès lors qu'il a tendance à intégrer les préoccupations de sa base électorale dans les textes législatifs qui sont de ce fait substantiellement dénaturés. La compétence du législateur se trouve ainsi conditionnée, et la fonction prescriptive de la loi, même si elle reste intacte, subit des agressions et des empiètements venant de normes intégrées à l'ordonnement juridique interne, normes dont l'autorité s'impose même au législateur. La loi, expression de la volonté générale, ne peut se déployer désormais que dans le respect de la hiérarchie des normes. Le centre de gravité de la limitation nouvelle à l'autorité de la loi est orienté vers la loi fondamentale réductrice de la fonction prescriptive de la loi, première règle de droit (B).

A - L'autorité de la Constitution, une nouvelle reproduction de la force de la loi

Parmi les sources du droit, la loi a pendant longtemps disposé d'un quasi monopole. Par exemple c'est au législateur que revient la prérogative de fixer les règles relatives aux garanties accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques. C'est à l'autorité de la loi que recourent les pouvoirs

¹⁶ Voir *Dictionnaire Larousse*, 2007.

¹⁷ Ph. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND et S. RIALS (s. dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 266-271 ; O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. RAYNAUD et S. RIALS (s. dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Paris, 1996.

publics pour réglementer, par exemple, le port d'arme ou pour organiser tel ou tel domaine. Cependant, l'actuel développement des rapports sociaux et la solidarité internationale limitent la puissance de la loi, et le monopole qui l'a longtemps caractérisée est progressivement réduit, aboutissant à sa soumission. Pour éviter que le législateur ne porte atteinte aux droits fondamentaux, des mécanismes de contrôle sont institués, fondés sur le principe kelsenien de la hiérarchie des normes.

D'abord, à travers « le constitutionnalisme »¹⁸ qui met en avant les « Constitutions »¹⁹ dont le principe phare est la limitation des pouvoirs, dans une perspective de protection des citoyens. Le constitutionnalisme a pour objet de « désigner les régimes politiques qui, grâce à l'établissement d'un contrôle de constitutionnalité exercé par une instance politico-judiciaire "indépendante", rend possible la limitation du pouvoir législatif lui-même en veillant à la conformité des lois à la Constitution et à ses principes généraux »²⁰. La technique consiste donc à poser des freins à l'action excessive du législateur par le « contrôle de constitutionnalité » du juge constitutionnel. Il est désormais imposé à la loi de se conformer aux prescriptions constitutionnelles. On admet qu'une loi contraire à la Constitution ne peut s'appliquer. Par ce contrôle, la Constitution est devenue un important instrument de protection des droits de l'homme contre la loi. La loi est ainsi reléguée au second rang des normes internes et se fait ainsi supplanter par la « Constitution » qui est devenue le premier instrument juridique qui garantit et protège les droits et les libertés individuelles.

Le respect des *droits dits fondamentaux* s'impose à la loi. Les normes protectrices des droits fondamentaux sont consacrées au niveau constitutionnel²¹ ou conventionnel²², et tous les actes juridiques internes doivent les respecter. Il est donc interdit à la loi, dans un Etat démocratique, de dénaturer la « *fondamentalité* »²³ de certains droits (droit à la vie, non-réduction en esclavage, interdiction de la torture, etc.) et de violer le caractère intangible des libertés publiques reconnues aux citoyens : liberté de

¹⁸ I. D. SALAMI et D. O. GANDONOU, *op. cit.*, p. 73 ; Ph. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in D. ALLAND et S. RIALS (s. dir.), *Dictionnaire de culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 266-271 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (s. dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 1^{ère} éd., Paris, 2008, p. 193-195.

¹⁹ La Constitution américaine (1787), la déclaration française des droits de l'homme et du citoyen (1789) ; pour le lien entre constitution et constitutionnalisme, voir O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in Ph. RAYNAUD et S. RIALS (s. dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, PUF, Paris, 1996.

²⁰ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et al. (s. dir.), *op. cit.*, p. 194.

²¹ Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990.

²² Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

²³ J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national. Vers un contrôle de *fondamentalité* ? », *R.F.D.A.*, Paris, 2002, p. 124-138.

presse, liberté d'association, etc. La garantie de ces droits peut être assurée par la mise en œuvre de recours juridictionnels. Il revient au juge constitutionnel d'être le rempart contre l'arbitraire des pouvoirs publics. L'avènement des Constitutions modernes témoigne de la volonté de soustraire une partie de l'autorité de la loi à la faveur des Constitutions qui lui sont supérieures. La loi, dans une certaine mesure, est démultipliée et son autorité recueillie par la « Loi suprême » qui, dès lors, lui fait ombre. La fonction législative est, pour ainsi dire, réduite, car désormais distribuée entre plusieurs organes.

Ensuite, il est une autre voie par laquelle la force de la loi est contenue, c'est le processus d'internationalisation de la protection de l'individu par lequel le législateur national est concurrencé par le législateur communautaire et international. Grâce au droit communautaire, dans ses relations avec les droits nationaux, il est mis en place un système bipolaire dans lequel le respect des normes communautaires s'impose au législateur national. Les institutions communautaires adoptent des normes qui peuvent dessaisir le législateur ou le concurrencer dans sa fonction législative. Quant aux conventions internationales, dès lors qu'elles sont régulièrement introduites dans l'ordre interne, elles se voient conférer une valeur supérieure à celle des lois. C'est ce que traduit clairement la Constitution du Bénin en son article 147 : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »²⁴. Ainsi, l'application des conventions internationales et l'avènement d'un droit communautaire confèrent une dimension supranationale au souci de protéger les droits individuels contre les assauts de la loi.

Enfin, une loi peut être soumise au « contrôle de conventionalité »²⁵ par le juge, par voie d'exception, à l'occasion d'un litige lié à l'application de la loi. Il s'agit d'un contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire qui a lieu après l'entrée en vigueur de la loi. Celui qui conteste l'application de la loi en cause a la possibilité de mettre en avant la violation d'une convention internationale. Dans ce cas, le juge est tenu de contrôler la conformité de la loi par rapport à la convention invoquée, et s'il y a contradiction entre les deux (la loi nationale et la convention internationale), la loi sera écartée et privée d'application. Il en résulte que la loi qui a toujours été considérée comme un moyen de protection stable ne l'est plus. Telle est la deuxième rupture de l'autorité absolue de la loi. Dès lors, il n'est pas surprenant que la philosophie du « rien au-dessus de la loi, tout par la loi » développée par la

²⁴ Titre IX, Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990.

²⁵ Voir *Lexique des termes juridiques*, D., 14^{ème} éd., Paris, 2003.

doctrine²⁶, soit remise en cause. Par exemple aux termes de l'article 5 de la Déclaration de 1789, la loi « n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Le pouvoir du législateur est ainsi désormais encadré par crainte d'excès de contrainte.

B - Le législateur et sa conception de la représentation nationale

Le contenu des amendements aux propositions et aux projets de loi est généralement le reflet des rapports entre le législateur et sa base électorale. Les parlementaires tiennent en effet à faire passer les préoccupations de leur électorat dans les textes législatifs, conduisant à porter atteinte à l'équilibre initial conféré à la loi. Cette tendance, si elle n'est pas de nature à affiner la loi, aboutit au contraire à l'alourdir considérablement. Ce qui n'est pas sans effet sur la valeur juridique et sociale de la loi. La fonction législative se révèle dans ce cas comme un « paravent » car elle « permet de donner le sentiment que les problèmes sont réglés, que les aspirations de l'opinion publique sont satisfaites, alors que l'essentiel, l'application de la loi, n'a pas été accompli »²⁷. Comme l'a souligné le doyen Ripert, une loi non appliquée pendant longtemps, une loi « ignorée » perd de sa « force créatrice », tombe en désuétude et même si elle demeure encore, ne « peut intéresser que l'historien »²⁸. Le citoyen, s'il se perd dans un très grand nombre de lois, finit par les ignorer et donc par ne plus les respecter. Or, ces textes n'étant pas abrogés peuvent, un jour ou l'autre, retrouver application²⁹. Dès lors, il convient de nuancer l'ineffectivité de la loi, en arguant comme le professeur Carbonnier, de l'importance « de maintenir une règle, même violée, si elle répond à un intérêt social évident »³⁰.

Du reste, le phénomène de l'abondance des règles de droit a pour conséquence l'atténuation certaine de leur force contraignante envisagée. Car ce n'est pas tant la production massive de normes qui est regrettable que le caractère injustifié des normes. Celles-ci ne sont plus respectées, et les moyens d'assurer leur effectivité sont inexistantes, c'est-à-dire « hors de proportion ». Aussi, nous assistons à un développement trop rapide des domaines du droit (droit communautaire, droit de l'environnement, droit

²⁶ F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Odile Jacob, Paris, 1999 ; R. CARRE de MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica (rééd.), Paris, 1984.

²⁷ J.-P. HENRY, « Vers la fin de l'état de droit ? », in *R.D.P.*, 1977, n° 6, p. 1228 (cité par Nicolas NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 27, 1982, 536 p.).

²⁸ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 409.

²⁹ Faute d'infraction, une loi pénale peut ne pas être appliquée, sans perdre pour autant sa force contraignante au moment où elle devra se déployer.

³⁰ J. CARBONNIER, « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *Année sociologique* (1957-1958) ; dans *Flexible droit*, L.G.D.J., 4^{ème} éd., 1979, p. 99 et s.

pénal de l'environnement, droit international pénal, etc.) qui ne facilite pas la compréhension, le droit étant, aux yeux de la majorité des citoyens, entouré d'un voile mystérieux dont la connaissance est réservée au spécialiste. Cet enrichissement du droit entraîne une spécialisation progressive, qui peut être un frein à une harmonisation dans la mesure où chaque domaine développe des règles particulières qui ne sont pas forcément accessibles aux autres. La spécialisation, dit-on, « pousse à la complication » et nul ne peut prétendre aujourd'hui avoir une connaissance globale et entière du droit.

En conséquence, le législateur qui a déjà une connaissance assez limitée des matières juridiques, s'exerce dans le cadre du processus d'élaboration des lois, à compliquer davantage le contenu des prescriptions nouvelles. Dans ce « désordre législatif », le législateur est conduit à rassembler les textes normatifs de manière ordonnée en un seul ensemble cohérent, dans un domaine déterminé : c'est la codification³¹, dans un souci de simplification. Mais la codification a-t-elle été la réponse ? Assurément pas. Car, « la logique de codification est, en elle-même, une logique extensive du domaine de la loi » ; « on est alors bien loin de l'idée de base inhérente à toute codification, à savoir une classification claire des textes législatifs et réglementaires, en vue d'en faciliter la consultation. La codification, toujours instaurée dans une perspective de simplification, est impuissante à apporter une réponse adéquate à l'inflation juridique »³².

*

**

Manifestement, la loi n'a d'autorité que celle que lui confèrent ceux à qui elle est destinée. L'usage que l'on en fait dans les actes quotidiens donne à la loi sa force obligatoire. Cette raison justifie que la dimension historique de l'obéissance à l'autorité de la loi soit au cœur de ce travail de recherche. Hier, la force brutale, attitude qui deviendra plus tard la règle, était le moyen pour diriger la vie sociale des individus. On y notait un désir de domination beaucoup plus marqué qu'une réelle volonté de maintenir l'ordre au sein de la société. La violence sera ensuite endiguée par le recours aux préceptes divins. La tradition exhortait au respect obligatoire de la « loi divine » insusceptible de modification³³. La volonté de la nation souveraine s'exprime ensuite dans la loi considérée comme volonté générale « toujours droite ». Selon cette théorie dite contractuelle, la loi comme contrat social volontairement exprimé justifie l'obéissance à son autorité.

³¹ Cf. l'article d'André CABANIS dans cet ouvrage.

³² N. NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », in *Archives de philosophie du droit*, Sirey, t. 27, 1982, 536 p. (p. 161 et s.).

³³ *Supra*, note 7.

Aujourd'hui encore, la loi est omniprésente. La volonté du législateur d'organiser tous les domaines de la vie en société est une tâche *ad infinitum*. Car, à mesure que se développe la société, avec les activités humaines, les textes normatifs évoluent, affaiblissant la force contraignante de la loi. Ainsi, nous appartenons à la loi comme la loi nous appartient; et notre connaissance de la loi est l'indispensable moteur de sa constitution. Ce processus d'appréhension cognitive semble sans fin, allant de la connaissance à la conception et de la conception à la connaissance. Tel un cercle -vieux ou vertueux (?) - en tout cas par une interaction dynamique. Comme souligné plus haut, ce n'est pas la massification des textes qui est à regretter si cela répond à des attentes, mais leur inadéquation qui compromet leur application effective et par conséquent leur intérêt. Devant ces difficultés, il est souhaitable que le curseur bouge dans le meilleur sens, pour se positionner davantage en faveur de la mise en pratique concrète des textes. Ce qui doit conduire les parlementaires à limiter leur intervention à des proportions raisonnables, à restreindre la création des normes et augmenter leur action pour plus d'application, afin que les règles de droit ne meurent point et retrouvent leur vitalité, leur effectivité. Ce caractère fort détermine son évolution ultérieure sous diverses formes. Les citoyens trouvant dans la loi, la garantie des droits. A y voir de près, la loi se renforce.

ETHIQUE ET CONSENSUS DEMOCRATIQUE

par Théodore Comlanvi Loko,
docteur en droit public,
professeur assistant hors classe

Face au sérieux handicap que connaît de plus en plus l'idéal du vivre ensemble harmonieux, la gouvernance a besoin de recourir à l'éthique. L'*Ethique* suppose certaines conceptions de sémantique, d'actions, de jugements de valeurs et de construction théorique, dont l'étude relève du domaine de la méta-éthique. L'éthique normative vise avant tout à élaborer des méthodes en vue de confirmer ou de justifier des hypothèses morales. Elle tente aussi de répondre à la question des normes et des valeurs selon lesquelles les sociétés devraient s'orienter. A la différence de l'éthique, la *philosophie politique* se consacre aux réalisations juridiques et institutionnelles des normes et des valeurs morales. Il en résulte un rapport étroit avec les théories du droit et de l'Etat et des collaborations possibles avec des disciplines voisines tels le droit ou les sciences politiques. La philosophie politique aborde également les questions posées par les théories de la société et la philosophie de l'histoire.¹ Ces deux disciplines permettent donc d'aborder l'éthique en politique.

L'éthique en politique a en général pour objet de déterminer les conditions d'une bonne action : comment, en tant qu'être humain, doit-on se comporter à l'égard des autres ? Comment nous assurer du meilleur choix possible lorsque plusieurs possibilités d'actions, parfois contradictoires, se présentent à nous ? Contrairement aux animaux, dont les actes des uns à l'égard des autres sont à des degrés divers dictés par des automatismes, l'être humain a la possibilité de faire des choix d'action très souvent déterminés par des valeurs (ou principes).

De façon particulière, la recherche du consensus démocratique, sous l'angle éthique, permet d'étudier les voies et les moyens de dépasser le principe majoritaire automatique. Nature et raison sont au fondement de la connaissance de la justice et donc du droit, raison pour laquelle elle en appelle d'abord à la conscience pour dépasser le principe majoritaire qui reste une procédure utile mais vide de sens qui ne permet pas de garantir la justice de la décision lorsque la dignité de l'homme et de l'humanité est en jeu. La recherche du consensus démocratique sur le plan éthique pose

¹ Jean-Claude WOLF, *Ethique et philosophie politique*, www.lettres.unifr.ch

Il était logique qu'après deux livraisons consacrées respectivement au droit du mariage et à la propriété foncière, la revue *Droit béninois* élargisse son champ d'investigation avec un colloque portant sur les sources du droit. Le défi était d'importance. Il touche à toutes les époques et à toutes les branches de la science juridique et c'est bien ainsi que les organisateurs l'ont conçu.

Pour ce qui est des périodes scrutées, elles couvrent, en effet, un spectre très large, remontant à un passé fort éloigné, celui des Empires africains de la période pré-coloniale. Pour ce qui est de la colonisation, on en mesure les méfaits à travers le traumatisme qu'elle a causé au sein des populations. Les premières années de l'indépendance sont celles d'une réappropriation du droit avec le lancement d'un programme ambitieux de codification qui vise à adapter la législation à la fois aux traditions africaines et aux exigences d'une modernité dont l'occident croit avoir le monopole.

Cet ouvrage collectif traite également des grandes branches du droit, avec le souci d'en repérer les origines diversifiées pour certaines, communes à d'autres. Des études portant notamment sur le droit constitutionnel, le droit des successions, le droit foncier, le droit financier, le droit maritime, permettent d'analyser les particularités de chacun. En même temps, nombre d'aspects identiques, par-delà les spécialités, se retrouvent dans les diverses contributions. Leur rapprochement est des plus révélateurs.



Copyright et diffusion - 2015

Presses de l'Université
Toulouse 1 Capitole
2 rue du doyen Gabriel Marty
31042 Toulouse cedex

ISBN : 978-2-36170-112-3



Faculté de droit et des sciences politiques
Université d'Abomey-Calavi

Centre toulousain d'histoire du droit
et des idées politiques
Université Toulouse 1 Capitole

DROIT BENINOIS

n° 4 - 2015

Les sources du droit

sous la direction de
Barnabé Georges Gbago
et **Olivier Devaux**

Presses de l'Université
Toulouse 1 Capitole