



**License 1**  
**Anglais Juridique I**  
**Plaquette de Travaux**  
**Dirigés**

**Institut de Droit des**  
**Affaires Internationales**  
**(IDAI)**  
**2021-2022**

## **Chapter 2: What is Law!**

Duration: 1 hour 30 minutes

### **Presentation:**

During this chapter, the student must understand the definition of law, its characteristics and its classifications without confusing law with moral or religious rules.

The below documents are complementarians to the lectures added to the students in order to be able to prepare for the lecture, review his/her notes, deepen his/her knowledge, and might also help for the preparation for the exam, however, the latter shall be mainly based on the lectures.

### **Exercise: Oral discussion on the difference between Criminal liability and Civil liability**

- The student shall conduct legal research with regards to the above proposed subject.
- The student shall prepare his thoughts, arguments, and questions in order to be part of a fruitful discussion during the lectures.



**License 1**  
**Anglais Juridique I**  
**Plaquette de Travaux**  
**Dirigés**

**Institut de Droit des**  
**Affaires Internationales**  
**(IDAI)**  
**2021-2022**

## **Document 1**

AN INTRODUCTION  
TO THE LEGAL SYSTEM  
OF THE UNITED STATES

*by*

E. ALLAN FARNSWORTH

*Professor of Law*

*Columbia University School of Law*

1963

Published for the  
PARKER SCHOOL OF FOREIGN AND COMPARATIVE LAW  
COLUMBIA UNIVERSITY IN THE CITY OF NEW YORK

*by*

Oceana Publications, Inc.

# TABLE OF CONTENTS

	<i>Page</i>
<b>PART ONE Sources and Techniques</b>	
CHAPTER I Historical Background .....	1
CHAPTER II Legal Education .....	14
CHAPTER III Legal Profession .....	22
CHAPTER IV The Judicial System .....	35
CHAPTER V Case Law .....	45
CHAPTER VI The Legislative System .....	59
CHAPTER VII Statutes .....	70
CHAPTER VIII Secondary Authority .....	80
<b>PART TWO Organization and Substance</b>	
CHAPTER IX Classification .....	89
CHAPTER X Procedure .....	97
Civil Procedure .....	97
Criminal Procedure .....	109
Evidence .....	113
Conflict of Laws .....	116
CHAPTER.. XI Private Law .....	119
Contracts .....	119
Torts .....	123
Property .....	126
Family Law .....	130
Commercial Law .....	134
Business Enterprises .....	138
CHAPTER XII Public Law .....	144
Constitutional Law .....	144
Administrative Law .....	148
Trade Regulation .....	152
Labor Law .....	156
Tax Law .....	160
Criminal Law .....	164
APPENDIX .....	169
INDEX .....	181

## Chapter IX

### Classification

*Several factors make the classification of American law particularly difficult. Fundamental distinctions can, however, be drawn between law and equity, between substance and procedure, and between public and private law. What are these distinctions and how useful are they in the characterization of legal problems?*

#### THE PROBLEM OF CLASSIFICATION

Any system of law can be divided into categories according to a more or less rational scheme of classification. The lawyer, perhaps unconsciously, makes a preliminary characterization of a problem as a means of orientation and an essential prelude to analysis and research. Characterization may also have legal consequences as where, for example, it determines the choice of law rule which a court will apply. Yet no system of classification can avoid arbitrariness and ambiguity and several features of American law make classification particularly difficult. First, it has no comprehensive plan of codification from which to derive a scheme of classification. Second, its case-oriented approach is more pragmatic and empirical than theoretical and abstract and does not lend itself to generalization. It is symptomatic that the American lawyer does not see the broad general categories that are perceived by his counterparts in civil law countries.<sup>1</sup> Third, the common methods and techniques which pervade all branches of law tend to inhibit the development of autonomous fields.

<sup>1</sup> The fragmentation of American law is most acute in the field of private law, where it was encouraged by the multifarious forms of action in the law courts before the procedural reforms of the nineteenth century. Thus the area of private law known in civil law countries as "civil law" is thought of by the American lawyer as such separate subjects as contracts, torts, property, and family law, and the field of torts, for example, is divided into such distinct torts as assault, battery, and trespass. See p. 124 *infra*.

a particular body of rules that originated in a special system of courts. However, these rules have to a considerable extent been assimilated into the appropriate categories of law and are now often regarded as part, for example, of property or contract law. One result has been that most of the leading law schools no longer give a separate course in equity. It is true in the United States, as in England, that "if we were to inquire what it is that all these rules have in common and what it is that marks them off from all other rules administered by our courts, we should by way of answer find nothing but this, that these rules were until lately administered, and administered only, by our courts of equity."<sup>3</sup> Certainly for present purposes, the distinction between law and equity is not a helpful basis for classification.

#### SUBSTANCE AND PROCEDURE

The distinction between substance and procedure is a more fruitful one. Some such distinction is familiar to all legal systems. In the United States the subject of procedure, or adjective law as it is occasionally called, has taken on special importance not only because of the creative role accorded the courts in all common law countries, but also because of such indigenous factors as the professional emphasis of law study and the complexities of the federal system. The distinction may be important for a variety of purposes: if a statute concerns a matter of "procedure" rather than "substance" it will be unaffected by constitutional prohibitions against retroactive legislation; if a question is one of "procedure" rather than "substance" a federal court in a diversity case will follow federal law rather than defer to state law under *Erie Railroad Co. v. Tompkins*;<sup>4</sup> if an issue is one of "procedure" rather than "substance" a state court will apply its own law rather than the law of some other state whose law would be chosen to govern the chief rights and liabilities.

The line of demarcation is sometimes difficult to fix and what a court will consider to be "substance" and what "procedure" in a particular case may depend upon the purpose for which the distinction is to be drawn. Thus a statute of limitations may be regarded as "procedural," as barring a remedy, for one purpose and as "substantive," as terminating a right, for another. Nevertheless, the number of borderline cases is rela-

<sup>3</sup> Maitland, *Lectures on Equity* 1-2 (1909), speaking of equity in England.

<sup>4</sup> See p. 42 *supra*.

tively small, and the boundaries of the field of procedure are in the main well established. It is concerned with all aspects of the conduct of legal controversy before the courts, including access to the courts, who may sue and be sued, the form of the action, the availability of countervailing claims, the conditions of maintaining suit, the steps before trial, the method of proof, the effects of the court's judgment, remedies, and appeals.

Procedure includes both criminal and civil procedure. It also encompasses the subject of evidence, which is concerned with the rules relating to proof before a court. Because the significance and intricacy of this field is greatly heightened by the adversary system and the use of the jury, the law of evidence is often treated as a distinct branch of the law. Finally, the subject of conflict of laws has a very heavy procedural ingredient and, for the sake of convenience, is placed here under the heading of procedure.<sup>5</sup>

#### PUBLIC AND PRIVATE LAW

The division of substantive law into public and private law is, while not uncommon, of more questionable utility than the division of law into substance and procedure.<sup>6</sup> As the Supreme Court of the United States has said, "It is often convenient to describe particular claims as invoking public or private rights, and this handy classification is doubtless valid for some purposes. But usually the real significance and legal consequence of each term will depend upon its context and the nature of the interests it is invoked to distinguish."<sup>7</sup>

Because there is no special system of courts to handle public law matters, there is rarely an occasion when the distinction is of practical importance. It has been suggested that public law encompasses those rights which are enforced through the administrative process while private law is concerned with those which are left to enforcement on private initiative through the law courts.<sup>8</sup> This, however, gives but a narrow compass to public

---

<sup>5</sup> The subject of federal jurisdiction, which is concerned with the jurisdiction of the federal courts, is also essentially procedural. It has been discussed in an earlier chapter and will not be repeated here.

<sup>6</sup> The distinction between public and private law should not be confused with that between public and private laws, or enactments. See fn. 9, p. 62 *supra*.

<sup>7</sup> Justice Jackson in *Garner v. Teamsters Union*, 346 U.S. 485, 494 (1953).

<sup>8</sup> *Ibid.*

law, for even constitutional law, for example, is part of the everyday work of the ordinary courts in resolving suits between private parties. Perhaps the lawyer tends to think of public law, if he concerns himself with the distinction at all, in the classic sense of a branch of law devoted to the functioning of government and the adjustment of relations between individuals and the government, while private law is occupied with the rights of individuals among themselves. Of course even this distinction is difficult to apply to the increasing number of situations where the state intervenes or becomes involved in relations between private individuals.

Whatever the merits or nature of the distinction, all lawyers would probably include in public law the fields of constitutional law and administrative law. Also included are labor law, which is primarily concerned with government control over labor relations, and trade regulation, which is primarily concerned with government control over business activity, as well as criminal law, which directly affects the relationship between the individual and the government. The inclusion of tax law may be more controversial because of its strong affinity in practice with private law fields such as corporation and property law.<sup>9</sup> Private law is more fragmented. What is known in most civil law countries as "civil law," is broken down into contracts, family law, property law, and torts. The law of negotiable instruments, sales, and secured transactions are only now being recognized as parts of a whole called commercial law. And the subjects of agency, corporations, and partnerships can only with some artifice be grouped for the sake of convenience under the heading of business enterprises.<sup>10</sup>

#### SUGGESTED READINGS

There is no general work on classification in American law. Even the subject of equity, as such, has had little recent attention from scholarly writers. A standard introductory volume is

---

<sup>9</sup> The field of international law, by which is meant public international law, is somewhat a branch unto itself and is not discussed here because its substance is less peculiar than that of the other fields to the United States.

<sup>10</sup> Other fields, such as admiralty or maritime law, bankruptcy, copyrights, insurance, patents, and trusts, are discussed under the most appropriate of the topics named. A few, such as comparative law, and jurisprudence (as legal philosophy is frequently called), are not sufficiently indigenous to warrant discussion.



**License 1**  
**Anglais Juridique I**  
**Plaquette de Travaux**  
**Dirigés**

**Institut de Droit des**  
**Affaires Internationales**  
**(IDAI)**  
**2021-2022**

## **Document 2**

COLLECTION

Philippe MALAURIE  
Laurent AYNÈS

# INTRODUCTION AU DROIT

Philippe MALAURIE  
Patrick MORVAN

6<sup>e</sup> édition

LGDJ

une marque de  
Lextenso

# CHAPITRE I

## LE DROIT EST UN PHÉNOMÈNE SOCIAL ET NORMATIF

**20. Droit objectif et droit subjectif.** – Le mot « droit » désigne deux notions distinctes. D'une part, le droit objectif (Section II), l'ensemble des règles juridiques régissant la vie en société. D'autre part, les droits subjectifs (Section III), les prérogatives reconnues par le droit objectif à des individus pour la satisfaction de leurs intérêts. Ces expressions traduisent une distinction capitale, celle qui oppose la règle générale et abstraite aux prérogatives individuelles et concrètes conférées à des sujets de droit. Quelle que soit son acception, le droit organise la vie sociale et l'activité juridique : il est un phénomène social (Section I).

### SECTION I

#### LE DROIT EST UN PHÉNOMÈNE SOCIAL

Le phénomène juridique suppose un groupement d'individus : pas de droit sans société ; à l'inverse, pas de société sans droit.

**21. Pas de droit (*jus*) sans société.** – Un individu isolé, tel Robinson Crusoë (avant d'être rejoint par Vendredi), a peut-être une morale, mais pas de droit, faute de nouer des relations avec autrui <sup>99</sup>. Le droit a précisément pour objet de régir les rapports sociaux entre des personnes. En latin, le mot *jus* (la norme juridique) comme le mot *fas* (la norme religieuse) renvoient au partage et à la parole <sup>100</sup>.

Il n'y a pas non plus de droit dans une collectivité inorganisée d'individus. Un tel groupement serait une société anarchique dont les membres jouiraient d'une absolue liberté : il n'y aurait pas davantage de rapports juridiques. Or, c'est par des relations juridiques qu'une juxtaposition d'individus constitue une société. La société anarchique est une contradiction dans les termes. Elle est d'ailleurs imaginaire ; la réalité n'en offre aucun exemple. Nombre de prétendus anarchistes, attachés à l'idée de Justice, se bornent à contester l'ordre imposé par la religion, l'État (la loi

étatique) voire le contrat mais récusent l'« anomie » (absence complète de norme), tel Joseph Proudhon <sup>101</sup>.

De très nombreuses définitions ont été données du droit <sup>102</sup>. Le Digeste (compilation du droit romain établie à l'initiative de l'empereur Justinien au VI<sup>e</sup> siècle ap. J.-C.) s'ouvre sur la plus célèbre, celle de Celse, jurisconsulte du II<sup>e</sup> siècle ap. J.-C. : « *jus est ars boni et æqui* » (D. 1, 1, 1 : le droit est l'art du juste et du bien).

Selon Michel Villey, qui prônait un retour aux sources de la philosophie, c'est-à-dire selon lui à Aristote, le droit (en grec *to dikaion*, en latin *jus*, substantifs neutres renvoyant à un objet à la différence des féminins *dikaïosunê* et *justitia* qui désignent la vertu morale de justice propre à un sujet) est un partage des choses extérieures (non des biens spirituels qui touchent à l'être), telles que les richesses, les droits, devoirs et charges. Ce partage, qui fait intervenir un tiers impartial (notamment le juge, *dikastes* ou *judex*), s'effectue à l'intérieur d'un groupe social selon une juste proportion : le droit est par essence un « juste milieu » dans les choses (*to méson* en grec, *medium in re* en latin). En revanche, il ne désigne pas un ensemble de propositions normatives, impératives, « déontiques ». L'évolution de la pensée moderne, sous l'influence du positivisme juridique (à partir de Thomas Hobbes) et l'« agression des sciences », auraient dénaturé le sens originel aristotélicien en définissant le droit sur le modèle de la morale, comme un ensemble de règles de conduite <sup>103</sup>.

Thomas Hobbes (1588-1679) dont l'œuvre principale est *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth ecclesiastical and civil* (1651), décrit l'État comme une personne artificielle absorbant tous les individus qui, par convention réciproque (*covenant*), ont aliéné à son profit (sorte de stipulation pour autrui) les libertés absolues (*rights of nature*) dont ils jouissaient dans l'« état de nature » (état mythique où l'homme était un « loup pour l'homme » et régnait « la guerre de tous contre tous », source d'insécurité permanente). Les individus attendent ainsi de l'État qu'il leur redistribue ces droits naturels sous la forme de « droits civils », restreints et conditionnés, et qu'il contraigne chacun au respect de ce contrat social. Le Léviathan est une sorte de Dieu (la religion même lui est soumise), souverain absolu doté d'un pouvoir illimité et indivisible <sup>104</sup>. Il n'est d'autres lois que celles qu'il édicte. Ce droit positif ne peut être accusé d'injustice : l'État est au-dessus de la loi et a tous les droits. Les hommes qui l'ont institué portent la responsabilité d'un éventuel dévoiement de ses prérogatives et n'ont d'autre choix que de le subir, sauf à retourner à l'état de nature. Hobbes est l'anti-Aristote.

**22. Pas de société sans droit.** – S'il est vrai que le droit n'existe qu'à l'intérieur d'une société, la réciproque l'est également : toute société obéit à un droit ou, selon un adage classique, *ubi societas ibi jus*. Seules des sociétés purement idéales, mythiques ou prophétiques peuvent ignorer les règles.

L'antiquité suméro-babylonienne puis les religions juive et chrétienne ont connu le mythe de l'âge

d'or ou du paradis terrestre, évoquant une époque d'innocence où chaque individu portait en lui-même sa propre justice et ignorait toute espèce de droit <sup>105</sup>. Ce genre de mythe n'a pas de réalité historique. Il est l'expression sublimée d'un espoir en un avenir radieux, le refuge d'esprits inquiets en quête d'un ordre cosmique harmonieux. En fait, toute société est soumise au droit. Les sociétés primitives sont régies par des règles de droit très formalistes, très abondantes et très subtiles.

Certaines prophéties, religieuses ou athées, annoncent aussi des sociétés sans droit. La prophétie chrétienne annonce les corps glorieux. La théorie marxiste prédit la destruction de l'État capitaliste bourgeois et donc l'évanouissement du droit : dans cette société promise, les hommes entretiendront des rapports harmonieux régis par la seule observance spontanée des règles de la vie socialiste.

**23. Intensité variable du droit en société.** – S'il n'existe pas de société sans droit, en revanche l'intensité du droit varie avec chaque société ; par exemple, elle n'est pas la même dans la communauté des nations et dans un certain nombre de groupements privés.

1°) La **communauté des nations** était autrefois une société anarchique, simple juxtaposition d'États souverains n'étant liés envers les autres par aucune règle. La société internationale s'est organisée au xx<sup>e</sup> siècle. À l'échelle du monde, l'Organisation des Nations unies (ONU, 1945) et le droit international public s'efforcent de la doter de règles, souvent plus incitatives (déclarations de principes, recommandations...) qu'impératives. À l'échelle d'une région, l'Union européenne est une forme d'ordre supra-national puisqu'elle est composée d'institutions (Conseil des ministres, Cour de justice...), sources de règles contraignantes pour les États membres.

2°) Des **groupements privés** s'organisent en se dotant de règles internes de fonctionnement et de discipline, tels que les associations (ex. : syndicats, partis politiques et fédérations sportives) ou les ordres professionnels. Un droit propre, le droit corporatif, vient à les régir, qui entend parfois tenir à distance le droit étatique <sup>106</sup>. Sous une forme extrême, la Mafia sicilienne se nourrit d'une haine viscérale de la chose publique ; *Cosa Nostra* <sup>107</sup> revêt la forme d'un État dans l'État italien (avec un gouvernement – la « coupole » –, une hiérarchie, une armée – les « hommes d'honneur » –, une justice privée et des impôts – *pizzo* ou racket —) qu'elle a infiltré et suce comme une sangsue.

Parfois l'un de ces groupements privés atteint une dimension considérable jusqu'au point de se confondre avec la société politique, telle une société religieuse.

**24. Religion <sup>108</sup>, laïcité <sup>109</sup>, sécularisation, Islam et droit <sup>110</sup>.** – 1°) Le sentiment religieux constitue le tréfonds le plus intime de la personnalité humaine : un chemin dans la profondeur du cœur et de l'intelligence ; qui engage la totalité de l'être ; la transcendance que, toujours et partout, recherchent les hommes, à leur manière, variable selon les temps et les lieux.

2°) En Occident, la religion relève de la sphère privée. Le droit s'est

progressivement détaché de ses origines religieuses : les sociétés politique et religieuse sont désormais distinctes <sup>111</sup> ; à la différence de l'Ancien droit, le Code civil garde le silence sur la religion, consacrant la laïcité (le mariage civil, le divorce) et l'égalité des personnes (dans les successions). Ce phénomène capital, la laïcisation du droit occidental, a été consacré en France par la loi « *concernant la séparation des Églises et de l'État* » du 9 décembre 1905 affirmant que « *la République assure la liberté de conscience* » et « *garantit le libre exercice des cultes* » (art. 1<sup>er</sup>) mais « *ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* » (art. 2). Le mot de **laïcité** n'apparaîtra que plus tard, dans l'ancienne Constitution du 27 octobre 1946 (IV<sup>e</sup> République) et celle du 4 octobre 1958 (V<sup>e</sup> République) dont l'article 1<sup>er</sup> proclame que « *La France est une République [...] laïque* ».

La laïcité signifie que la religion est une liberté fondamentale, la liberté de conscience et de choix entre les différents cultes – ou de n'embrasser aucune religion. Elle implique aussi la neutralité de l'État qui se doit « *d'enregistrer la présence d'une religion dès qu'il constate qu'à l'élément subjectif de la foi se réunit l'élément objectif d'une communauté, si petite soit-elle* », et ne peut distinguer entre les religions selon leur importance, leur ancienneté ou le contenu de leurs dogmes <sup>112</sup>.

Le mot laïcité recouvre des approches diverses : l'une est intransigeante, refusant à toutes les religions toute espèce d'influence, fût-elle indirecte ; l'autre est apaisée, admettant que la religion puisse influencer le droit. De nos jours, la laïcité s'oppose aux extrémismes religieux, en particulier islamistes.

3<sup>o</sup>) Entre la laïcité et la **sécularisation**, il est des ressemblances et des différences qui, d'ailleurs, furent évolutives. Longtemps, la sécularisation désigna, dans l'Église catholique, un changement de condition d'une personne ou d'un bien qui passe de l'état ecclésial (du clergé régulier, vivant selon la règle d'un ordre, dans un couvent ou un

monastère, par ex.) à l'état séculier (au clergé séculier, vivant dans le siècle, c'est-à-dire parmi les « laïcs »). Aujourd'hui, dans son acception la plus courante, la sécularisation revêt une dimension sociologique. Elle désigne une désacralisation du monde, une émancipation de la société – des personnes, des biens, des valeurs, des consciences – qui la fait échapper aux autorités religieuses, un désenchantement du monde, une société construite en dehors de la religion, une laïcité <sup>113</sup>.

4°) Au contraire, de nombreux pays d'Islam (ex. : Iran, Arabie Saoudite, Soudan, etc.) ne distinguent pas le droit et la religion : la loi religieuse (coranique) régit la vie civile (par ex., le droit de la famille qui affirme l'infériorité civile de la femme, autorise la polygamie et la répudiation, exclut la filiation hors mariage, etc.). En outre, ces droits tendent à être figés puisqu'ils sont issus d'une révélation divine, alors que les droits occidentaux ont un caractère évolutif <sup>114</sup>. En Occident, la laïcité elle-même est flexible et évolutive.

5°) Le droit n'est pas une religion parce qu'il ne partage pas les mêmes fins. Cependant, entre ces deux ordres normatifs, l'influence est réciproque, profonde et diffuse. D'une manière générale, le droit protège la liberté de croyance de chaque *individu* (Conv. EDH, art. 9) ainsi que le pluralisme religieux. Mais il refuse de consacrer le précepte religieux en tant que norme *collective* opposable juridiquement.

Ainsi, l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution (précité) interdit « à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers » ; de même, des droits collectifs ne peuvent être reconnus « à quelque groupe que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance » <sup>115</sup> : la laïcité combat le communautarisme.

D'autres illustrations de ce refus d'opposabilité de la norme religieuse peuvent être trouvées dans la loi du 12 juin 2001 tendant à réprimer les sectes manipulatrices <sup>116</sup>, et dans la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme de « l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie » <sup>117</sup>. Les convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel <sup>118</sup> ; l'absence de virginité de la femme n'est pas une cause de nullité du mariage <sup>119</sup>.

Il y a une quarantaine d'années, un débat s'était ouvert dans des entreprises (dites « de tendance ») qui entendaient imposer à leurs salariés le respect de certaines convictions religieuses et

du « caractère propre » de l'entreprise. Avait alors été approuvé le licenciement d'une institutrice employée au sein d'un établissement privé d'enseignement catholique au motif qu'elle s'était remariée après avoir divorcé <sup>120</sup>. De nos jours, ce sont les salariés qui revendiquent auprès de leur employeur le droit de pratiquer des rites confessionnels ou d'arborer des signes religieux sur leur lieu de travail. Suscitant l'incompréhension, la Cour de cassation avait jugé discriminatoire le licenciement de la salariée d'une crèche associative (*Baby Loup*) qui avait contrevenu au règlement intérieur (prônant la laïcité et la neutralité dans les relations avec le public) en décidant de porter un voile islamique <sup>121</sup>. Les juges se sont finalement ravisés en approuvant le licenciement pour faute grave de cette salariée <sup>122</sup>. Une régression dangereuse du principe de laïcité a été évitée : un précepte religieux ne peut être opposé au même titre qu'une norme collective.

Ainsi, la loi du 15 mars 2004 interdit, « *en application du principe de laïcité* », « *le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse* » dans les écoles, collèges et lycées publics (C. éduc., art. L. 141-5-1). Cette disposition, qui ne vise en réalité qu'à condamner le port du voile <sup>123</sup> ou du foulard islamique (ayant pour origine une jurisprudence du Conseil d'État <sup>124</sup>), élargit le champ de l'interdiction à tous les signes religieux non discrets – trouvant aussi attentatoire au principe de laïcité le port d'une grande croix catholique, d'une kippa, du turban sikh (qui n'est pourtant pas un signe religieux) <sup>125</sup> – par crainte de susciter un rejet brutal d'une loi controversée.

La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu aux États une « *marge d'appréciation* » sur les questions religieuses qui permet, par exemple, à la Turquie d'interdire le voile dans les collèges ou lycées publics <sup>126</sup> et même dans les universités <sup>127</sup> ; a aussi été admise la présence obligatoire d'un crucifix au mur des salles de classe des écoles publiques en Italie <sup>128</sup>. Si la CEDH a validé la loi française du 15 mars 2004 sur le voile <sup>129</sup>, en revanche, elle a condamné, au nom de la liberté de conscience et de religion, l'interdiction du port de tenues religieuses « *dans des lieux publics ouverts à tous comme les voies ou places publiques* » par des citoyens ordinaires qui ne se livrent à aucun acte de prosélytisme <sup>130</sup>. La France n'a guère prêté attention à cette dernière jurisprudence : la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, inspirée par la volonté politique d'interdire, jusque dans la rue, le port de la *burqa*, du *niqab* ou du *tchadri* (des voiles islamiques couvrant intégralement la tête de la femme), affirme d'une manière générale que « *Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* » (sauf pour des raisons de santé ou professionnelles et dans des manifestations sportives, artistiques ou traditionnelles – notamment à la mosquée) <sup>131</sup>. Mais, encore une fois, la CEDH a reconnu que la France disposait en l'espèce d'une « *ample marge d'appréciation* » et, de plus, que l'interdiction posée par la loi du 11 octobre 2010 se justifiait « *par la préservation des conditions du "vivre ensemble"* » <sup>132</sup>.

6°) Enfin, les grandes sociétés religieuses possèdent des juridictions et un droit propres : la *Sharî'a* pour l'Islam (dont les sources sont le Coran et la *Sunna*), le droit hébraïque pour le judaïsme (dont les sources sont la *Torah* [ou Pentateuque], la *Mishnah* et son commentaire la *Gemara* qui forment tous deux le *Talmud*, puis la *Halakha* <sup>133</sup>), le droit canonique pour le catholicisme (Code de droit canon, appliqué en

France aux personnes et institutions catholiques par les juridictions ecclésiastiques). Le droit canonique a joué un rôle considérable dans la formation du droit civil français. Le droit musulman, comme toute loi étrangère, s'applique en France en vertu des règles du droit international privé mais ne peut heurter des principes fondamentaux, comme en témoigne la jurisprudence sur les « *répudiations musulmanes* »<sup>134</sup>.

## SECTION II LE DROIT OBJECTIF

**25. Droit « politique ».** – Le droit ici examiné est celui de la société politique, qui embrasse tous les individus de la façon la plus compréhensive qui soit. L'homme, selon le jugement d'Aristote, est naturellement un « *animal politique* » (*zôon politicon, o anthropos*<sup>135</sup>), c'est-à-dire civique, vivant spontanément en couple, en famille, en colonie, dans un village puis une Cité (*polis*). Le droit est lui-même le reflet et sous la dépendance des systèmes politiques, des idéologies et des principes fondateurs – moraux et philosophiques – de la société qu'il régit.

Les droits des États peuvent être très divers. Cette variété n'en affecte pas les traits communs : toute règle de droit se caractérise par sa généralité et sa permanence, ce qui constitue son caractère normatif, l'âme du « droit objectif ».

Le droit objectif suscite deux questions. Qu'est-ce qui le distingue des autres normes sociales, du non-droit (§ 1) ? Quelles sont ses sources (§ 2) ?

### § 1. DROIT ET NON-DROIT

**26. Non-droit.** – Le droit doit être distingué d'autres règles sociales (des normes sociales de conduite) qui ne présentent pas un caractère juridique, quoique les individus soient aussi tenus de les observer. Si les règles juridiques sont toutes sociales, la réciproque n'est pas vraie : toutes les règles sociales ne sont pas juridiques <sup>136</sup>.

Ce que Jean Carbonnier <sup>137</sup> avait nommé « *l'hypothèse du non-droit* » <sup>138</sup>. En certains lieux (ex. : principe d'inviolabilité du domicile, droit d'asile, immunité pénale accordée aux toxicomanes dans les « salles de shoot » <sup>139</sup>), à certaines périodes (interdiction des perquisitions de nuit ou des expulsions en période hivernale), en certaines matières (principe de la légalité des délits en droit pénal), le droit est tenu à l'écart. La généralité de la loi et son inflation la rendent difficilement compréhensible, la lenteur de la justice (outre les exigences en matière de preuve) favorise son inapplication et les faits résistent en de nombreux domaines au droit, en particulier dans les relations entre individus (concubinage hors mariage, entraide bénévole hors contrat).

L'hypothèse du non-droit met en lumière l'existence d'un « *pluralisme normatif* » : d'innombrables règles sociales non juridiques ordonnent la société (rapports d'amitié <sup>140</sup>, mœurs, convenances, règles de politesse, accords amiables, règles religieuses, etc.) <sup>141</sup>. Ces règles auraient pu être juridiques mais ne le sont pas parce qu'elles excluent toute autorité officielle et tout recours à la contrainte étatique ou judiciaire. Elles trouvent ailleurs leur sanction : dans le for intérieur de l'être humain <sup>142</sup>. Cette observation conduit à préconiser une politique législative empreinte de réserve et de sobriété : le législateur devrait se garder d'intervenir dans les affaires relevant des consciences individuelles. À ce titre, le non-droit trouve une place privilégiée dans les relations extrapatrimoniales ; la politique législative suivie en droit de la famille durant un temps, entre 1963 et 1990, sous l'impulsion de Jean Carbonnier exprime ce désengagement juridique <sup>143</sup> et un certain scepticisme envers les vertus sociales et pédagogiques de la loi.

Le non-droit coexiste toujours avec le droit : il n'y a pas de société sans loi <sup>144</sup>. Mais la loi ne se résigne jamais à la modération : le juge et le législateur n'ont de cesse de consacrer des règles sociales issues du non-droit <sup>145</sup>.

Le droit objectif comporte deux éléments caractéristiques qui permettent de le distinguer des autres règles sociales : une contrainte (I) et un idéal de justice et d'ordre (II).

## I. — Contrainte

Le droit est constitué par des règles obligatoires comportant une possibilité de contrainte extérieure, étatique, par la force publique, ce qui n'est pas le cas d'autres règles : les règles de bienséance, d'honneur

ou d'éthique (A) et les prescriptions morales (B).

## A. BIENSÉANCE, HONNEUR, ÉTHIQUE

**27. Règles de convenance.** – Il existe dans la vie un certain nombre de règles de savoir-vivre, de courtoisie et de convenance dont la violation suscite la réprobation des « honnêtes gens ». Par exemple, les manières de vivre (*folkways*) : le port de la cravate naguère pratiqué dans la classe bourgeoise, la manière de s'habiller, la façon de manger en public, etc. Ces règles apparaissent au sein de groupes sociaux et sont assorties d'une sanction spontanée : la mise de l'individu fautif à l'écart du groupe. Elles sont importantes car l'attitude des hommes est souvent guidée par la convenance ou par un rite plus que par une règle de droit. Mais ce ne sont pas des règles de droit en l'absence d'une possibilité de contrainte étatique <sup>146</sup>.

**28. Honneur, déontologie, éthique ; force obligatoire** <sup>147</sup>. – 1°) L'honneur est une autre règle de conduite <sup>148</sup> qui relève d'un ordre différent. La loi protège l'honneur de la personne. Par exemple, l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 réprime le délit de diffamation (définie comme l'imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur) ; l'article 9-1 du Code civil sanctionne l'atteinte à la présomption d'innocence en ce qu'elle a de déshonorante. Mais la loi protège mal l'honneur, notamment parce que d'autres valeurs s'opposent à cette protection, telle la liberté d'expression et de la presse <sup>149</sup>.

En outre, la morale est évolutive et le juge en a une conception assez large. Il a ainsi été prétendu que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* » <sup>150</sup>.

2°) Certains groupes de personnes se consacrent avec énergie à la défense de leur honneur : autrefois la chevalerie et la noblesse, aujourd'hui l'armée (le champ de bataille est d'ailleurs appelé le

« champ d'honneur »). Surtout, certaines entreprises ou professions (libérales, notamment) préservent leur *honorabilité* par le respect d'un code de déontologie, édictant des règles « éthiques » ou de « bonne conduite ». La **déontologie** (terme inventé par Jeremy Bentham <sup>151</sup>) est devenue l'instrument moderne de la défense de l'honneur, améliorant l'image d'une activité économique. Ces règles manquent de légitimité et de crédibilité, compte tenu de la qualité de leur auteur (le dirigeant d'une entreprise peut-il imposer des obligations déontologiques à ses salariés ?) ou de l'absence de contrôle institutionnel.

3°) Comme la déontologie, l'« **éthique** » est souvent substituée à la morale. Elle n'en est pourtant pas la simple traduction grecque : il s'agit alors d'une morale de circonstance, dépourvue de transcendance <sup>152</sup>. L'« éthique des affaires », notamment, englobe la loyauté contractuelle ou commerciale, une sorte de *fair play* dans les rapports économiques.

Un autre concept, particulièrement à la mode depuis l'année 2000, prolonge le détournement de la morale : la « *responsabilité sociétale de l'entreprise* » (**RSE**). Celle-ci recouvre des déclarations d'intention, adoptées par des entreprises multinationales dans des « chartes » ou « codes de conduite », vantant le dialogue social, le respect des droits de l'homme et des travailleurs, la protection de l'environnement... En réalité, ces engagements ne font que rappeler des obligations légales pesant déjà sur ces acteurs économiques. Surtout, ils ne visent qu'à conjurer le risque de voir une affaire médiatique ternir leur réputation commerciale (par la révélation que telle multinationale tire profit du travail des enfants ou de la déforestation dans un pays pauvre, par exemple). L'éthique est affichée à des fins de communication : c'est du « *markéthique* », du marketing saupoudré d'éthique <sup>153</sup>. Par nature, une personne morale, qu'elle soit ou non à but lucratif, ne peut éprouver un sentiment moral.

L'empressement d'une entreprise à défendre l'éthique peut avoir une cause lointaine et très pragmatique. Le *Sarbanes-Oxley Act*, adopté aux États-Unis le 30 juillet 2002 <sup>154</sup> à la suite de

scandales financiers longtemps masqués par des fraudes, favorise le *whistleblowing*, c'est-à-dire la dénonciation de faits (en l'occurrence, ceux traduisant une violation des règles imposées aux sociétés cotées par l'autorité de régulation boursière ou les lois fédérales contre la fraude) lorsque l'information est fournie à une agence fédérale ou un supérieur hiérarchique du salarié dénonciateur (appelé *whistleblower*, en français « lanceur d'alerte »). En conséquence de cette disposition, les filiales européennes de sociétés américaines ainsi que des groupes de sociétés européens implantés aux États-Unis furent contraints de mettre en place des systèmes dits d'« alerte éthique » (sous la forme de numéros verts ou de « hotlines ») offrant aux salariés un cadre propice aux dénonciations des irrégularités comptables et financières ou des faits de corruption parvenus à leur connaissance. En France, des systèmes d'alerte éthique ont été mis en place dans ces entreprises à partir de 2002. Par ailleurs, le législateur a introduit des dispositions dans le Code du travail protégeant les salariés qui dénoncent ou témoignent de certains faits délictueux (harcèlement, discrimination, corruption...) <sup>155</sup>. Mais les lanceurs d'alerte restent menacés. Partout dans le monde, les individus ayant révélé des fraudes ou des scandales dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice leur activité professionnelle sont qualifiés de traîtres plus souvent que de héros. Si le lanceur d'alerte bénéficie, sur le papier, d'une protection légale contre le risque de représailles, il est fréquent qu'il fasse l'objet de poursuites judiciaires de la part de son ancien employeur voire des autorités publiques (tel Edward Snowden, inculpé en 2013 d'espionnage par les États-Unis pour avoir révélé les programmes de surveillance électronique du gouvernement américain). Le lanceur d'alerte est à la fois un héros pour la société et un traître aux yeux du milieu (scientifique, financier, médical...) dont il a dénoncé les fraudes ou les abus <sup>155a</sup>. La morale n'est pas un rempart ; elle est une façade et cette façade offre une protection trop fragile s'il n'existe pas, en soutien, derrière elle, des règles de droit contraignantes <sup>155b</sup>.

4°) Un code d'éthique ou de déontologie n'a, le plus souvent, aucune **force obligatoire** (ex. : code d'éthique du crédit, code de déontologie du marketing, charte sociale et éthique du groupe Air France...). Il peut être approuvé par décret et revêtir ainsi une valeur réglementaire <sup>156</sup>. Bien plus, le législateur édicte lui-même des « *principes déontologiques* » ou « *éthiques* » <sup>157</sup> ou prévoit l'élaboration d'un code dont il trace les lignes directrices <sup>158</sup>.

Les règles de déontologie ne sont pas des règles *de droit* et ces deux corps normatifs sont, *a priori*, indépendants <sup>159</sup>. Au-delà d'une différence fondamentale de contenu <sup>160</sup>, les règles déontologiques ne sont assorties d'aucune sanction civile : leur violation n'entraîne pas *ipso jure* la nullité d'un contrat <sup>161</sup> et n'engage pas en elle-même la responsabilité civile de son auteur <sup>162</sup>. À l'inverse, une corporation professionnelle ne peut s'arroger un pouvoir normatif que la loi ne lui confère pas : ainsi,

« la fixation des règles de déontologie revêtant un caractère impératif pour la profession d'avocat, relève de la compétence du gouvernement » <sup>163</sup>. Mais il est tentant pour un juge d'intégrer certaines normes déontologiques dans la sphère du droit positif : il lui suffit d'y puiser les éléments d'appréciation d'un standard juridique (telle la notion d'ordre public au sens de l'article 6 <sup>164</sup>), de les incorporer dans le champ contractuel par interprétation de la volonté implicite des parties ou d'ériger leur transgression en faute civile délictuelle <sup>165</sup>.

Il existe aussi des engagements d'honneur (*gentlemen's agreement*) <sup>166</sup> dans le milieu des affaires et dans les relations entre États : par ce biais, les parties subordonnent leur accord à leur loyauté respective et s'interdisent de soumettre leurs différends à des tribunaux, même arbitraux. En principe, ces engagements se situent en dehors du droit. Mais le juge nie parfois leur autonomie et transforme un engagement purement moral en une obligation juridiquement opposable <sup>167</sup>.

Entre les particuliers, une obligation civile peut naître de l'exécution volontaire ou de la promesse d'exécution d'un « *devoir de conscience* », appelé aussi « *obligation naturelle* » (art. 1100 et 1302, anc. art. 1235). L'obligation naturelle est, en elle-même, insusceptible d'exécution forcée <sup>168</sup>.

## **B. PRESCRIPTIONS MORALES**

**29. Distinction du droit et de la morale** <sup>169</sup>. – Les sociétés occidentales reposent depuis Rome sur la distinction du droit et de la morale dont les rapports suscitent un éternel débat. C'est une distinction capitale dans une démocratie, indépendamment même de la laïcité : imposer par la force de la loi une vertu, un ordre moral ou le *politically correct* relèverait d'une sorte de tyrannie. À l'instar de la séparation du spirituel et du temporel, du religieux et du politique, cette distinction est un facteur essentiel de civilisation.

Mais cette distinction n'est pas tranchée. Des zones d'ombre subsistent et le rapport du droit à la morale est évolutif. Des interférences se produisent. Elles sont d'ailleurs vitales : un droit sans morale serait celui d'une société en déliquescence ; *quid leges sine moribus* (que sont les lois sans la morale) ?, s'interrogeait le poète

## Horace <sup>170</sup>.

Certaines branches du droit à tendances réaliste et autonomiste se montrent peu sensibles à la morale et sont même indifférentes à l'immoralité de leurs solutions. Le droit de la sécurité sociale impose à une prostituée de payer des cotisations sur les revenus tirés de son activité <sup>171</sup>. Le droit fiscal interdit au contribuable de déduire de ses bénéfices imposables les amendes et pénalités de nature fiscale (CGI, art. 39, § 2), afin de préserver sa propre autorité, mais approuve la déductibilité des dommages-intérêts versés à la victime d'une infraction pénale : l'allègement de l'impôt qui en résulte fait supporter par la collectivité publique le coût de la délinquance. La justification avancée par le Conseil d'État est encore plus saisissante : la commission du délit a pu s'avérer conforme à l'intérêt de l'entreprise et ne pas constituer un « *acte anormal de gestion* » <sup>172</sup>. La jurisprudence pénale estime au contraire qu'un délit d'abus de biens sociaux (qui vise les mêmes agissements) expose la société commerciale au « *risque anormal de sanctions pénales ou fiscales* » et « *porte atteinte à son crédit et à sa réputation* », « *quel que soit l'avantage à court terme* » qu'il peut procurer <sup>173</sup>.

Trois critères permettent de distinguer la morale du droit : leurs sources, leur caractère obligatoire et leurs fins. Les deux premiers ne sont pas décisifs. S'agissant de ses sources, la morale aurait une origine religieuse : mais il y a une morale laïque et des droits religieux ; ou bien la morale serait un souffle intérieur à l'homme, la voix de sa conscience ou de sa raison : mais il existe des morales révélées (ex. : le Décalogue) et des règles de droit dictées par la pure raison (ex. : *pacta sunt servanda*). Le caractère obligatoire des prescriptions morales ne serait pas celui des règles de droit : le devoir moral doit être tenu par chacun comme impérieux (il peut l'être plus qu'un devoir juridique) et ne tire donc son autorité que de la libre adhésion du sujet. À nouveau, l'argument n'est pas décisif : une règle de droit peut être dépourvue de sanction, de contrainte extérieure, et néanmoins suivie. L'opposition la plus nette réside dans leurs fins : le droit recherche la justice et le maintien de l'ordre social, la morale tend à la vertu et à la perfection de l'individu <sup>174</sup>.

Selon *Emmanuel Kant* (1724-1804), le sentiment du devoir moral (la moralité) est donné par la seule « raison pratique » (à distinguer de la « raison pure ») : l'homme se donne à lui-même sa propre loi morale. Surtout, le critère de celle-ci est une forme universelle, *a priori*, soustraite aux lois empiriques ; non point un « impératif hypothétique » (c'est-à-dire un mobile *a posteriori*, une finalité matérielle, telles la recherche du bonheur, du plaisir, de l'utile ou la crainte d'une punition) mais un « impératif catégorique » <sup>175</sup> que Kant définit abstraitement : « *Agis de telle sorte que la*

*maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle* » <sup>176</sup> (le deuxième impératif catégorique est : « *Agis de telle façon que tu traites l'humanité, aussi bien dans ta personne que dans la personne de tout autre, toujours en même temps comme fin, jamais simplement comme moyen* ») : tel est le principe de l'« autonomie » de la volonté. Par exemple, le respect de la promesse est un acte moral car il est une règle universelle, au contraire du mensonge qui ne peut devenir maxime universelle (les autres me paieraient de la même monnaie) et qui, de surcroît, aboutit à se servir d'un autre être humain simplement comme d'un moyen. Partant, « *nous ne tiendrons jamais nos actions pour obligatoires pour la seule raison qu'elles sont des ordres de Dieu ; mais elles nous paraissent au contraire des ordres de Dieu, parce que nous y sommes tenus intérieurement* » <sup>177</sup>. Ce fut là un apport capital de la révolution kantienne (que, sans modestie, le philosophe qualifia de « copernicienne ») : elle a fondé la religion et la morale sur l'homme et non l'inverse. Mais cette révolution a eu plus d'influence en philosophie que chez les juristes car Kant était dépourvu d'expérience juridique et son langage – lourd et abstrait – était éloigné de ce que doit être le style juridique.

Cette opposition n'empêche pas la morale d'exercer une grande influence sur le droit positif. Ses règles essentielles viennent de la Bible (« *tu ne tueras point* », « *tu ne voleras point* »...) <sup>178</sup> et des Évangiles (« *rends compte de ta gestion* »...) <sup>179</sup>. La règle juridique est vivifiée par la sève de la morale chrétienne <sup>180</sup> qui, depuis des siècles, imprègne les peuples européens. Ce ne sont que des influences, non des liens, alors que d'autres systèmes juridiques – les droits religieux – confondent la morale, la religion et le droit <sup>181</sup>.

De façon très différente, la pensée chinoise traditionnelle, confucianiste, attribue un rôle si important à la morale qu'elle en rejette Dieu et la Loi. Dans l'Empire du Milieu, l'idée de loi civile et même pénale était ignorée : l'homme civilisé n'a pas besoin de loi. Il se gouverne lui-même au moyen des principes de la vertu parfaite (jen, qui signifie humanité, bonté) enseignés par **Confucius** (551-479 av. J.-C.) et ses disciples : se vaincre soi-même par un effort permanent visant à dompter ses ressentiments et ses penchants hostiles ; aimer autrui (les individus, la famille, le village puis l'État) comme soi-même et ne pas lui faire ce que l'on ne voudrait pas qu'il nous fasse ; pratiquer la piété familiale ; exercer ses sentiments moraux par des attitudes discrètes et mesurées, conformes aux rites et usages anciens de la société. Dans le confucianisme, la vertu s'acquiert par la culture et le mérite, non par la naissance ; un ordre harmonieux naît d'une société où chacun occupe son vrai rang et se voit confier les responsabilités correspondant à sa place dans la hiérarchie sociale ; le souverain, qui a reçu mandat du Ciel pour veiller sur cet équilibre cosmique, doit gouverner par la sagesse et la vertu, dont il tire sa légitimité. Cette pensée se résume par cet aphorisme : « ni Dieu ni Loi » ; le droit et la religion sont des émanations spontanées, concrètes et indéterminables de la personne <sup>182</sup>. Mais, plus tard, les **Légistes**, confrontés à l'augmentation de la population et aux difficultés d'assurer sa subsistance, donneront à la loi un sens positiviste et une fin utilitaire qui sied mieux à un État moderne : « *Les Légistes opposaient avec force le Prince au Sage et la Loi (fa) aux Rites (li) ; ils essayaient de faire prévaloir une conception toute objective du licite. Est licite ce*

*qui contribue effectivement à la paix sociale en assurant un bon rendement moyen à l'activité productrice des hommes* ». À leurs yeux, « *si l'on veut obtenir un rendement sûr, il faut se servir des lois, et non pas des hommes* », de même que l'on se sert d'instruments de mesure (compas, balance) sans se fier au jugement personnel d'un individu. L'incohérence législative doit aussi être combattue (par des codifications) de même que l'arbitraire gouvernemental (par des critères objectifs et impartiaux). Pourtant, les Chinois ont honni les Légistes. Leur dureté et leur discipline toute militaire ne furent pas seules en cause : les Légistes « *n'ont pas réussi à accréditer la notion de règle constante et la conception de la Loi souveraine* » <sup>183</sup>. Les ritualistes, taoïstes ou confucéens, l'ont emporté.

Au contraire, la loi abstraite domine l'esprit occidental : elle gouverne la nature (lois naturelles) et les hommes (lois humaines). La pensée juive célèbre Dieu comme un législateur divin <sup>184</sup> ; en sens inverse, l'histoire n'a de cesse de rattacher le droit à Dieu, la loi humaine à la volonté divine <sup>185</sup>.

Qu'il soit intérieur ou positif, le droit reste universellement lié à une éthique. Il « *n'est pas une fin en soi, il ne prend son sens que par les valeurs qu'il traduit, et ces valeurs ne sont pas égales* » <sup>186</sup>. Les règles de droit reposent sur une hiérarchie de valeurs : le bien, la justice, l'honnêteté et la compassion sont supérieurs au mal, à l'injustice, à la malhonnêteté et au mépris.

**30. Crise de la distinction : négation et indécision.** – Depuis la Seconde Guerre mondiale, la distinction du droit et de la morale traverse une crise, à un double titre et de façon contradictoire.

1°) *À chacun sa morale ?* – D'abord, l'existence même de la morale fut **niée**. Sans doute cette négation fut-elle une séquelle de la guerre. Plus se développent la technique et la prospérité matérielle, plus s'étend le champ des connaissances et plus reculent les exigences morales <sup>187</sup>. Une tendance contemporaine des sciences humaines définit même la morale comme une notion relative et individuelle – à chacun sa morale –, dépendante des circonstances ainsi que des convictions et des choix de chacun – à chacun sa liberté — <sup>188</sup>.

Le mot de morale devient banni du vocabulaire courant ou juridique au profit de l'« éthique », suivant une mode anglo-saxonne : à la morale absolue succéderaient des éthiques particulières à

certains groupes <sup>189</sup>. Mais ce remplacement d'un mot d'origine latine par un autre d'origine grecque ne change rien : l'éthique, comme la morale, est normative. La mode de l'éthique trahit un besoin pressant de morale (non transcendante) ressenti dans la société moderne.

La conception individualiste prône une autonomie morale contre laquelle la Bible fulmine depuis les origines une malédiction <sup>190</sup>. Dans la doctrine catholique, telle que les papes Pie XI <sup>191</sup> et Jean-Paul II <sup>192</sup> la rappellent, la morale est objective et indissociable de la liberté :

- 1) Quels que soient la culture, le lieu, le temps, les circonstances, les conséquences d'un acte ou l'intention de son auteur, le bien s'oppose au mal et il n'appartient pas à une conscience individuelle de le définir.
- 2) Il existe une relation étroite entre la morale et la liberté.

2°) *Une morale d'État ?* – Le droit et la morale tendent à se rapprocher en plusieurs domaines. Sous le nom d'éthique s'élabore une sorte de morale d'État, un nouvel ordre moral. Le phénomène est sensible sur des sujets inspirant à la société un sentiment de désarroi : la transmission et la fin de la vie, la bioéthique. Ainsi le législateur se défait-il en ce domaine sur des *comités d'éthique* habilités à émettre des avis <sup>193</sup>. La frontière entre droit et morale devient **indécise**. La morale est ravalée au rang de faire-valoir d'une science triomphale. Enfin, ce qui soulève des doutes : comment des problèmes de conscience peuvent-ils relever d'une conscience officielle forgée par un cercle d'experts <sup>194</sup> ? Le débat sur l'euthanasie, notamment, a confirmé la nécessité d'accorder à la règle de droit une prééminence sur cette morale incertaine <sup>195</sup>.

## II. — Justice et utilité

**31. Justice et droit : Aristote et Cicéron.** – La mission principale incombant au droit est d'assurer la justice. Il existe une hiérarchie de valeurs au sommet de laquelle culmine la justice : à chacun son dû, *suum cuique tribuere* <sup>196</sup> un adage essentiel, mais un peu mystérieux.

Pour **Aristote**, la justice est la plus grande de toutes les vertus : « *ni l'astre du matin, ni l'étoile*

*du soir n'inspirent autant d'admiration* » <sup>197</sup>. Il définit la justice de deux manières. Il existe d'abord celle qui préside à la distribution des biens communs par le représentant de la communauté à ses membres. Cette justice impose de proportionner la part de chacun à un « *mérite de quelque sorte* » (richesse, vertu, condition d'homme libre) variable selon le régime politique (oligarchie, aristocratie ou démocratie). « *Le juste est, par suite, une sorte de proportion* », une « *proportion géométrique* » de la part reçue au « *mérite* » de celui qui la reçoit. Telle est la première espèce de juste : la justice **distributive** ou *géométrique* (dominante de nos jours en matière de protection sociale). Il est ensuite une justice qui préside aux transactions volontaires et involontaires entre les individus ou, en d'autres termes, aux « *commutations* ». Ce juste est à la fois semblable au précédent et dissemblable : « *le juste dans les transactions privées, tout en étant une sorte d'égal, et l'injuste une sorte d'inégal, n'est cependant pas l'égal selon la proportion de tout à l'heure mais selon la proportion arithmétique* ». La différence résulte de ce que l'estimation du juste selon la proportion arithmétique « *n'a égard qu'au caractère distinctif du tort causé et traite les parties à égalité, se demandant seulement si l'une a commis et l'autre subi une injustice* ». Telle est la seconde espèce de juste : la justice **commutative** ou *arithmétique* (elle est au cœur de la réparation en matière de responsabilité délictuelle et de l'exigence d'équilibre dans le contrat). De quelque justice qu'il s'agisse, le juste relève toujours du juste milieu : « *l'action juste est un moyen* » entre deux extrêmes, la justice relève du **juste milieu**. « *L'homme juste (ce que tout juge devrait être) se définit comme celui qui, [...] dans une répartition à effectuer [...], donne à chacun la part proportionnellement égale qui lui revient. L'injustice [...] consiste dans un excès ou un défaut disproportionné de ce qui est avantageux ou dommageable* » <sup>198</sup>.

Pour **Cicéron**, très influencé par les Stoïciens, « *le droit a son fondement dans la nature même* » <sup>199</sup>. « *Il existe une loi vraie, c'est la droite raison conforme à la nature, répandue dans tous les êtres, immuable, éternelle, qui nous appelle impérieusement à remplir notre devoir, qui nous détourne de la fraude [...]. C'est une seule et même loi éternelle et immuable qui régit toutes les nations et en tout temps. [...] Méconnaître cette loi, c'est se fuir soi-même, renier sa nature, et par là seul subir les plus cruels châtiments, lors même qu'on échapperait aux supplices infligés par les hommes* » <sup>200</sup>.

**32. Le juste et l'utile ; l'intérêt général et les libertés.** – Le droit n'a pas pour objet exclusif de rechercher la justice. Il doit aussi assurer la survie du groupe, maintenir son organisation, sa cohérence, son bien-être et y faire régner l'ordre : le droit est la science du juste et de l'utile. Il doit aussi assurer, tout à la fois, l'intérêt général et les libertés individuelles : une antinomie fondamentale qui a dominé l'histoire de notre droit, balançant constamment entre ces deux fins. De nos jours, la société française tente de les préserver ensemble, à la différence de la société américaine qui fait prédominer les libertés individuelles sur l'intérêt général.

La justice et l'ordre ne s'opposent pas. Il n'est pas vrai, selon un mot historique mal compris, qu'il vaut « *mieux une injustice qu'un désordre* » <sup>201</sup>. L'un et l'autre sont indissociables : il n'est pas d'ordre sans justice ni de justice sans ordre.

Le juste et l'utile ne s'opposent pas davantage. En droit, une situation inutile peut produire un effet utile <sup>202</sup>. L'utilité ne consiste pas seulement en un ensemble de valeurs marchandes (la loyauté des transactions, l'esprit de compétition et la libre concurrence, la propriété, la sécurité et la prévisibilité juridiques), mais aussi en des valeurs non marchandes telles que les valeurs culturelles, le respect de la personne et de la nature (écologie) <sup>203</sup>.

**33. Analyse économique du droit** <sup>204</sup>. – Dans les années 1960 est apparue aux États-Unis, à l'université de Chicago, la théorie de l'analyse économique du droit (*Economic analysis of law*, ou mouvement *Law and Economics*). Les pionniers de ce courant qui, en cinquante ans, a produit des milliers d'articles sont le prix Nobel Ronald Coase <sup>205</sup> et Richard Posner <sup>206</sup>. Il prétend imprimer au droit un utilitarisme marqué, au-delà du droit économique (notamment du droit de la concurrence où cette analyse a prospéré). Le droit serait un instrument de « maximisation » des utilités ou des satisfactions individuelles et collectives. Puisque la loi influence les comportements (c'est-à-dire que les sujets de droit s'adapteraient à la loi en prenant des mesures préventives, au travers d'arrangements privés – un postulat bien illusoire), ce serait l'efficacité économique (*efficiency*), la recherche des meilleurs profits et des moindres coûts (la minimisation des « coûts de transaction », qui rendent les échanges moins fructueux) par des individus ou des entreprises dont la rationalité est postulée (ce qui est aussi illusoire) qui devrait guider la règle de droit.

L'économie déterminerait ainsi les conceptions juridiques : « *la méthode rappelle furieusement la critique marxiste du Droit* » <sup>207</sup>, sous cette réserve que les lois du marché (selon le libéralisme de l'École de Chicago) ont remplacé la lutte des classes comme cause de détermination universelle (ou « infrastructure »). Sous l'influence de l'économiste Friederich Hayek, défenseur de l'« ordre spontané », en lutte contre les doctrines de Keynes et de l'État providence, puis surtout dans les années 1980, la doctrine du *Law and Economics* a été mise au service d'une conception libérale de l'économie. Écho du patriotisme messianique qui imprègne la culture américaine, elle dépeint (naturellement) la *Common Law* comme le meilleur système juridique à offrir au monde <sup>208</sup>.

De même, selon la formule du juge Holmes, dont le réalisme

préfigurait au XIX<sup>e</sup> siècle ce courant <sup>209</sup>, « *le devoir de respecter un contrat signifie que vous devez prévoir de payer des dommages-intérêts si vous ne le faites pas et rien de plus* » (ex. contemporain de violation fructueuse du contrat [*efficient breach*] : le *surbooking* dans le transport aérien où la compagnie préfère payer des dommages-intérêts plutôt que de ne pas vendre un billet d'avion). En matière de responsabilité civile, la *Learned Hand Formula* vise à accroître l'efficacité économique de la prévention du dommage en assignant un coût supérieur à la réparation qui risque d'être due <sup>210</sup>. En 2002, dans le contexte de la « guerre contre le terrorisme » consécutive aux attentats islamistes du 11 septembre 2001, R. Posner avait affirmé que « *si les enjeux sont assez élevés, la torture est admissible* » <sup>211</sup>. L'analyse économique passe à la moulinette de l'*efficiency* toutes les notions juridiques, les désagrège et les réduit à une loi de l'économie (par ex. la nullité pour vice du consentement ne protège pas la libre volonté d'une partie mais lui permet d'échapper au contrat annulé et donc de minimiser les coûts liés à sa formation).

Si l'analyse économique du droit a peu à peu séduit hors des États-Unis (en Allemagne, aux Pays-Bas, en Italie puis en France), la tradition juridique européenne n'admet pas qu'un calcul de rendement ignore voire bafoue les principes fondamentaux, les droits de l'homme et les valeurs morales, humanistes ou culturelles, bref, toute la Justice <sup>212</sup>. Elle n'admet pas non plus le sacrifice *systématique* du raisonnement aux conséquences de la décision (« conséquentialisme juridique ») : le raisonnement déductif et le syllogisme demeurent dominants (au moins comme modèles de raisonnement) dans les pays de droit civil. En outre, la doctrine du *Law and Economics* n'a pas de méthode. Elle abonde de postulats arbitraires : le sujet de droit (*l'homo economicus*) serait un être parfaitement rationnel ; le droit modifierait les conduites, l'individu adaptant toujours son comportement afin de réduire l'incidence du fardeau (coût) que le droit lui impose (ex. : le vendeur à qui incombent les risques de la vente souscritra une assurance) ; le législateur se

préoccuperait d'éviter les gaspillages ; les arrangements privés seraient supérieurs à la réglementation par l'État, etc. En rupture avec la réalité, accaparés par la construction d'un schéma purement idéal, les économistes américains décrivent le calcul de l'efficience à grand renfort de modèles mathématiques très abstraits (parfois peu compréhensibles). Privilégiant l'augmentation des richesses, ils ne se soucient pas de leur répartition ou de leur distribution équitable – au cœur des concepts de justice et de progrès social qui se trouvent occultés, précisément, parce qu'ils ne sont pas scientifiques. L'analyse juridique est certes plus arbitraire mais elle est plus complexe et globale <sup>213</sup>.

Il ne faut pas exagérer l'influence de l'Analyse économique du droit ni l'écart entre la méthode du juge américain et celle de son homologue français. Le professeur Posner n'aurait convaincu que le juge fédéral Posner (il était à la fois universitaire et magistrat) et ses épigones. Rares sont les décisions, aux États-Unis, qui s'appuient sur une motivation économique explicite <sup>214</sup>. De multiples courants et variantes privent d'ailleurs la théorie d'unité (*Chicago school*, institutionnalistes et néo-institutionnalistes, école autrichienne, *Behavioral Law & Economics*, école du *Public choice* ou des choix collectifs...) tandis que les libertariens américains ont dénoncé le sacrifice des droits fondamentaux qu'elle réalise <sup>215</sup>. De son côté, le droit français, comme tant d'autres, a incorporé des concepts à visée utilitaire ou économique (ex. : l'obligation précontractuelle d'information <sup>216</sup> ou les clauses abusives ; le caractère dissuasif de la peine en droit pénal ; les taxes fiscales sanctionnant certaines conduites...). De même, le juge français se laisse couramment guider par des considérations utilitaires ou de politique juridique au détriment de la technique et de la cohérence du droit positif (par ex. lorsqu'il tord la notion de cause ou sanctionne la violence économique). Peut-être le juge tend-il seulement aujourd'hui à se préoccuper de façon plus systématique et plus visible de l'effet économique ou social de ses solutions <sup>217</sup>.

En définitive, l'analyse économique du droit est une savante et complexe construction intellectuelle pour économistes. Pour les juristes, qui ne peuvent dialoguer avec ces derniers faute d'un langage et d'une pensée communs, elle est un simple outil de réflexion <sup>218</sup>.

**34. Attractivité économique du droit.** – Compte tenu des limites inhérentes à l'analyse économique du droit, il est réducteur sinon impossible de *mesurer* la qualité ou la valeur d'un droit national à l'aune de son « attractivité » économique supposée.

Telle est pourtant l'ambition que cultive le **rapport *Doing business*** que publie chaque année,

depuis 2004, la Banque mondiale <sup>219</sup>. Le projet vise à attribuer une note à chaque législation nationale dans dix domaines de la vie des affaires afin de parvenir à un classement des 189 pays étudiés. Le critère suprême de l'efficacité d'un droit est son aptitude à faciliter les affaires et les opérations commerciales (*Ease of Doing Business*) qui le rendrait « compétitif » sur le marché mondial du droit. Ainsi, un indice « embauche des travailleurs » mesure la flexibilité de la réglementation du travail (de la difficulté de recruter un salarié jusqu'aux coûts engendrés par son licenciement économique) ; un indice « transfert de propriété » reflète les étapes, la durée et les coûts liés aux transferts de propriété concernant les entreprises ; l'« efficacité » du droit fiscal, du droit des procédures collectives, du droit des sûretés, du droit des sociétés, du droit des contrats, etc. est jaugée à partir d'hypothèses standards (une étude de cas décrivant une opération, un problème ou un litige type). En 2016, la France occupait le 27<sup>e</sup> rang (Singapour le 1<sup>er</sup>, les États-Unis le 7<sup>e</sup>).

Mais, sous une apparence d'objectivité, la méthodologie est biaisée <sup>220</sup>. Elle repose sur le postulat de la supériorité de la loi du marché, au cœur du libéralisme économique, ainsi que sur divers préjugés cultivés par les juristes de *Common Law* qui contribuent presque exclusivement au rapport. Pire, l'évaluation se fonde parfois sur des statistiques incomplètes ou fausses et sur des questionnaires décrivant des cas-types non forcément représentatifs (tel type de société, de sûretés, de contrat, de procédure civile ou collective...). Fatalement, le modèle dit romano-germanique du droit civil continental (dont relève le droit français) est jugé inférieur à celui de la *Common law*. Ainsi, la France figure-t-elle en 2016 au 85<sup>e</sup> rang dans le classement « transfert de propriété » ; en outre, la justice française serait plus coûteuse, plus complexe et les procédures plus longues qu'en Angleterre ou aux États-Unis, alors que la justice de ces pays est extrêmement lente, compliquée, ruineuse et propice aux abus ; le droit du travail français est considéré comme un des plus rigides et des moins compétitifs au monde pour des raisons bien surprenantes (not., jusqu'en 2008, les limitations du travail de nuit ou de la durée du travail étaient des signes d'un manque de souplesse alors que ces règles protègent la santé des travailleurs ; l'existence d'un salaire minimum, tel que le SMIC en France, reste perçu comme un facteur de rigidité).

Devant les critiques, vives de la part des juristes de tradition civiliste, plusieurs changements de méthodologie sont intervenus (notamment, depuis 2009, la note maximale n'est plus accordée à un pays qui ne respecte pas certains droits fondamentaux des travailleurs et, d'ailleurs, l'indice « embauche des travailleurs » ne participe plus au classement général mais est présenté dans une annexe). Mais le rapport *Doing business* continue à renvoyer une image réductrice et déformée des systèmes juridiques nationaux. Jusqu'en 2015, il ne se souciait même pas de savoir si les lois adoptées étaient réellement appliquées et efficaces.

Si cette approche utilitariste et quantitative a pu heurter les juristes français, elle n'en a pas moins contribué à placer le droit au centre des politiques économiques et à obliger les juristes français à faire preuve d'un peu d'humilité. Le législateur et les pouvoirs publics s'efforcent désormais de développer l'« attractivité du territoire » (afin d'attirer les capitaux et les entreprises étrangers en France) par des réformes juridiques. En outre, les juristes de tradition civiliste ont pris conscience de la nécessité de défendre et de promouvoir l'influence de leur droit à l'étranger, là où la *Common Law* dispose d'ambassadeurs zélés <sup>221</sup>.

C'est dans ce but qu'a été créée en 2007 la Fondation pour le droit continental <sup>222</sup> qui a élaboré un « **index de la sécurité juridique** » (ISJ) mesurant la sécurité juridique offerte par différents systèmes

nationaux (compte tenu de l'accessibilité, la prévisibilité et la stabilité de chaque droit national). L'étude (à base de cas pratiques standards soumis à des professionnels du droit, comme *Doing business*) a porté sur 13 pays de quatre continents, dans six domaines du droit (contrats, responsabilité, droit des sociétés, droit immobilier, droit du travail et règlement des différends). Le classement publié en 2015 attribue le premier rang à la Norvège devant l'Allemagne (2<sup>e</sup>), la France (3<sup>e</sup>) et le Royaume-Uni (4<sup>e</sup>) ; les États-Unis ne sont que 12<sup>e</sup>. Des pays de *Common law* et des pays de droit civil continental se situent aussi bien en tête qu'en queue de classement, preuve qu'il n'y a pas une tradition juridique meilleure que l'autre.

## § 2. SOURCES DU DROIT

**35. Turbulences ou révolution ?** – Les sources du droit se sont multipliées en raison, notamment, de l'augmentation du nombre de traités internationaux et de la création de cours suprêmes gardiennes de ces traités (Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme). Les juridictions nationales peuvent elles-mêmes annuler une loi contraire à un traité.

Surtout, la société contemporaine est une société des sciences et des techniques où le droit change à une vitesse stupéfiante. À côté des sources classiques et visibles du droit (la loi, la jurisprudence et la coutume), existent de nouvelles sources, de rang infra-législatif, non obligatoires, diffuses et imperceptibles, notamment : l'expertise (technique, scientifique, biologique, etc.), la production d'informations (sous la forme de statistiques, d'études d'impact, d'évaluations, de lobbying, etc.), la normalisation (notamment celle imposée par le droit de l'Union européenne) ou les recommandations (d'autorités administratives indépendantes en matière médicale ou financière, par exemple). En somme, une part considérable du droit est fabriquée dans les « *ateliers de l'invisible où travaillent de nouvelles sources du droit* » <sup>223</sup>. Ces sources sont bien différentes de celles qui ont construit le Droit pendant des millénaires. Elles forment un « droit souple » (*soft law*), un droit de la « régulation » ou droit de la « gouvernance » <sup>224</sup>, selon des expressions très vagues révélant l'insaisissabilité du phénomène.

Parler de « *turbulences dans les sources du droit* » est un euphémisme <sup>225</sup> : c'est une véritable révolution qui s'est opérée <sup>226</sup>. Il est devenu banal de dénoncer l'« inflation » et le « foisonnement » des normes, le « chaos » ou le « désordre » juridique, parfois – avec une pointe d'exagération – la fin de l'État de droit.

**36. Fait et droit : distinction et proximité.** – 1<sup>o</sup>) Les sciences exactes (physique, biologie, médecine, astronomie...) ou humaines (sociologie, histoire, économie...) décrivent ce qui *est* ; elles analysent les faits, c'est-à-dire les phénomènes sensibles. Le juriste a une autre attitude : il expose ce qui *doit être* ; il dit le *droit*.

La **distinction** entre l'« être » et le « devoir être » est l'œuvre de David Hume (*is/ought*) qui récusait l'induction comme raisonnement permettant de passer de l'un à l'autre <sup>227</sup>. La « loi de Hume » fut reprise par Kant et popularisée par le juriste autrichien Kelsen (*sein/sollen*) <sup>228</sup>.

Premièrement, le fait n'est pas le droit car le droit ne peut naître du fait seul. Une maxime du XIV<sup>e</sup> siècle, due à l'Italien Bartole, incarnait l'opinion inverse : *ex facto oritur jus* (du fait naît le droit). Mais le fait, même répété, n'engendre pas le droit : la multiplication des vols ou des chèques sans provision ne fait pas de ces infractions des actes licites. Selon la phrase du mathématicien Henri Poincaré, « *un million d'indicatifs ne feront jamais un impératif* » <sup>229</sup>.

Deuxièmement, le droit a pour objet le droit. Le droit se confond avec son objet qui est non seulement d'édicter des normes obligatoires mais aussi d'en mesurer le caractère juste ou injuste selon des valeurs – appréciation que certains renvoient à une prétendue « science du droit ». Faire de la science du droit, c'est encore faire du droit. En outre, celui-ci applique une hiérarchie de valeurs (morales, notamment) qui ne s'adaptent pas d'elles-mêmes aux faits (ex. : alors même que le Code civil ne reconnaissait que le mariage entre personnes de sexe différent, le concubinage homosexuel s'est imposé comme union de fait) <sup>230</sup>. Les faits résistent à l'application de la loi <sup>231</sup> qui, de son côté, s'efforce souvent de les infléchir. Fait et droit s'opposent.

Pour toutes ces raisons, il n'y a guère de place pour une « *science du droit* », sauf à extraire totalement cette discipline du droit en l'assimilant à la méthodologie, à l'épistémologie juridique ou encore à la philosophie du droit <sup>232</sup>.

2<sup>o</sup>) Pour autant, le droit entretient des relations étroites et quotidiennes avec le fait : un magistrat apprécie les faits avant de statuer ; les normes juridiques ont des conséquences de fait (économiques, sociales, familiales, etc.) ; les nouvelles règles qui forment le « droit souple » (*supra*) veulent approcher les faits au plus près. Cette **proximité** est accentuée dans les matières abreuvées de

technologie et de données scientifiques (ex. : le droit des brevets, le droit de la bioéthique médicale, le droit de l'informatique, le droit de l'environnement).

On s'interroge alors sur la meilleure façon par laquelle le droit pourrait ordonner les sciences et les techniques nouvelles afin de les concilier avec les exigences démocratiques et de protéger l'intérêt général (par exemple, en édictant un statut de l'expert qui garantit son objectivité et combat les conflits d'intérêts, en imposant une information du public sur les risques sanitaires ou industriels). Ces règles formeraient un « technodroit », visant à réinsuffler l'intérêt général dans le droit technique <sup>233</sup>.

En tout état de cause, le juriste doit constamment s'interroger sur ce qui confère à une prescription quelconque une autorité juridique. Cette recherche conduit à étudier deux catégories de sources du droit <sup>234</sup> : les sources idéales (I) qui impriment au droit son caractère rationnel ; les sources formelles (II) qui le dotent d'un caractère impératif <sup>235</sup>.

## I. — Sources idéales

**37. Les forces créatrices du droit** <sup>236</sup>. – Les forces créatrices du droit sont complexes. Il en est de purement matérielles, d'autres plus idéales.

François Gény <sup>237</sup> appelait « *donné* » un fonds de vérités, accessible à la seule intuition, dont le rôle serait de fournir au droit positif des directives, de lui imprimer un mouvement vers le droit idéal (le « *juste objectif* ») et de l'inciter à s'adapter aux évolutions de la société <sup>238</sup>. Une fois ce droit idéal aperçu, le juriste peut recourir à un ensemble de techniques juridiques artificielles (tels les fictions ou le formalisme), conçues par sa propre intelligence (d'où le nom de « *construit* »), pour le mettre concrètement en œuvre. Le « donné de Gény » connaît quatre manifestations <sup>239</sup> : le *donné historique*, legs de l'histoire (droits anciens, vicissitudes sociales, économiques et politiques) au système juridique contemporain ; le *donné réel ou naturel*, constitué des données brutes de la réalité factuelle ou physique (géographie, physiologie ou psychologie humaine), prépondérante dans certains domaines (par ex. le droit de la filiation) ; le *donné rationnel*, soit les catégories *a priori* de la raison humaine, la logique formelle, l'évidence, la non-contradiction, qui ont leurs limites <sup>240</sup>. Le donné le plus important est le *donné idéal*, fruit d'un jugement de valeur déterminé par nos conceptions morales, religieuses ou philosophiques, formé par nos sentiments intimes d'humanité et

d'équité, par notre sens du but et des exigences de la société.

Les sources idéales du droit sont elles-mêmes diverses. Le donné idéal se répand dans le droit : outre les valeurs morales <sup>241</sup>, il y a le droit naturel (A) et l'équité (B) <sup>242</sup>.

## A. LE DROIT NATUREL <sup>243</sup>

**38. Définitions.** – Définir le droit naturel est un exercice difficile tant l'expression a revêtu de significations au cours de l'histoire.

Les termes « droit » et « nature » s'entendent eux-mêmes diversement depuis des siècles <sup>244</sup>. Cette nature est-elle celle de l'homme civilisé ou de l'anthropophage, est-elle l'état de paix ou de guerre, est-elle donnée par l'instinct, la raison ou Dieu ? Est-il question d'un droit objectif ou (selon le vocabulaire moderne) de droits subjectifs, (le droit naturel renfermant les droits de l'homme) ? Cependant, les jusnaturalismes des philosophes grecs (Platon, Aristote, les stoïciens), des juristes romains (Cicéron, Gaïus, Ulpian), de la doctrine médiévale chrétienne (Saint Thomas d'Aquin <sup>245</sup>, Saint Isidore de Séville) ou juive <sup>246</sup>, de l'École du droit de la nature et des gens (Suarez <sup>247</sup>, Grotius, Pufendorf, d'Holbach, Wolff, Leibniz) et des philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle (Locke, Rousseau) présentent des traits communs <sup>248</sup>.

En premier lieu, le droit naturel est invariable à la fois dans l'espace <sup>249</sup> et dans le temps <sup>250</sup> : universel et immuable <sup>251</sup>. En deuxième lieu, il est supérieur aux volontés humaines <sup>252</sup> : les rois et les lois positives ne peuvent en fixer ou en modifier le contenu <sup>253</sup> ; bien au contraire, ils doivent tendre vers les lois naturelles car le juste naturel est l'idéal du droit positif. Les règles du droit naturel, en troisième lieu, sont enseignées « *aux hommes par la lumière de la raison* » alors que les « *lois arbitraires (positives) n'ont leur effet qu'après qu'elles ont été publiées pour être connues* » <sup>254</sup>. Le droit naturel est donné à l'homme par son évidence rationnelle <sup>255</sup> : il n'est donc pas nécessaire de le promulguer <sup>256</sup> ; il n'est ni écrit <sup>257</sup> ni révélé par la lecture des journaux officiels ; même un analphabète peut le saisir <sup>258</sup>. L'objet du droit naturel, en dernier lieu, est moral : il établit ce qui est bon ou mauvais en soi et définit le moral ou l'immoral <sup>259</sup>, alors que le droit positif n'énonce ; que ce qui est licite ou illicite et définit des actes d'abord « *utiles* » <sup>260</sup>,

souvent neutres au regard de la morale.

L'acception la plus ancienne et la plus fondamentale du droit naturel se trouve dans le cri d'Antigone qui, pour l'éternité, a condamné les lois injustes [261](#).

**39. Critique du droit naturel.** – Le droit naturel a souvent suscité le scepticisme et s'est attiré beaucoup d'ironie. Ses détracteurs lui ont reproché de ne fournir qu'une quantité dérisoire de règles [262](#) ou de n'édicter que des truismes [263](#).

Ce reproche est déplacé, tout comme l'était, au XIX<sup>e</sup> siècle, la volonté chez certains de dégager un nombre plus important de règles de droit naturel, quitte à le redéfinir [264](#) : le droit naturel n'a jamais eu vocation à fournir un catalogue complet de maximes générales ou de règles prêtes à l'emploi [265](#). Il se borne à inspirer le droit positif. Bien plus, il aiguillonne et inquiète en permanence le droit positif pour l'empêcher de se dissoudre dans un discours trop technique [266](#).

**40. Traductions du droit naturel en droit positif.** – Ses traductions concrètes ne manquent pas.

Ainsi, en procédure civile, la Cour de cassation a-t-elle reconnu que « *la défense étant de droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été interpellé et mis en demeure de se défendre* » [267](#). Comme l'écrivait Henri Motulsky, les principes de la contradiction et du respect des droits de la défense sont « *suprapositifs* » [268](#). De la même façon, en droit pénal, « *la défense de soi-même est de droit naturel [...], étant autorisée par la loi positive comme par la loi naturelle* » [269](#). Nul ne peut prétendre ignorer une règle que le droit naturel enseigne : « *l'obligation de loyauté et de sincérité s'impose en matière contractuelle et nul ne saurait voir sa responsabilité engagée pour n'avoir pas rappelé à une partie ce principe de bonne foi élémentaire ou les conséquences de sa transgression* » [270](#). Le devoir de bonne foi illustre le poids du jusnaturalisme. D'une manière générale, le droit protège la dignité humaine, notamment celle du corps humain, même après la mort ; le cadavre a vocation à être inhumé (*cf.* le cri d'Antigone, *supra*) ou incinéré ; c'est dire que des corps humains disséqués ne peuvent être offerts au regard curieux du public dans une exposition macabre [271](#) ; de même, les restes des morts, telles les cendres, « *doivent être traités avec respect, dignité et décence* » (art. 16-1-1, L. 19 déc. 2008 [272](#)). D'ailleurs, « *le principe d'ordre public, selon lequel le respect dû au corps humain ne cesse pas avec la mort, préexistait à la loi du 19 décembre 2008 d'où est issu l'article 16-1-1 du Code civil* » [273](#).

Des conventions internationales excluent le principe de légalité des délits et des peines (doté pourtant d'une valeur constitutionnelle) pour le jugement d'actes criminels selon les « *principes généraux du droit reconnus par l'ensemble des nations* » [274](#). Plus largement, l'art. 38, § 1, c) du

Statut de la Cour internationale de justice (ONU) élève les « *principes généraux de droit reconnus par les Nations civilisées* » au rang de sources du droit international. De même, la CEDH estime que l'interdiction de la torture et la nécessité de poursuivre les auteurs de ce crime ont valeur de « *norme impérative, c'est-à-dire de jus cogens* » au sens du droit international public, soit une « *règle universelle* » <sup>275</sup>. Le droit naturel est sous-jacent dans ces formules.

Aux frontières de la vie, le législateur éprouve le poids du droit naturel qui paralyse sa liberté normative. Ainsi, soucieux de contenter une partie de l'opinion (émue par le fait divers d'une mère qui avait tenté de tuer son fils gravement handicapé afin d'abréger ses souffrances), le Parlement n'a pas adopté la législation sur l'euthanasie qu'elle réclamait. La loi Léonetti du 22 avril 2005 relative à la « *fin de vie* » dispose que les actes de soins « *ne doivent pas être poursuivis par une obstination déraisonnable* » et, lorsqu'ils ne tendent qu'au maintien artificiel de la vie, peuvent être « *suspendus ou ne pas être entrepris* » <sup>276</sup>. Dans l'affaire *Vincent Lambert*, le Conseil d'État, approuvé par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), a ainsi jugé légale la décision prise par une équipe médicale de mettre fin à l'alimentation artificielle d'un patient en état végétatif, atteint de lésions cérébrales graves et irréversibles <sup>277</sup>. La loi Léonetti du 22 avril 2005 relative à la « *fin de vie* » dispose que les actes de soins « *ne doivent pas être mis en œuvre ou poursuivis lorsqu'ils résultent d'une obstination déraisonnable* » ; bien plus, lorsqu'ils ne tendent qu'au « *maintien artificiel de la vie* », ils peuvent être « *suspendus ou ne pas être entrepris* » (C. santé publ., art. L. 1110-5 et L. 1110-5-1). Plus encore, la **loi du 2 février 2016 permet d'administrer au patient, à sa demande, une « *sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience maintenue jusqu'au décès* »** lorsque la souffrance est « *réfractaire aux traitements* » ou « *insupportable* » (C. santé publ., art. L. 1110-5-2 et L. 1110-5-3). Mais tout acte donnant intentionnellement la mort reste un meurtre. Ainsi, la Cour EDH n'a pas condamné la loi anglaise qui condamnait le suicide assisté par compassion <sup>278</sup>. Le droit naturel érige un interdit absolu : « *Tu ne tueras point* » <sup>279</sup>. Rares sont les lois – voire les comités d'éthique – qui s'en affranchissent <sup>280</sup>.

Si le positivisme juridique et l'éclat du Code civil ont éclipsé le droit naturel au XIX<sup>e</sup> siècle (*Naturrechtsphobie*), les barbaries du XX<sup>e</sup> siècle ont ravivé la foi dans ce droit suprapositif, inné chez l'homme. Les droits de l'homme sont le plus remarquable avatar du droit naturel <sup>281</sup> qui ait pénétré en droit positif, d'abord par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, puis avec la Convention européenne des droits de l'homme de 1950.

**41. Droits de l'homme** <sup>282</sup>. – Les droits de l'homme suscitent aujourd'hui un grand engouement, une sorte de religion et de vives oppositions <sup>283</sup>. En droit, la controverse résulte de ce qu'ils sont loin de tous appartenir au droit positif. La « *première génération* » a acquis droit de cité dans les constitutions nationales. Sont apparues ultérieurement

une deuxième, une troisième <sup>284</sup> puis une quatrième génération.

L'application des droits de la *deuxième* génération (ou « droits individuels-créances » ; ex. : le droit au travail) suppose réalisées des conditions de prospérité économique exceptionnelles et l'octroi de subventions par l'État, débiteur actif de ces droits envers ses ressortissants (ce sont des « droits à »). Au contraire, les droits de la *première* génération (ou « droits individuels-libertés » ; ex. : la liberté d'expression, le droit de propriété) n'imposent à l'État qu'une abstention et une tolérance passives à l'égard des individus (ce sont des « droits de »). Ce sont les « vrais » droits de l'homme et surtout les plus effectifs. Les droits de la *troisième* génération (ou « droits collectifs-libertés » ; ex. : droit des peuples à disposer d'eux-mêmes) supposent une abstention des autres États. Ceux de la *quatrième* génération (ou « droits collectifs-créances » ; ex. : le droit au développement) supposent l'assistance active de la communauté internationale au profit des États créanciers (sur ces catégories de droits et leur valeur juridique <sup>285</sup>).

La Constitution française se trouve elle aussi entachée de ce verbalisme. La loi constitutionnelle du 1<sup>er</sup> mars 2005 lui ajoute une « Charte de l'environnement » qui reconnaît, par exemple, le « *droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé* » (art. 1<sup>er</sup>) et affirme qu'elle « *inspire l'action européenne et internationale de la France* » (art. 10). Il est artificiel de mêler la sauvegarde de l'environnement aux droits de l'homme. Le « *principe de précaution* », consacré à l'article 5, s'en trouve édulcoré <sup>286</sup>. La Charte de l'environnement s'est vu reconnaître logiquement une valeur constitutionnelle <sup>287</sup> mais le flou juridique qui entoure ses dispositions limite son effet direct <sup>288</sup>.

Les droits de l'homme ont proliféré – au risque d'en dénaturer le concept <sup>289</sup> – au sein de textes, imprécis dans leur objet <sup>290</sup> ou leurs bénéficiaires <sup>291</sup> et dépourvus de sanction <sup>292</sup>. Ces maux ne sont pas irréversibles : d'un texte vague le juge tire parfois une nouvelle règle obligatoire <sup>293</sup>.

En revanche, l'attitude consistant à qualifier de droit n'importe quel désir afin d'appuyer une revendication égoïste <sup>294</sup> est une dérive. Au nom des « droits fondamentaux », certains revendiquent un droit à l'enfant pour justifier la pratique des mères porteuses et la procréation artificielle, un droit à la mort paisible pour justifier l'euthanasie et le suicide, des droits au bonheur, au savoir, à la richesse, à l'homoparentalité. Ces revendications font perdre aux droits fondamentaux leur sens car ils cessent d'incarner des valeurs universelles dont tout « citoyen du monde » peut se réclamer. Au surplus, elles suscitent une vive répulsion dans le monde musulman <sup>295</sup>.

## B. L'ÉQUITÉ

**42. Définition.** — L'équité <sup>296</sup> revêt une double signification — aristotélicienne et stoïcienne - <sup>297</sup>, puisée dans la notion grecque d'*epieikeia*.

1°) L'équité aristotélicienne (objective) est une espèce de justice qui adapte la justice légale aux circonstances de fait pour la rapprocher de la vraie justice, la justice absolue <sup>298</sup>. Appliquée à certains cas non prévus par le législateur, la loi révèle des lacunes ou des ambiguïtés, conséquences de sa généralité. Une application littérale et rigoureuse de la norme légale produirait alors une injustice. L'équité, précisément, intervient ici comme un « *correctif de la loi* » <sup>299</sup>. Le juge est, par excellence, le ministre de cette équité <sup>300</sup>. Ainsi, à Rome, le droit prétorien se définissait-il comme « *le droit que les préteurs ont introduit pour seconder, suppléer ou corriger le droit civil* » <sup>301</sup> ; de même, en Angleterre, à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, des règles d'*Equity* vinrent corriger celles, trop strictes, de la *Common Law* <sup>302</sup>. Cette équité, entendue comme une méthode d'interprétation d'une loi trop rigoureuse ou lacunaire, qu'elle adapte aux circonstances concrètes ou supplée, est encore celle de Saint Thomas <sup>303</sup> et d'auteurs de l'Ancien droit <sup>304</sup>. Cette opposition de l'équité au droit strict est devenue universelle : l'*epieikeia* s'oppose au *nomos*, l'*æquitas* au *jus*, l'*Equity* à la *Common Law*, la *Billigkeit* au *strenges Recht*.

2°) L'équité des stoïciens (subjective) est tout autre. Elle désigne un sentiment intérieur invitant l'être à la clémence, à la bienveillance, à l'humanité envers autrui. Tel est le sens de l'*æquitas* romaine chez Cicéron <sup>305</sup> qui, sous l'influence croissante du christianisme, sera appelée *humanitas*, *pietas* ou *caritas* (humanité, piété ou charité), notamment au XVII<sup>e</sup> siècle par les jusnaturalistes <sup>306</sup> et Domat <sup>307</sup>. L'équité se trouve ainsi associée à des vertus chrétiennes, telles la compassion, la charité, la bienfaisance, la *philanthropia* ou la *misericordia* <sup>308</sup>. Cette coloration affective, absente de la pensée stoïcienne, se manifeste au travers de l'*æquitas canonica* <sup>309</sup>, l'une des sources du droit canon <sup>310</sup>. De nos jours, quelques rares tribunaux admettent sans ambages que « *le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi* » (selon un jugement du « bon juge Magnaud » au XIX<sup>e</sup> siècle que François Gény rendit célèbre en le critiquant) <sup>311</sup>.

Toutefois, la clémence n'est réellement équitable que si elle est désintéressée (ex. : une amnistie, une remise gracieuse) : celle qui appelle une contrepartie est intéressée, à l'image des procédures de « clémence » (*clemency programs*) en droit français et européen de la concurrence (C. com., art. L. 464-2, IV) ou des réductions de peine octroyées aux « repentis » (C. pén., art. 132-78) moyennant la dénonciation de pratiques illicites ou criminelles <sup>312</sup>.

**43. Que Dieu nous garde de l'équité des Parlements !** – Sous l'Ancien Régime, l'équité souffrit des accusations jetées sur les Parlements dont la jurisprudence, immotivée et secrète, servit souvent les ambitions politiques des gens de robe. Cet arbitraire judiciaire était dissimulé derrière une équité de façade, l'« *équité cérébrine* » <sup>313</sup>, qui

inspira une vive méfiance au roi <sup>314</sup> et au peuple, comme en témoigne le brocard <sup>315</sup>.

En Angleterre, selon une opinion célèbre, « *l'Equity varie avec la longueur du pied du Chancelier* » <sup>316</sup>. Ce n'était qu'une boutade : tout à l'inverse de l'équité cérébrine en France, l'*Equity* anglaise est un corps de règles véritables qui devint l'instrument de la lutte que le roi et son chancelier menèrent avec succès contre le Parlement et les cours de *Common Law* <sup>317</sup>.

**44. L'équité n'est pas une règle.** – En France, l'équité n'est pas une source du droit ni, en elle-même, une règle de droit. Une règle de droit est par essence abstraite, générale et permanente, ce qui en garantit la sécurité et la prévisibilité, alors que l'équité est par nature concrète, particulière et éphémère, ce qui engendre incertitude et imprévisibilité, sans compter le risque d'arbitraire du juge : le contraire d'une règle de droit.

Le juge ne peut donc se fonder sur l'équité au lieu et place d'une loi claire <sup>318</sup>, ni faire échec aux clauses d'un contrat dépourvues d'ambiguïté <sup>319</sup>.

Cependant, le juge civil (C. pr. civ., art. 12, al. 5) <sup>320</sup> ou l'arbitre (*ibid.*, art. 1474) peut être investi par les parties de la « *mission de statuer comme amiable compositeur* » : il est alors affranchi des règles de droit et tenu de statuer en équité <sup>321</sup>. Mais, selon une pente fatale, l'amiable compositeur (notamment dans le commerce international) tend à « juridiciser » l'équité. Avidé de références normatives, il puise aux sources qui lui sont les plus familières : les règles de son droit national <sup>322</sup>. Un tel renversement trahit sa mission : l'arbitre statuant comme amiable compositeur qui se prononce exclusivement par application des règles de droit doit s'expliquer sur leur conformité à l'équité <sup>323</sup> en s'y référant expressément <sup>324</sup>.

**45. Fonctions de l'équité.** – Si elle n'est pas une *source de droit*, l'équité – objective et subjective – demeure une *source d'inspiration* du droit positif, un élément du donné idéal qui l'irrigue, à l'instar du droit naturel. Elle connaît plusieurs types d'applications.

1<sup>o</sup>) Il existe, en premier lieu une équité *intra* ou *secundum legem*, agissant en vertu d'un renvoi de la loi à l'équité. Ce renvoi peut être exprès : ainsi, selon l'article 1194 (anc. art. 1135) du Code civil, « *les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à*

toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi » <sup>325</sup> ; plus surprenant, l'article 565 (presque jamais appliqué) subordonne l'accession mobilière aux « *principes de l'équité naturelle* » <sup>326</sup>. Le renvoi est plus souvent implicite : il revêt, par exemple, les traits d'un pouvoir modérateur ou sanctionnateur offert au juge, qu'il peut exercer sur un contrat déséquilibré <sup>327</sup>.

2°) En deuxième lieu, une équité *praeter legem* vient exercer une fonction supplétive de la loi : une interprétation extensive ou analogique de la loi par le juge en est le support privilégié. Ainsi l'action *de in rem verso*, « *n'ayant été réglementée par aucun texte de nos lois* », a été déduite du « *principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui* » <sup>328</sup>, lui-même induit de textes épars du Code civil <sup>329</sup>.

3°) En troisième lieu, une équité *contra legem* assume une fonction correctrice, voire subversive, du droit strict : ses vecteurs sont, notamment, les fictions, le recours à la *ratio legis* (l'esprit du droit), le choix d'une qualification juridique un peu artificielle, les adages du droit français <sup>330</sup>, diverses théories prétoriennes modérant l'automatisme du droit écrit (tel l'abus de droit <sup>331</sup>), etc.

4°) En quatrième lieu, le juge a souvent dans une affaire une **impression** intuitive venant de son sens naturel de l'équité ; sans le dire, après réflexion, il l'habillera de constructions juridiques.

5°) Enfin, la Convention européenne des droits de l'homme impose de respecter le droit à un « *procès équitable* » (art. 6, § 1), formule vague, souvent appliquée.

## II. — Sources formelles

**46. Droit positif : sources formelles et non formelles.** — La doctrine classique opposait les « *sources formelles* » aux « *sources non formelles* » du droit objectif <sup>332</sup>.

1°) Une **source formelle** est la forme officielle que revêt chaque règle qui relève du droit, un moule dans lequel elle naît à la vie juridique. Cette forme, qui lui confère notamment son caractère obligatoire, est l'attribut d'une autorité compétente, variable selon les cultures juridiques. Il peut s'agir de la force de la tradition, qui donne naissance à la coutume <sup>333</sup> ; il s'agit plus souvent de la volonté des organes détenteurs du pouvoir politique : la loi votée par le Parlement (pouvoir législatif) ou le règlement édicté par le gouvernement (pouvoir exécutif). Les sources formelles alimentent le droit positif. À cet égard, la jurisprudence (pouvoir judiciaire) est devenue aussi une source formelle du droit, l'égal de la loi et de la coutume <sup>334</sup>.

2°) Les **sources non formelles** ne recouvrent ni des normes non juridiques (telles les règles sociales, relevant du « non-droit » <sup>335</sup>), ni les « forces créatrices » du droit (par exemple, le droit naturel et l'équité, « sources idéales » du droit <sup>336</sup>). Bien qu'elles aient été parfois qualifiées de « *sources réelles* » <sup>337</sup>, les forces créatrices n'appartiennent pas au droit positif.

Les sources non formelles désignent de véritables règles juridiques mais découlant d'autorités officieuses, non investies du pouvoir de créer officiellement du droit, qu'elles soient privées ou même publiques. Dans le langage juridique moderne, les normes qui naissent de sources non formelles forment un « droit spontané » <sup>338</sup> ou, selon l'expression la plus répandue, un « droit souple » (*soft law*) <sup>339</sup>.

La notion de source non formelle est particulièrement vivace en droit international, où s'applique la *lex mercatoria*, l'ensemble des usages du commerce international <sup>340</sup>.

C'est de sa *source* qu'une norme tire ses *caractères*. Les normes sociales ou idéales se révèlent, de par leur origine, concrètes, particulières et non coercitives. Au contraire, les règles du droit positif sont abstraites, générales, permanentes et obligatoires.

## 47. Caractères abstrait, général et permanent ; sécurité

**juridique.** – La règle de droit est **abstraite** en ce qu'elle est impersonnelle. Elle n'est pas destinée à régir des cas particuliers. Commune à tous, elle vaut pour toutes les personnes et toutes les choses se trouvant dans la situation juridiquement définie.

La règle de droit est **générale** dans l'espace : elle s'applique de la même manière en tous lieux du territoire français (art. 1<sup>er</sup>). Cependant, elle n'est pas universelle : les différences entre lois nationales et étrangères provoquent des « *conflits de lois* dans l'espace » intéressant le droit international privé.

La règle de droit est **permanente** quand elle est durable et constante dans le temps : seule son abrogation expresse ou tacite (jamais par désuétude <sup>341</sup>) met un terme à son existence. Cependant, elle n'est pas perpétuelle : les réformes législatives provoquent des conflits de lois dans le temps intéressant le droit transitoire.

Ces trois caractères congénitaux de la règle de droit (parfois contestés <sup>342</sup>) ont une immense vertu. Ils confèrent une *prévisibilité* : les sujets de droit peuvent connaître par avance son contenu et déterminer en conséquence leur comportement. La prévisibilité est garante de *sécurité juridique* <sup>343</sup> : un acte dont la validité est acquise à l'instant présent ne doit pas être remis en cause par un bouleversement ultérieur du droit. Mais la sécurité juridique subit de graves atteintes, provenant de lois rétroactives ou de revirements de jurisprudence <sup>344</sup>. L'imprévisibilité et l'insécurité juridiques sont des ferments d'arbitraire et d'injustice.

Un « principe de sécurité juridique » digne de ce nom préserverait l'abstraction, la généralité, la permanence et la prévisibilité de la règle de droit en fustigeant les lois de circonstances, temporaires, symboliques, rétroactives, lacunaires ou simplement inintelligibles, les revirements de jurisprudence intempestifs, etc. Il n'existe rien de tel en droit positif.

L'idée de sécurité juridique a vu le jour dans la jurisprudence communautaire en 1961 <sup>345</sup>. Le « principe général de la sécurité juridique » <sup>346</sup>, applicable aux institutions, aux États membres comme aux particuliers, d'une part, y véhicule les exigences de clarté, de précision et d'uniformité du droit dérivé et, d'autre part, sert à trancher les conflits de règles dans le temps (en interdisant par exemple la rétroactivité des actes communautaires) <sup>347</sup> ; il combat aussi les comportements dilatoires

ou générateurs d'incertitudes (en imposant par exemple des délais de préavis ou de prescription) <sup>348</sup>. La Cour européenne des droits de l'homme a ensuite franchi un pas décisif en intégrant la sécurité juridique dans les garanties du « droit à un procès équitable », au sens de l'article 6 § 1 Conv. EDH, qui ne sont elles-mêmes qu'un des aspects du « *principe de prééminence du droit* » dans une société démocratique <sup>349</sup>.

Le principe de sécurité juridique – comme le principe de confiance légitime, son pendant subjectif <sup>350</sup> – apparaît de façon logique dans la jurisprudence judiciaire ou administrative traitant de situations régies par le droit communautaire <sup>351</sup>. En revanche, le Conseil d'État avait longtemps hésité à intégrer les principes généraux du droit communautaire dans le bloc de légalité français interne <sup>352</sup>, à commencer par celui-là. Il est donc surprenant qu'il ait finalement cédé à la tentation de consacrer un « principe de sécurité juridique » inédit <sup>353</sup>. À l'usage, cette innovation s'est révélée une erreur. Les plaideurs ne cessent d'invoquer cette norme floue dont la Haute juridiction tire parfois des conséquences approximatives <sup>354</sup>. La sécurité juridique a toujours servi d'habillage à l'équité et au pouvoir discrétionnaire du juge <sup>355</sup>. Elle est un ferment d'*insécurité juridique*. Elle ne peut être un principe de droit interne. Elle doit y demeurer un objectif, une finalité, une inspiration.

Cette consécration paraît d'autant plus inutile que le principe est dédaigné en droit constitutionnel. Le Conseil constitutionnel reconnaît des « objectifs » ou des principes spécifiques inspirés par l'idéal de sécurité juridique mais s'abstient de l'ériger en principe, préférant s'appuyer sur les textes <sup>356</sup>. Enfin, quelques arrêts isolés de la Cour de cassation rendent un hommage à la « sécurité juridique » lors de l'application de textes de droit interne ou de l'article 6, § 1 Conv. EDH <sup>357</sup> ; mais ce propos est redondant et dénué de toute portée.

**48. Caractère obligatoire et sanction.** – Le caractère obligatoire de la règle de droit a pour corollaire sa nature coercitive : elle est assortie d'une sanction, une possible contrainte, elle-même susceptible de degrés. La sanction la plus énergique est l'exécution *immédiate* : à l'injonction du contrôleur, le voyageur sans billet doit descendre du train <sup>358</sup>. Elle peut aussi consister en une menace à plus ou moins brève *échéance* : une peine d'emprisonnement ou la nullité d'un acte prononcé par un tribunal. Enfin, la contrainte s'opère au deuxième degré lorsqu'elle vise à mettre à exécution une condamnation : le débiteur qui ne s'acquitte pas de la dette pour laquelle il a été condamné verra ses biens saisis et vendus au profit de son créancier.

Existe-t-il des règles de droit sans sanction ? La tradition *positiviste* (étatique) qui régna au XIX<sup>e</sup> siècle ne concevait pas une règle non assortie de sanction par l'État <sup>359</sup> : la règle n'existait qu'en impliquant la force, dont l'État était le détenteur exclusif. L'erreur de ce postulat a été dénoncée par les adeptes du *pluralisme juridique*. D'une part, l'État n'est pas la seule source du droit : la coutume ou le « droit spontané » en sont une également <sup>360</sup>, de même qu'il existe des sources informelles du

droit <sup>361</sup> et des droits propres à des groupements ou corporations privés. D'autre part, la contrainte n'est pas une condition indispensable à l'existence d'une règle de droit. D'abord, une règle ne connaît une application effective que si elle est spontanément reconnue comme obligatoire (par ex., les règles du Code de la route sont respectées plus parce qu'elles semblent raisonnables que par la peur du gendarme) ; sa mise en œuvre requiert une *réception* par son destinataire qui doit, d'une certaine façon, y adhérer <sup>362</sup>. Ensuite, il existe un droit international privé et public alors que, dans l'ordre international, nul n'est à même d'imposer une contrainte sans le relais des autorités d'un État. Dans l'ordre interne, en revanche, une règle de droit sans la moindre contrainte ne se conçoit guère <sup>363</sup> ; les règles non sanctionnées sont des règles infirmes (ex. : les règles d'interprétation du Code civil <sup>364</sup>). Si une contrainte est nécessaire, il importe peu qu'elle soit d'origine étatique ou privée (ex. : une sanction disciplinaire).

**49. *Soft law* : flou, doux et mou. – 1<sup>o</sup>)** Toute règle non sanctionnée n'est pas nécessairement une règle de « droit souple », lequel présente des caractères spécifiques. La doctrine a souligné à partir des années 1970 <sup>365</sup> le développement d'un « droit souple » (*soft law*), c'est-à-dire un droit flou (sans précision), doux (sans obligation) et mou (sans sanction ni contrainte) <sup>366</sup>. Celui-ci dirigerait les conduites de façon non autoritaire (en orientant ou en recommandant), exprimerait le souhaitable plutôt que l'obligatoire (en incitant ou en déclarant), nouerait un dialogue permanent avec ses destinataires dont l'adhésion serait recherchée. Il serait la traduction juridique d'un *soft power* (pouvoir de persuasion), opposé au *hard power* (pouvoir de la contrainte).

Ce droit souple serait nourri de résolutions, recommandations, déclarations, chartes et directives... nombreuses en droit international public où la contrainte étatique ne peut s'exercer mais qui se développent aussi dans les lois internes <sup>367</sup>. Il est également constitué par les codes de bonne conduite, chartes éthiques <sup>368</sup> et les différents types d'avis <sup>369</sup>. Il aurait pour pendant une justice souple incarnée par les modes de résolution amiable des litiges <sup>370</sup>.

Le Conseil d'État a consacré son rapport public 2013 au « droit souple » <sup>371</sup>. Il relève l'existence d'une « *échelle de normativité graduée entre le droit souple et le droit dur* » (la règle la plus souple étant celle qui se borne à exiger de son destinataire qu'il l'applique ou bien qu'il explique pourquoi il ne l'applique pas, selon la technique *comply or explain*. V. ci-après). Le Conseil d'État formule vingt-cinq propositions pour un « *emploi raisonné du droit souple* », dont l'utilité lui paraît indéniable. Le droit souple pourrait servir à la mise en œuvre du droit (public) dur ou même se substituer à lui. Il s'agirait, notamment, de rédiger des textes législatifs et réglementaires plus courts en renvoyant leur application technique au droit souple (directives, recommandations de bonnes pratiques). Encore faudrait-il vérifier au préalable, au travers d'un triple « test », que la règle de

droit souple sera *utile, efficace* (par ex., les normes techniques standardisées ou les contrats-types sont généralement adoptés par les acteurs économiques qui, au contraire, ignorent les recommandations des autorités publiques) et *légitime* (l'autorité qui édicte la règle de droit souple devant, par définition, susciter l'adhésion de ses destinataires).

2<sup>o</sup>) La *soft law* a pour avatars la « régulation » et l'« auto-régulation »<sup>372</sup>.

La première désigne, dans un sens restreint, une forme assouplie de réglementation couvrant des secteurs économiques qui relevaient d'anciens monopoles publics et furent ouverts à la libre concurrence (ex. : télécommunications, électricité, transports). Le « droit de la régulation » est donc d'abord le fruit des autorités administratives indépendantes (dites aussi de « régulation »)<sup>373</sup>. Il exprimerait à ce titre un « *nouveau rapport entre le droit et l'économie, [...] détaché du passage nécessaire par l'État et son organisation administrative* »<sup>374</sup>. Le concept de régulation sert aussi à habiller des phénomènes connus : ineffectivité de la règle de droit, utilisation de standards, influence des sources idéales du droit (morale, déontologie...), rôle du « non-droit » (ou droit spontané)<sup>375</sup> etc.

Dans un sens plus large que retient la doctrine anglo-saxonne, la « régulation » renvoie à une analyse socio-économique de l'intervention de l'autorité publique (l'État). La théorie (non plus le droit) de la régulation est une théorie libérale de l'intervention de la puissance publique, examinant les effets que celle-ci déploie dans le tissu économique, scrutant les équilibres en présence, soucieuse d'obtenir une efficacité maximale tout en respectant la loi du marché<sup>376</sup>. La régulation est, à ce titre, une notion-clef des doctrines américaines de l'*Analyse économique du droit*<sup>377</sup>.

En tout état de cause, la régulation n'intervient que sur un marché, pour organiser la production ou la distribution de biens et de services intrinsèquement licites : on ne « régule » pas le meurtre ou le viol<sup>378</sup>.

L'*auto-régulation* recouvre des normes secrétées par des organismes privés non institutionnels (ex. : règlement intérieur d'une entreprise ou d'un ordre professionnel ; codes de bonne conduite élaborés par des syndicats patronaux à l'usage des sociétés cotées ; règles édictées par des organismes internationaux privés dans le secteur financier ou dans le domaine de l'internet) ; elle est souvent associée au concept de « *gouvernance* » (privée). De façon plus originale, des organismes non institutionnels peuvent être constitués auprès d'institutions publiques afin d'inspirer leur action législative : ce phénomène se nomme la « comitologie »<sup>379</sup>.

Les normes de régulation auraient plusieurs vertus : elles afficheraient une proximité avec leurs destinataires qui éprouveraient en retour une confiance accrue envers le régulateur ; elles seraient plus faciles (c'est-à-dire, en termes d'analyse économique, moins coûteuses) à comprendre, à accepter et à appliquer ; elles soulageraient l'État d'interventions normatives (en réalité, si la régulation est née de la libéralisation ou « déréglementation » de certains secteurs, elle n'a pas engendré moins de droit mais bien davantage).

3°) Toutefois, la *soft law* tend inexorablement à se durcir et à s'étatiser : les directives de l'Union européenne fixent des obligations extrêmement précises <sup>380</sup> ; le Conseil d'État a progressivement admis que des circulaires, de simples « lignes directrices » édictées par l'Administration <sup>381</sup> ainsi que « *les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation* » soient frappés d'un recours pour excès de pouvoir, sous certaines conditions <sup>382</sup> ; les principales autorités administratives indépendantes (de régulation) exercent d'ailleurs un pouvoir réglementaire et disciplinaire ; les codes de déontologie majeurs sont approuvés par arrêté ministériel ; les déclarations d'objectifs que faisait le législateur l'exposent à la censure du Conseil constitutionnel au motif que « *la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » <sup>383</sup>. La *soft law* est largement institutionnelle. Le déclin de la norme impérative, étatique et autoritaire est une illusion. Quant à l'« auto-régulation » – qui a accompagné la « déréglementation » –, son incapacité à prévenir les abus et les conflits d'intérêts (notamment dans les sociétés cotées ou le secteur financier) a incité les législateurs nationaux et communautaire – qui s'étaient laissés séduire par cette *soft law* importée des États-Unis <sup>384</sup> – à plus de méfiance et au rétablissement de règles contraignantes <sup>385</sup>.

Le mouvement de balancier est incessant. Lorsque la *soft law* se durcit ou échoue à influencer les comportements, elle tend à se renouveler voire à accentuer ses traits caractéristiques. Ainsi, la difficulté d'harmoniser les législations nationales par voie de directive dans une Union européenne élargie à vingt-huit États membres et inhibée par des procédures législatives complexes, plus le constat de l'inefficacité des avis, recommandations et autres déclarations, ont conduit à inventer la « méthode ouverte de coordination » (MOC). Conçue comme un outil informel de définition d'objectifs communs, la MOC conduit le Conseil européen (depuis celui de Lisbonne des 23-24 mars 2000) – et non la Commission, cantonnée dans un rôle d'appui <sup>386</sup> – à édicter des normes non contraignantes (« lignes directrices ») en divers domaines (social, notamment <sup>387</sup>). Elle se singularise par une flexibilité et une subsidiarité accrues par rapport aux normes obligatoires. Mais l'absence de contrôle comme de sanction en cas de non-respect et la légitimité incertaine du Conseil européen (organe politique) lui confèrent une faible autorité <sup>388</sup>, ce qui reste la grande faiblesse de la *soft law*.

## SECTION III

### LES DROITS SUBJECTIFS

**50. Ce qui est à moi est à moi.** – Les individus ont un certain nombre de prérogatives, des droits individuels. En termes plus techniques, les « sujets de droit » jouissent de « droits subjectifs » <sup>389</sup>. Ces prérogatives sont la traduction juridique d'un sentiment très instinctif : le tien et le mien (ce qui est à moi est à moi). Si instinctif, naturel et primitif qu'il paraisse, il a suscité de nombreuses controverses (§ 1). Sa mise en cause apparaît aussi en droit positif : l'usage des droits est limité par l'abus des droits (§ 2).

Les libertés se distinguent des droits subjectifs. En premier lieu, la liberté est une « *prérogative discrétionnaire, qui peut s'exercer dans toutes directions, parce que précisément elle est la liberté* » <sup>390</sup>. Ainsi la liberté matrimoniale suppose-t-elle celle de se marier ou de ne pas se marier, la liberté du travail implique de pouvoir travailler comme de demeurer oisif, la liberté contractuelle est celle « de contracter ou de ne pas contracter » (art. 1102). En revanche, il n'existe pas de droit au mariage, de droit au travail ou de droit au contrat. En deuxième lieu, l'attribution d'une liberté est inconditionnée et égalitaire : tout le monde en est titulaire, sans conditions. En revanche, l'octroi d'un droit subjectif obéit à des conditions définies, reposant sur une cause de préférence, et s'avère donc inégalitaire <sup>391</sup>. Ces différences expliquent qu'il n'y a pas d'abus de libertés <sup>392</sup> : l'abus ne saisissant que des droits définis, il est inapte à saisir une virtualité indéfinie de droits <sup>393</sup>. Toutefois, cette distinction peut sembler artificielle. Certains droits subjectifs ne confèrent-ils pas aussi à leur titulaire une liberté (ainsi le droit de propriété rend le propriétaire libre d'user ou de ne pas user de sa chose) ? De même, les droits de la personnalité (ex. : le droit au respect de la vie privée, art. 9) sont accordés à tous sans conditions. Mais un droit peut offrir une faculté d'agir ou de ne pas agir librement sans pour autant devenir une liberté ; en outre, les droits de la personnalité ne sont ni des libertés publiques ni des droits subjectifs mais des libertés civiles.

La notion de « droit fondamental » renvoie à une autre réalité (v. *infra*, n° <sup>333</sup>).

## § 1. LES QUERELLES DU DROIT SUBJECTIF

**51. Une querelle interminable : existence et définition.** – Le droit subjectif est l'expression juridique d'une philosophie individualiste et libérale : parce que l'homme est libre, il a des droits ; parce qu'il a des

droits, il est libre. Cette philosophie a subi de vives critiques au cours du siècle écoulé : la notion de droit subjectif a été l'objet d'une querelle agitée. Les critiques du passé paraissent aujourd'hui obsolètes au regard de l'essor qu'a connu la notion.

1°) La controverse porta d'abord sur l'**existence** de la notion. Certains y ont vu une invention moderne, datant du XIV<sup>e</sup> siècle, inconnue en droit romain <sup>394</sup>. De façon plus radicale, des auteurs nièrent l'existence des droits subjectifs <sup>395</sup>, négation qui prit de l'ampleur avec le marxisme <sup>396</sup>. Usant d'un procédé habituel, d'autres remplacèrent le mot en conservant le concept sous un nouvel habillage <sup>397</sup>. Mais il est impossible de rendre compte des pouvoirs individuels s'exerçant dans les rapports juridiques sans parler de droit subjectif <sup>398</sup>.

2°) Parallèlement, un débat s'est ouvert sur la **définition** du droit subjectif. Six définitions principales <sup>399</sup> furent proposées. 1) Le droit subjectif serait un pouvoir de la volonté selon Windscheid <sup>400</sup>, pandectiste allemand du XIX<sup>e</sup> siècle, qui reconnaît à l'individu une puissance souveraine : si le sujet veut user d'une norme de droit objectif, celle-ci devient *son* droit. Mais c'est confondre droit et exercice du droit ; en outre, celui qui ignore ses droits (ex. : l'incapable) n'en est pas moins titulaire. 2) Il serait un « *intérêt juridiquement protégé* », écrit Ihering, sous l'influence du droit romain <sup>401</sup>. Mais affirmer que la protection juridique qu'accorde l'État transforme un intérêt de fait en droit subjectif n'explique rien ; c'est retourner la question. 3) Le droit subjectif serait un « *lien d'appartenance* » et un « *pouvoir de maîtrise* » selon le Belge Jean Dabin <sup>402</sup> ; la définition est difficilement réfutable, sans doute parce qu'elle est vague. 4) Les droits subjectifs seraient les droits fondamentaux de la personne, dans le courant du néo-libéralisme contemporain <sup>403</sup> et des libertariens américains <sup>404</sup>. Mais les droits fondamentaux sont davantage des libertés (publiques ou civiles) ou, à tout le moins, des droits d'une nature particulière. 5) De façon plus marginale, un auteur aperçoit dans le besoin la source du droit subjectif <sup>405</sup>, ce qui est passablement explosif et pourrait entraîner une révolution permanente. 6) Une forme hypertrophiée du droit subjectif est le « droit à » <sup>406</sup> que le législateur qualifie d'« opposable », comme si cela n'allait pas de soi (ex. : le « droit au logement opposable » L. n° 2007-290, 5 mars 2007).

La meilleure explication est sans doute au confluent : le droit subjectif est un avantage (un avoir) et une prérogative, opposable à autrui, au besoin par la contrainte.

## § 2. L'ABUS DES DROITS

À peine de rendre impitoyables les droits et inhumaine la société, les pouvoirs des individus sont limités. Une théorie jurisprudentielle bride leur absolutisme.

52. *Summum jus summa injuria.* – L'abus des droits est une très

vieille notion <sup>407</sup>, même si la théorie ne s'est édifiée qu'à partir du XIX<sup>e</sup> siècle <sup>408</sup>. Une maxime de Cicéron en résume l'esprit : *Summum jus summa injuria* <sup>409</sup>, un droit exercé à l'extrême produit une extrême injustice.

Par-delà cette idée simple, la doctrine, la jurisprudence et la loi cultivent chacune une conception différente de l'abus.

**53. Doctrine.** – L'abus de droit fut un des sujets favoris de la doctrine civiliste au début du XX<sup>e</sup> siècle : Marcel Planiol, Raymond Saleilles, Georges Ripert, Louis Josserand, Henri Capitant s'affrontèrent sur ce thème <sup>410</sup>. La thèse la plus marquante fut celle de Josserand <sup>411</sup> : les droits subjectifs seraient des « *droits-fonctions* » à « *esprit altruiste* » et non égoïste ; l'abus consisterait en un détournement du droit de sa mission et de sa finalité sociales ; l'absence de « *motif légitime* » en serait le critère <sup>412</sup>. La jurisprudence est plus complexe et ne retient pas qu'un seul critère.

**54. Jurisprudence.** – Le principe demeure que l'exercice d'un droit est légitime même s'il cause à autrui un dommage (*neminem laedit qui suo jure utitur*). Mais la jurisprudence a très tôt limité le libre usage des droits et l'irresponsabilité qui en découle en fustigeant deux types majeurs d'abus <sup>413</sup>. 1) Subjectivement, commet un abus le titulaire d'un droit qui en use dans la seule intention de nuire à autrui <sup>414</sup>, laquelle se déduit souvent de l'absence d'un « *intérêt sérieux et légitime* », c'est-à-dire que l'acte ne présente aucune utilité pour lui <sup>415</sup>. 2) Objectivement, commet un abus celui qui accomplit un acte présentant un caractère anormal, excessif (« trop, c'est trop »), même s'il n'a pas été animé par une intention de nuire <sup>416</sup>.

Dans son application, le critère de l'abus de droits révèle une grande plasticité : il varie selon la matière à laquelle il s'applique. Par contre-coup, l'énergie et la valeur des droits subjectifs apparaissent très inégales. Pour qu'il y ait abus, la jurisprudence requiert – suivant un ordre décroissant de sévérité – tantôt une mauvaise foi caractérisée <sup>417</sup>, tantôt un détournement du droit de

sa fonction <sup>418</sup> ou de pouvoir <sup>419</sup>, tantôt une faute simple ou l'absence d'un intérêt légitime <sup>420</sup>, tantôt seulement un dommage excessif <sup>421</sup> ; enfin, point extrême de cette gradation, il existe quelques droits discrétionnaires, insusceptibles d'abus, de moins en moins nombreux <sup>422</sup>.

**55. Les mots de la loi.** – Planiol avait tenté d'abattre la théorie de l'abus de droits en en dénonçant le verbalisme <sup>423</sup>. Il a échoué, car l'empreinte d'un mot bien choisi peut suffire à construire une notion juridique.

Il existe de nombreuses applications légales de la théorie de l'abus de droits <sup>424</sup>. Cependant, divers textes sanctionnent un comportement « abusif » sans qu'il soit question d'abus de droit <sup>425</sup>.

À l'inverse, l'abus de droit est présent dans certaines branches sans être nommé ou sous une autre appellation, par exemple : l'atteinte à la bonne foi en droit international public ; l'interdiction d'interpréter les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme « comme impliquant » un droit de détruire les droits ou libertés reconnus par cette même Convention (Conv. EDH, art. 17 ; ex. : revendiquer une liberté d'expression absolue afin de répandre une idéologie politique ou religieuse incompatible avec la démocratie) <sup>426</sup>.

**N<sup>os</sup> 56-69 réservés.**

## CHAPITRE II

### LES DIVERSES BRANCHES DU DROIT

**70. Arbre et branches ; interdisciplinarité.** – La division du droit en branches a souvent mis des œillères dans le regard des juristes <sup>427</sup>. Mais elle a un intérêt méthodologique et didactique. Surtout, elle est le produit spontané de la hiérarchie des normes (droit constitutionnel, droit international...), du pluralisme des ordres juridiques (droit de l'Union européenne...) <sup>428</sup>, de la nature des relations régies (droit civil, droit pénal, droit commercial, droit administratif...) et des fonctions assignées aux règles (droit du travail, droit de la consommation, droit rural...) <sup>429</sup>. Cette fragmentation du droit a été critiquée ; dans ce réquisitoire, il y a une grande part de vérité : il faut lutter contre une tendance excessive à diversifier à l'infini les branches du droit qui en altère la cohérence <sup>430</sup>.

Les juristes quittent rarement leur branche de prédilection. Il est encore plus rare qu'ils changent d'arbre : la pluridisciplinarité ou interdisciplinarité est un réflexe intellectuel peu répandu car les juristes doutent qu'ils peuvent apprendre quelque chose d'utile dans les sciences humaines (par exemple en sociologie ou en psychologie) ou économiques<sup>430a</sup>.

**71. *Summa divisio* ?** – La distinction entre le **droit public** et le **droit privé** domine l'ensemble du droit <sup>431</sup>. Elle remonte au droit romain <sup>432</sup> où elle n'avait pas l'ampleur actuelle. Sous l'Ancien Régime, le droit public avait pour source les ordonnances et édits royaux tandis que le droit privé était, pour l'essentiel, d'origine coutumière et populaire ; jusqu'au <sup>xvi</sup><sup>e</sup> siècle, les auteurs ne tiraient pas de conséquences de cette différence et préservèrent l'unité des grands concepts du droit <sup>433</sup>. Au cours du <sup>xx</sup><sup>e</sup> siècle, la distinction suscita des querelles idéologiques <sup>434</sup>, voire des guerres d'influences <sup>435</sup> : le droit public passait pour rechercher l'intérêt général et reposer sur la contrainte, tandis que le droit privé semblait se consacrer aux intérêts privés et être un droit de liberté. Mais

il s'avère aujourd'hui que cette *summa divisio* est un produit de l'histoire, non d'une idéologie <sup>436</sup>. Ainsi, au Moyen Âge, tout était droit privé, la puissance publique et la souveraineté étant elles-mêmes définies comme la propriété, le domaine du Prince. Au contraire, lors des révolutions, « *tout devient droit public* », selon le mot célèbre de Portalis <sup>437</sup>.

Droit public et droit privé se divisent chacun en trois corps de règles. Il existe aussi des droits mixtes.

**72. Droit public.** – Le droit public régit le fonctionnement et les relations des collectivités publiques, telles que l'État ou ses démembrements et les collectivités locales. Il se subdivise en trois branches.

**1°) Le droit constitutionnel** établit l'organisation institutionnelle de l'État, lui confère des prérogatives de puissance publique et marque ses limites en énonçant des droits et libertés fondamentaux. Depuis la Constitution du 23 octobre 1958, sous l'action du Conseil constitutionnel, ce droit a beaucoup étendu son influence dans le droit privé <sup>438</sup>.

**2°) Le droit administratif** régit principalement les relations que les particuliers entretiennent avec l'État, les collectivités locales et les établissements publics administratifs, c'est-à-dire des relations entre des personnes inégales. La conciliation entre, d'une part, l'intérêt général et les prérogatives de la puissance publique et, d'autre part, les intérêts privés et les libertés publiques est son objet permanent.

Lors de sa naissance, le droit administratif était une dérogation au droit civil : en 1873, le Tribunal des conflits soumit la responsabilité de l'État pour des dommages causés par un service public à des « *règles spéciales* » et exclut en ce domaine l'application des « *principes qui sont établis par le Code civil* » <sup>439</sup>. Ce droit spécial a alors pris son autonomie.

**3°) Le droit international public** régit les rapports entre les États. Il s'efforce de concilier la souveraineté de chacun et la quête d'une harmonie au sein de la communauté internationale. La tâche est

ambitieuse car la société internationale demeure une société anarchique. Certaines institutions universelles – au premier chef l'Organisation des Nations unies (ONU) – contribuent à édifier un ordre juridique mondial. Mais celui-ci a des carences : il lui faudrait une ou plusieurs juridictions dotées de pouvoirs coercitifs, telles que la Cour pénale internationale créée par la Convention de Rome du 18 juillet 1998 <sup>440</sup>.

**73. Droit privé.** – Le droit privé a pour objet les rapports des particuliers entre eux. Il se subdivise, lui aussi, en trois branches : le droit civil, la procédure civile, le droit international privé.

1°) **Le droit civil** <sup>441</sup> comprend les règles de fond qui régissent ces rapports. L'étendue de son domaine et son perfectionnement affiné au fil des siècles lui confèrent une grande valeur. Au-delà de son objet, il est le *droit commun*, c'est-à-dire un droit général et résiduel <sup>442</sup>. Il est général en ce que toutes les autres branches du droit sont, face à lui, des droits d'exception, spéciaux : par exemple, le droit commercial ou le droit du travail ne renferment qu'un ensemble de dérogations au droit civil (général) des obligations, cantonnées dans leur domaine. Il est résiduel dans la mesure où, si un droit spécial vient à manquer d'une règle précise, les principes généraux du droit civil retrouvent application. Le droit civil se présente ainsi comme le tronc *commun* et la matrice de toutes les branches du droit qui n'acquièrent jamais une autonomie complète à son égard.

Toutefois, au XXI<sup>e</sup> siècle, le droit civil dépend souvent de droits non civils, spéciaux et fragmentés, qui l'imprègnent fortement (ex. : droits bancaire, de la consommation, du travail, fiscal...). En outre, face au « vrai » droit commun se développent des droits communs fragmentés (ex. : droits communs des sociétés, des contrats, des relations de travail...). Le droit civil n'est plus le seul « droit fondamental », gouvernant les institutions essentielles de la société (la famille, la propriété, les successions...) : les fondements du droit se trouvent aussi dans la Convention européenne des droits de l'homme, dans le droit constitutionnel tandis que de nouveaux concepts sont issus de droits étrangers (principes de précaution, de proportionnalité, de loyauté...) <sup>443</sup>.

Les Institutes de Gaius (II<sup>e</sup> siècle) et de Justinien (VI<sup>e</sup> siècle) <sup>444</sup> embrassaient toute l'activité humaine en suivant un plan classique : les

personnes (*personæ*), les choses (*res*) et les actions (*actiones*). De même, le Code civil traite des personnes (Livre I<sup>er</sup>), des biens (Livre II) et des obligations (au sein du Livre III qui renferme en outre les successions et libéralités, les régimes matrimoniaux et les sûretés). Et c'est ainsi qu'est divisé le droit civil.

— Le **droit des personnes** repose sur la distinction des hommes et des choses sans laquelle l'homme serait réduit à l'état d'esclave et perdrait sa dignité. Au sens étymologique, la personnalité juridique est un masque <sup>445</sup>. Elle est conférée de nos jours <sup>446</sup> à toute personne *physique*, depuis sa naissance jusqu'à sa mort. Elle rend apte à être titulaire de droits – sauf incapacité de jouissance (toujours partielle) – et à les exercer – sauf incapacité d'exercice (telles celles qui frappent le mineur et le majeur protégé). Par ailleurs, certains groupements organisés de biens ou de personnes sont revêtus de la personnalité *morale*, qui offre les mêmes attributs. Une personne morale de droit public (ex. : l'État ou une collectivité locale) ou de droit privé (ex. : une société anonyme ou une association) dispose ainsi d'un patrimoine propre et du droit d'agir en justice pour la défense d'un intérêt collectif par l'intermédiaire de ses représentants.

Le droit des personnes se subdivise en trois branches. Le *droit de la famille*, au sens strict, régit les relations personnelles ou extrapatrimoniales qui s'y nouent (la filiation et le mariage). Les relations pécuniaires ou patrimoniales sont quant à elles l'objet du droit des régimes matrimoniaux (entre les époux) et du droit des successions (entre le défunt et ses héritiers), parfois réunis sous l'appellation de *droit patrimonial de la famille*.

— Les **biens** sont des choses, des richesses contenues dans un patrimoine.

Le patrimoine est une notion-clef du droit civil, indissociable de la personnalité juridique <sup>447</sup> : dans notre tradition juridique (aujourd'hui ébranlée) toute personne a un patrimoine – un seul – même si, littéralement, elle n'a rien ou est criblée de dettes. Il se définit comme un ensemble indivisible (une « universalité ») de biens et de dettes dans lequel l'actif répond du passif (art. 2284), ce qui signifie que les créanciers ont la faculté de saisir les biens (l'actif) de leur débiteur pour obtenir le paiement de leur créance (le passif). Le patrimoine ne se cède pas, sauf à cause de mort puisque l'héritier « ayant cause universel » est présumé « continuer » la personne du défunt. Néanmoins, tous les droits n'entrent pas dans le patrimoine. Il est des biens « hors commerce » ou indisponibles (ex. : le corps humain), sur lesquels s'exercent des droits extrapatrimoniaux.

Le droit civil opère diverses classifications parmi les biens figurant à l'actif du patrimoine. À cet égard, le droit des biens détermine le régime des meubles et des immeubles (art. 516), suivant une distinction ancienne devenue moins utile en raison de l'extension de la catégorie des meubles (valeurs mobilières, fonds de commerce, etc.).

Les biens ou richesses ne sont pas seulement susceptibles d'appréhension. Une personne n'est pas seulement titulaire de « *droits réels* » (le droit réel est un pouvoir direct sur une chose visant à en retirer une certaine utilité ; ex. : le droit de propriété ou le droit d'usufruit). Les biens donnent aussi lieu à des relations entre les personnes, qui sont au cœur du droit des obligations. Dans ce cas, un lien de droit se noue entre un débiteur et un créancier qui oblige le premier à exécuter une « *obligation* » (par le paiement de sa dette) et confère au second un « *droit personnel* » (ou « droit

de créance ») sur le patrimoine de celui-ci. Un tel lien, tissé entre deux patrimoines, découle tantôt d'un contrat (ex. : le contrat de prêt oblige le débiteur emprunteur à rembourser le montant emprunté), tantôt d'un délit civil (un dommage accidentel, qui oblige son auteur à réparation envers la victime). De surcroît, l'obligation peut être affectée de modalités (ex. : le terme ou la condition. V. art. 1304 et s.). Enfin, elle s'éteint de différentes manières (paiement, prescription, remise de dette, etc. V. art. 1342 et s.).

— Selon le langage de la doctrine, les **obligations** naissent d'actes ou de faits juridiques (art. 1100-1 et 1100-2). L'« *acte juridique* » est une manifestation de volonté accomplie en vue de produire des effets juridiques (ex. : la convention ou le contrat, acte bilatéral, et le testament, acte unilatéral). Le « *fait juridique* » est un agissement ou événement qui produit lui aussi des conséquences juridiques, qui n'ont été ni voulues ni recherchées (ex. : un délit civil ou la mort).

Dans le Code civil, l'obligation a trois sources possibles : le contrat, le délit ou le quasi-délit, et le quasi-contrat. Premier versant du droit des obligations, le droit des contrats repose sur quatre piliers : la force obligatoire du contrat (art. 1103, anc. art. 1134, al. 1<sup>er</sup>), la liberté contractuelle (art. 537, al. 1<sup>er</sup> et 1102), le consensualisme (art. 1109 et 1172 : la validité d'un contrat n'est subordonnée à aucune condition de forme, sauf si la loi édicte un formalisme, ce qu'elle fait généralement pour protéger l'un des cocontractants) et le principe de l'effet relatif des conventions (art. 1199, anc. art. 1165 : une convention n'a d'effet qu'entre les parties et ne lie ni ne profite à des tiers). Un acte juridique irrégulier, auquel manque une condition de validité (de fond ou de forme) est frappé de nullité. Second versant du droit des obligations, le droit de la responsabilité délictuelle trouve son fondement dans l'article 1240 (anc. art. 1382), selon lequel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Un délit civil (fait juridique) engage la responsabilité de son auteur s'il a commis une faute ou, selon une certaine jurisprudence, s'il a créé un risque par son activité. L'abus de droit <sup>448</sup>, par exemple, constitue une faute. Enfin, le troisième versant du droit des obligations correspond à une catégorie hybride, qui se situe entre le contrat et le délit civil : le quasi-contrat. Il s'agit d'un fait juridique volontaire de l'homme d'où résultent des obligations (art. 1300). Il en existe principalement trois espèces : la gestion d'affaires (art. 1301 et s.), la répétition de l'indu (art. 1302 et s.) et l'enrichissement sans cause (art. 1303 et s.) <sup>449</sup>.

De toutes les branches du droit civil, le droit des obligations est la plus importante. Il domine le droit bancaire, le droit maritime, le droit de la protection sociale, le droit des régimes matrimoniaux, le droit des contrats administratifs, etc. Surtout, les situations les plus ordinaires de la vie quotidienne (prendre le métro, acheter du pain) utilisent sans cesse ses concepts. Le droit des obligations est la *lingua franca* des juristes.

**2°) La procédure civile** détermine les formes que les particuliers doivent suivre pour obtenir d'un juge la protection juridique de leurs prérogatives <sup>450</sup>. Cette réalisation des droits subjectifs s'accomplit le plus

souvent à l'amiable. Lorsqu'un conflit surgit, elle devient contentieuse et intéresse alors la procédure civile. Un auteur du XIX<sup>e</sup> siècle avait écrit à son propos qu'elle était « *le droit sur le pied de guerre* » <sup>451</sup>. À Rome, elle fut à l'origine de tout le droit privé (selon l'ancien adage « pas d'action, pas de droit ») <sup>452</sup>.

L'office du juge dans le procès civil s'est transformé. Le Code de procédure civile de 1806 lui imposait une totale neutralité : la procédure était accusatoire, abandonnée à l'initiative des parties. À partir d'un décret du 9 septembre 1971, fixant les « *principes directeurs du procès* », elle prend un aspect de plus en plus inquisitoire. Le Code de procédure civile issu du D. 5 déc. 1975 reconnaît au juge un rôle actif : il « *veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires* » (C. pr. civ., art. 3) telles que des mesures d'instruction pour la recherche des preuves (*ib.*, art. 10). Il a parfois tendance à se décharger sur les parties de son office juridictionnel <sup>453</sup>.

**3°) Le droit international privé régit les relations privées à caractère international, celles qui comportent un « élément d'extranéité ».**

— La *condition des étrangers* (ex. : un étranger peut-il se marier en France et quelle nationalité auront ses enfants ?). Le droit de la nationalité et des étrangers a subi, depuis 1804, de très nombreuses réformes législatives.

— Les *conflits de juridictions* (ex. : quel tribunal est compétent pour connaître des litiges entre époux de nationalité différente ou relatifs à une succession internationale ?).

— Les *conflits de lois* (ex. : si une personne étrangère se marie en France, quelle loi régira son mariage et son divorce éventuel ? Quelle loi s'applique à un contrat conclu par un Français à l'étranger, et inversement ? Quelle loi gouverne la succession d'un Français décédé à l'étranger qui laisse des biens situés en France et à l'étranger ?). La jurisprudence a construit un important monument prétorien sur la base de l'article 3, texte laconique qui se borne à énoncer trois règles de conflits (les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire français ; les immeubles qui y sont situés sont régis par la loi française ; les lois sur l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même à l'étranger). La Cour de cassation a commencé par bilatéraliser ces trois règles (pour les étendre, par analogie, aux lois étrangères) avant de les compléter. De son côté, le législateur a ajouté quelques règles de conflit lors de réformes du droit de la famille (art. 309, L. 11 juill. 1975 sur le divorce ; art. 311-14 et s., L. 3 janv. 1972 sur la filiation).

La règle de conflit désigne la loi applicable dans chaque situation. Les biens, meubles <sup>454</sup> ou immeubles <sup>455</sup>, sont soumis à la loi du pays dans lequel ils se situent (*lex rei sitæ*) : c'est le statut réel. L'état et la capacité des personnes relèvent de la loi du pays d'origine du sujet (art. 3, al. 3) <sup>456</sup> : c'est le statut personnel. Les contrats sont soumis, sur le fond, à la loi choisie par les parties (*lex contractus*) <sup>457</sup> : c'est la loi d'autonomie ; la forme d'un contrat est régie par la loi du pays où il a été conclu (*locus regit actum*), sauf si les parties en ont désigné une autre <sup>458</sup>. La responsabilité civile délictuelle est régie par la loi du pays où s'est produit le dommage (*lex loci delicti*) <sup>459</sup>.

La méthode conflictualiste commande de qualifier au préalable une règle de droit ou une situation

de fait, notamment pour savoir s'il s'agit d'une question de fond, de forme ou personnelle. Cette qualification s'apprécie d'après la *lex fori*, loi du juge saisi <sup>460</sup>. Le juge peut refuser d'appliquer la loi étrangère que désigne la règle de conflit s'il l'estime contraire à l'ordre public international français <sup>461</sup> ou constate une fraude à la loi (*fraus legis* : la loi qui aurait dû trouver application a été éludée par l'interposition volontaire d'une loi étrangère ou manipulation de l'élément de rattachement pertinent au regard de la règle de conflit <sup>462</sup>).

Droit complexe, subtil et souvent influencé par la doctrine, le droit international privé a pris de l'importance à la faveur de trois phénomènes récents : le développement de l'immigration, qui rend applicables en France des règles provenant de droits étrangers et qui est le ferment d'une société multiculturelle ; l'essor du commerce international ; la mondialisation.

À cet égard, deux politiques sont concevables. La tendance *nationaliste* privilégie les intérêts français : il faut donner le moins de droits possibles aux étrangers pour les inciter à s'assimiler à la communauté nationale (condition des étrangers), appliquer la loi française le plus souvent possible (conflits de lois) et étendre au maximum la compétence des juridictions nationales (conflits de juridictions). La tendance *internationaliste* – aujourd'hui dominante après des siècles de nationalisme juridique – entend développer les rapports internationaux : les Français et les étrangers ont les mêmes droits, la loi française et la loi étrangère sont obligatoires presque autant l'une que l'autre ; à un moindre degré, les juridictions françaises et étrangères ont une compétence presque similaire. À son point extrême, cette doctrine défend l'existence de règles dépourvues de rattachement national ; ces règles « transnationales » forment la *lex mercatoria*, sorte de coutume propre aux marchands et banquiers qui ne se rattache à aucun droit étatique et s'affranchit par ce biais des conflits de lois <sup>463</sup>.

**74. Droits mixtes.** – Certains droits participent à la fois du droit privé et du droit public, tels le droit pénal et le droit du travail <sup>464</sup>.

1°) Le **droit pénal** présente des caractères de droit public : seul le Ministère public (le Parquet) exerce les poursuites (l'action publique), seul un juge étatique peut infliger une peine, seul l'État peut mettre celle-ci à exécution : il est un attribut de la souveraineté. Mais il relève aussi du droit privé dans la mesure où les juridictions compétentes appartiennent à l'ordre judiciaire et se composent de magistrats qui raisonnent en civilistes. Les infractions (il en existe plus de 12 000) accusent une semblable mixité : la loi pénale incrimine aussi bien des atteintes à la personne ou à des biens privés que des violations de règles

du droit public (droit administratif, de l'urbanisme, de l'environnement, droit fiscal ou douanier, etc.). « *Les lois pénales ou criminelles sont moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* », disait Portalis <sup>465</sup>. Elles s'immiscent dans tous les droits, en solennisant la règle, en la rendant plus énergique. Mais le droit pénal a aussi forgé des concepts autonomes (par ex., une définition spécifique du domicile).

Le droit pénal moderne repose sur des fondements libéraux, réaffirmés par le nouveau Code pénal (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994) : les principes de la responsabilité du fait personnel <sup>466</sup>, d'imputabilité (l'auteur doit jouir d'une faculté d'intelligence et de discernement) <sup>467</sup> et de culpabilité (sa responsabilité suppose la preuve d'une faute) <sup>468</sup> et d'individualisation de la peine <sup>469</sup>. À la différence des sociétés archaïques <sup>470</sup>, il bannit toute idée de vengeance : lorsque nous combattons les cannibales, nous ne les mangeons pas <sup>471</sup>. Indépendamment de la fonction de neutralisation du délinquant (lorsque celui-ci est privé de sa liberté ou de certains droits), la peine vise à dissuader : les honnêtes citoyens de passer à l'acte (fonction d'intimidation collective) ; les délinquants de récidiver (fonction d'intimidation individuelle) ; les victimes de se faire justice à elles-mêmes en leur procurant le sentiment que l'État leur a rendu justice <sup>472</sup> (fonction rétributive ou de *catharsis* sociale). Un courant dit positiviste s'est développé à partir du xx<sup>e</sup> siècle qui rompit avec cette approche classique : l'homme n'étant pas libre d'agir mais déterminé par sa physiologie, sa psychologie et la sociologie, le droit pénal ne devrait pas réprimer le mauvais usage (criminel et immoral) que l'individu fait de son libre arbitre (qui est inexistant) mais défendre la société contre le danger qu'il représente ; la loi devrait édicter non des peines mais des mesures de sûreté ou de « défense sociale » (incarcération, internement, relégation...). Après la Seconde guerre mondiale, un courant de pensée néo-positiviste dénommé l'*École de la défense sociale nouvelle* (d'après le titre de l'ouvrage, paru en 1954, de son fondateur, Marc Ancel <sup>473</sup>) assigna au droit pénal la mission de réinsérer le délinquant dans la société (qui ne devrait pas blâmer son geste) au moyen d'une étude de sa personnalité et de mesures individualisées de rééducation (notamment en milieu ouvert). Ce courant humaniste, qu'inspire une foi aveugle en la rédemption du délinquant, tenu (là encore) pour irresponsable, a influencé la procédure pénale. Mais il n'a pas réduit la délinquance ni le sentiment d'insécurité ; surtout, il néglige les droits des victimes. Un retour de balancier s'est produit dans les années 2000 : aux États-Unis puis en Europe, les droits pénaux ont pris le parti des victimes et emprunté un virage qualifié de répressif, sécuritaire ou « libéral ». Emblématique de cette évolution, en France, est la loi du 25 février 2008 qui instaure une « rétention de sûreté » susceptible d'être infligée à des condamnés dangereux ayant purgé leur peine comme à des malades mentaux ayant bénéficié d'un non-lieu.

La procédure pénale française est, depuis l'Ancien Régime, de nature inquisitoire : la recherche de la vérité est confiée à un juge d'instruction pourvu de grands pouvoirs (C. pr. pén., art. 81). Au contraire, les États-Unis et la Grande-Bretagne ont un système accusatoire, popularisé par les séries télévisées, qui place à égalité les autorités de poursuite (procureur, police) et la défense. Ce système est intransposable en France.

**2°) Le droit du travail** <sup>474</sup> régit les relations de travail (individuelles ou collectives) nouées entre les employeurs et leurs salariés. Il s'agit de droit privé puisque le contrat de travail sert de fondement juridique à ces relations. Mais l'intervention fréquente de l'État (sous la forme de nombreux règlements ou par le biais d'autorités administratives) et la place des libertés publiques dans l'entreprise font souvent intervenir le droit public. Le droit du travail est codifié (dans le Code du travail) mais la jurisprudence des chambres sociale et criminelle de la Cour de cassation, ainsi que celle du Conseil d'État, y exercent une grande influence.

**N<sup>os</sup> 75-79 réservés.**