

# INTRODUCTION AU DROIT

## Cours

M. Alfred KOUASSI  
Enseignant-chercheur affilié à l'Université des Lagunes  
Docteur en Droit

## Syllabus – Semestre 1 – Année 2020/2021

### I. PRESENTATION DU COURS

Il n'existe pas de société sans un minimum d'ordre, entendu comme une discipline des comportements. A l'instar d'autres modes de contrôle des conduites en société (religion – morale (éthique) – bienséances), quelle part le droit se réserve-t-il dans cet ordre ? Quelle est la caractéristique de l'ordonnancement juridique ? En un mot : Qu'est-ce que le droit ?

C'est à cette interrogation que veut répondre le présent cours. Il vise donc à permettre aux apprenants, dans une approche pédagogique active, à se familiariser avec cet instrument de régulation autant que d'adéquation des rapports humains en société qu'est le Droit.

## **APPROCHE PEDAGOGIQUE**

La connaissance ou l'étude du droit peut être abordée sous différents angles. Pour certains, il faut en limiter l'étude à l'aspect purement technique de ce qui est DROIT, c'est-à-dire à l'apprentissage des règles qui bénéficient de l'adjectif « juridique », en écartant tout ce qui a un lien avec la réflexion sur le droit. Cette approche n'est pas dénuée d'intérêt, puisqu'elle vise à donner des réponses immédiatement utilisables par les juristes, d'autant qu'elle concerne leur activité.

Pour d'autres, en revanche, on ne saurait étudier le droit en écartant la pensée sur le DROIT, se limiter au texte sans en connaître ou en comprendre le contexte. Manifestement, cette approche cours le risque d'être militante, car il est difficile d'être totalement neutre en cette matière.

Mais, dès lors que l'élaboration, l'interprétation et l'application de ces règles appréhendées en apparence comme de simples mécanismes, traduisent en réalité des choix philosophiques, politiques et idéologiques, il apparaît mal venu de s'en tenir à une approche purement technique de ce qu'est le DROIT, en lui déniaient toute dimension axiologique. « *D'ailleurs, lorsque l'on veut se limiter à l'étude du droit pur, dépouillé de toute considération externe au droit, il s'agit en réalité d'une approche philosophique correspondant à une forme de positivisme* » (Sébastien NEUVILLE, Philosophie du droit, LGDJ, 2019, p. 13). C'est dans le sillage des partisans de cette seconde conception de l'apprentissage du Droit que la présente étude introductive a été envisagée.

A cette fin, l'étude est organisée en dix (10) leçons, lesquelles constituent des tentatives de réponse à autant de questions éveillées par la connaissance du DROIT.

## **PREMIERE PARTIE (SEMESTRE 1)**

### **PLAN**

Leçon 1 : Qu'est-ce que le droit ?

Leçon 2 : Quelles sont les sources du droit ?

Leçon 3 : Quelles sont les sources du droit ivoirien ?

Leçon 4 : Quel est le domaine du droit ?

Leçon 5 : Quid de l'Univers des prétoires.

## LEÇON 1 : QU'EST-CE QUE LE DROIT ?

Si le droit est rétif à toute définition, il se révèle néanmoins par l'ensemble des règles adoptées selon des procédures régulières par des autorités publiques investies de ce pouvoir. A ce titre, le droit est instrument de régulation (une règle). Or, en tant que règle, le droit peut être comparé à d'autres normes de régulation sociale. Mais, c'est surtout en sa qualité d'instrument de mesure de la justice, « ce moyen terme (medium) qui, reconnu et respecté, garantit le plein épanouissement des rapports sociaux » (Alain SERIAUX, *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020), que réside le juridique de la règle.

En ce qui concerne la réflexion sur le droit, celle de son ou de ses fondements est un perpétuel objet de questionnement (I- **LES FONDEMENTS DU DROIT**), autant que celle de ses caractères eu égard aux autres normes de conduite sociales (II- **LES CARACTERES DU DROIT**). Pour clore le propos sur ce qu'est le droit, il conviendra d'en envisager le rôle dans la société contemporaine (III- **USAGES- FONCTIONS – FINALITES DU DROIT**).

### I- **FONDEMENT(S) DU DROIT**

Le fondement du droit, est-ce la Justice, la Religion ou la Morale ? ou s'agirait-il des trois (3) à la fois ?

#### 1. **Justice (Distributive – Commutative) ?**

Tout juriste considère peu ou prou que le droit est intéressé par la Justice, mais tous n'attachent pas à ce mot la même signification. Selon une approche classique, le droit est présenté comme objet de justice, la justice en étant alors le fondement.

*La justice consistant à rendre à chacun le sien ou ce qui lui est dû, le droit sera la mesure de ce qui est dû à autrui. C'est-à-dire qu'il pourra être à l'avance prédéterminé dans son contenu*, mais résultera dans chaque situation concrète de l'exact ajustement des choses observées.

On dit encore de cette mesure qu'elle se trouve dans la nature des choses observables. Cela conduit inéluctablement à affirmer que le droit sera par définition tout ce que va décider le juge dans son activité juridictionnelle ou, selon le mot d'un auteur, tout ce qu'approuvent les juges. Le juge va appliquer une règle générale et abstraite à un cas particulier et, par cet exercice, dire le droit (jurisdictio).

Cette approche conduit ensuite à placer le fondement du droit **dans le réel observable et non dans la volonté de celui qui observe**. Comme l'explique un auteur, « la raison humaine n'est cependant pas la mesure des choses : elle est régulatrice et non pas fondatrice. L'ordre qu'elle dit "réside principalement dans les réalités elles-mêmes, c'est de là qu'il en dérive jusqu'à notre connaissance". Notre corps, notre esprit, le monde même dans lequel nous vivons sont des réalités ordonnées ; l'homme peut en comprendre le sens, même s'il n'est pas capable de le saisir dans sa totalité. Il y a donc place pour ce que Montesquieu appelle des « lois », qu'il définit comme "les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses" ».

Deux formes de justice apparaissent complémentaires. La justice distributive et la justice commutative. Ces deux formes aristotéliennes du juste répondent à deux logiques distinctes. La première emprunte à l'ordre des distributions et la seconde à l'ordre des commutations. Le juste commutatif correspond à une logique arithmétique où seuls les termes de l'équation sont pris en compte. Que l'on songe par exemple à l'échange. Le juste distributif correspond à une logique géométrique où l'on prend en considération le mérite plus ou moins grand des personnes, tel élément privilégié, telle catégorie de personnes pour décider l'exact ajustement recherché. Les règles juridiques en matière de consommation illustrent cette

© Dr. Alfred KOUASSI – 2020/2021

logique, la catégorie des consommateurs bénéficient de droits d'autant plus importants qu'elle est estimée par le législateur d'être plus digne d'être protégé. On peut songer à la catégorie des victimes de certaines infractions dont il convient de faciliter l'indemnisation.

**Mais, si l'on s'accorde pour reconnaître que à la justice une place privilégiée dans l'étude du droit, la réalisation pratique de ce fondement est loin de pouvoir être toujours vérifiée.** Ainsi, si le droit est en puissance le juste, tend vers la justice, il ne l'est pas toujours en acte. Cela s'observe notamment lorsque devant le juge de simples arguments procéduraux permettent d'exclure l'examen du *bien-fondé de la demande*. Ou lorsque la décision des justes du fond, juste, *est cassée pour manque de base légale*.

Que serait une société où les juridictions pourraient rendre leurs décisions en s'affranchissant des règles de droit applicables ?

Il y aurait non seulement danger arbitraire, mais encore remise en cause du système juridique en son ensemble qui présuppose le juge comme serviteur de la loi. Il en résulterait une insécurité des justiciables et une instabilité des institutions fondatrices de l'ordre social.

## 2. Religion ?

Cela est moins discuté, le droit reste distinct de la religion. Au plan conceptuel, le droit n'a pas pour fondement la religion parce que celle-ci a pour objet principal de régler nos rapports avec Dieu, ensuite de quoi elle organisera nos rapports avec le prochain et avec nous-mêmes. La Religion, tout comme la Morale et le Droit est une norme de régulation sociale, mais sa fin intrinsèque, qui n'est pas le monde, est la vision béatifique. On peut trouver une adéquation entre la religion, la morale et le droit mais leurs finalités diffèrent :

- La religion a pour fin Dieu., elle tend à la **vérité** ;
- La morale a pour fin le bonheur de la personne, elle tend au **bien** ;
- Le droit a pour fin la justice, il tend au **bon**, à l'équitable.

Il est donc logique de se trouver à la croisée de ces chemins. Ces recoupements ne signifient pas une synonymie, mais une complémentarité.

## 3. Morale (Ethique) ?

Selon CICERON ( De Fato, I, 1) l'éthique et la morale procèdent l'un du **grec** et l'autre du **latin**. Les deux termes **désignent de manière identique une approche régulatrice des mœurs humaines**, au point que toute distinction serait purement conventionnelle.

Ainsi que l'expose le professeur Jean Bernard, premier président du Conseil national d'éthique en France, il existe « *deux origines étymologiques du mot éthique. Le terme *ithos*, qui signifie la tenue de l'âme, le style, au sens de ce mot dans la France classique : "Le style c'est l'homme". Le terme *ethos*, complémentaire du premier, peut désigner l'ensemble des normes nées du respect de la mesure. L'éthique est une science qui prend en considération l'*ithos* et l'*ethos*. Elle est la garantie de l'harmonie qui résulte de la bonne tenue des choses, de tout acte, de l'accord en somme entre l'âme et le développement. Elle suppose une action rationnelle. Elle est propre à l'homme* » ( J. BERNARD, De la biologie à l'éthique. Nouveau pouvoir de la science. Nouveaux devoirs de l'homme, Paris Buchet-Chastel, 1990).

On s'accorde à reconnaître que les normes auxquelles s'alimente la démarche éthique procèdent de la philosophie ou de la religion.

Dans son ouvrage *L'Usage des plaisirs*, publié à la fin de sa vie, le philosophe Michel Foucault expliquait que deux modes traversaient de part en part, l'histoire de la morale occidentale. **Le premier désignait une éthique soucieuse avant tout de conformer l'action humaine à un code**, entendu comme « *un ensemble de valeurs et de règles d'actions qui sont proposées aux individus et aux groupes par l'intermédiaire d'appareils prescriptifs divers, comme peuvent l'être la famille, les institutions éducatives, les Eglises, etc*

». Dans le second modèle, l'éthique serait présentée comme un « *art de l'existence* » ou une « *technique de soi* » : « Par-là, il fait entendre les pratiques réfléchies et volontaires par lesquelles les hommes, non seulement se fixent des règles de conduite, mais cherchent à se transformer eux-mêmes, à se modifier dans leur être singulier, et à faire de leur vie une œuvre qui porte certaines valeurs esthétiques et réponde à certains critères de styles ».

Il en résulte l'éthique de la « construction de soi », fondée notamment sur le concept de « vertu ». D'où la définition de la morale (éthique) comme la science des comportements vertueux.

**Or, ce faisant, la morale tend à permettre l'accomplissement intérieur de ce que nous sommes. Elle régit un domaine qui est le for interne des individus et qui n'intéresse pas le Droit.**

**Exemple : La gourmandise** (qu'il faut distinguer de la gloutonnerie) est la transgression d'une règle morale qui est la tempérance (c'est la vertu de la maîtrise de soi, la capacité de diriger ses passions et d'utiliser ses émotions, vers le bien). Le droit ne s'intéresse pas à la vertu de la tempérance, à moins que sa transgression n'ait pour effet notamment de spolier autrui de ce qui lui appartient, de ce qui est à lui, de ce qui lui est dû. L'alcoolisme en soi n'est pas sanctionné, il ne l'est que parce qu'il peut conduire à attenter à la vie, à la santé d'autrui. C'est ainsi que le droit interdira la conduite en état d'ivresse. Ainsi, du point de vue du droit, tout un chacun peut boire plus que de raison s'il ne se met pas en état de préjudicier à autrui.

Ceci est la première raison pour lesquelles le droit ne saurait être confondu avec la morale. Il ne règle que les rapports avec autrui, il prend en compte l'élément d'altérité, il s'occupe du for externe des personnes. Ainsi, la morale, dans la mesure où elle tend à conduire l'homme au bonheur dépasse la vertu de justice, pour trouver son accomplissement dans la vertu de la charité.

Assurément, **on peut objecter** qu'il existe de nombreuses règles juridiques ayant un contenu moral. Mais cela ne prouve pas que le droit a pour fondement la morale dans la mesure où chaque fois, la règle morale reconnue par le droit aura pour effet de rappeler à chacun ce qui est dû aux autres. Il s'agit de la justice stricto sensu. **L'argument décisif** pour placer le fondement du droit dans la morale serait une règle juridique, sans élément d'altérité, décidant que chacun doit pour son propre perfectionnement suivre une conduite vertueuse déterminée. Or, il n'en existe pas à notre connaissance.

**Sur l'influence contemporaine de l'éthique en droit des affaires. Extrait de, Abdoulaye SAKHO, « Modernisation et efficacité du droit OHADA des Sociétés ». A propos de la révision en 2014 du l'acte uniforme sur le droit des sociétés, <http://afrilex.u-bordeaux4.fr/modernisation-et-efficacite-du.html>, p. 1-2.**

« (...) L'objectif principal du droit des sociétés est de donner à celles et ceux qui choisissent de conduire ensemble une entreprise économique les moyens juridiques d'y parvenir. De manière traditionnelle, cet objectif conduisait à une réglementation assez impérative et précise, destinée à éviter que les personnes amenées à contracter avec les sociétés ne puissent en souffrir. Aujourd'hui, ce souci de protection des tiers n'a pas disparu. Mais il ne fait plus, par lui-même, obstacle à une certaine dose, de plus en plus forte, de liberté contractuelle<sup>3</sup>. Avec la révision opérée en 2014 [par le droit Ohada], le souci tout de suite évoqué ci-dessus de protection des tiers est toujours présent, mais il se double d'un autre impératif tout aussi digne d'intérêt, la nécessité de protéger les épargnants qui sont en fait les principaux bailleurs de fonds des sociétés commerciales<sup>4</sup>.

Les règles issues de la révision exigent aussi le respect de considérations éthiques<sup>5</sup> qui apparaissent de plus en plus comme la mesure de l'action de toutes les composantes de la société et en particulier de celle des dirigeants sociaux. Deux exemples à ce propos avant d'avancer plus loin dans la présentation

**Exemple 1 : Responsabilité sociale des sociétés<sup>6</sup>** . Depuis quelques années, l'idée se fait jour que les entreprises doivent adopter des pratiques socialement responsables à l'égard de leur environnement au sens le plus large : salariés, partenaires, consommateurs, citoyens, collectivités. En d'autres termes, pour susciter à nouveau la confiance et éviter aussi que la recherche systématique de croissance ne compromette le développement durable, les entreprises devraient se soumettre volontairement à des contraintes allant au-delà de la législation existante. Pour l'heure cependant, cette responsabilité sociale n'a guère d'implications juridiques directes, mais on peut cependant lui rattacher les obligations s'imposant aux grandes sociétés (surtout celles évoluant dans les secteurs miniers, les hydrocarbures ou dans les pays en développement) au regard de leurs comportements vis-à-vis de l'environnement, ainsi que la lutte engagée contre le blanchiment de capitaux.

**Exemple 2 : Exigence de transparence.** Pour les besoins de leur financement, les entreprises font appel aux épargnants. La sécurité de ces derniers implique, une réelle transparence dans la vie des sociétés faisant appel public à l'épargne<sup>7</sup>. Mais l'exigence de transparence ne se cantonne plus à ces formes de sociétés. Elle irrigue de plus en plus tout le droit des sociétés, aussi bien en législation qu'en jurisprudence. Les exemples de cette évolution par rapport à un principe de secret des affaires qui a longtemps prévalu sont nombreux : expertises de gestion, publicité des conventions prévoyant des conditions préférentielles de cession ou d'acquisition d'actions admises aux négociations sur un marché réglementé, extension de l'obligation d'établir des comptes consolidés, ou encore droit à l'information des administrateurs : l'administrateur reçoit les informations utiles à l'exercice de sa fonction et peut se faire communiquer les documents nécessaires aux délibérations<sup>8</sup>

»

**EN DEFINITIVE**, il apparait que le fondement du droit se laisse difficilement cerner, n'existant pas de fondement ultime au droit. Retenons que le droit n'est pas à la croisée des chemins. Il emprunte mille sentiers.

## II- LES CARACTERES DU DROIT

Peut-être parce qu'il s'agit de caractères inhérents à toute règle, en dépit de controverses sur la notion de « droit » (B), les caractères de la règle de droit demeurent, le caractère normatif et le caractère coercitif (A).

### A. Les caractères de la règle de droit

En tant qu'instrument de régulation, la règle de droit a un caractère normatif, autant qu'un caractère coercitif incluant la sanction.

#### 1. Le caractère normatif de la règle de droit

Le caractère normatif tient à la prescription contenue dans toute règle, en droit, en l'obligation de donner, de faire, ou de ne pas faire quelque chose. ***Il s'agit d'une norme, règle générale et abstraite, destinée à s'appliquer à tout individu qui répond aux conditions d'application de la règle.***

*En ce qui concerne le caractère général et abstrait*, il est insuffisant à individualiser, à soi seul, la règle de droit, puisqu'il existe d'autres normes de régulation répondant à ces caractères, qui ne sont pas pour autant des règles de droit. Il reste cependant l'un des éléments constitutifs de la norme juridique.

Afin de leur conférer une dimension distinctive, certains ont préconisé de reconnaître une origine étatique à la règle ainsi posée. De la sorte, la norme juridique serait une règle générale et abstraite ordonnée par l'Etat e, vue d'organiser les rapports en société.

Mais ce normativisme étatique a été dénoncé pour son incomplétude puisqu'il y a des règles de droit non-étatiques comme les règles coutumières [C'est-à-dire la répétition continue d'une série d'actes ou de faits qui constitue une façon d'agir commune à un milieu considéré et le sentiment partagé du caractère juridique de la règle coutumière]. Par ailleurs, soutenir qu'il s'agit d'une règle de droit parce que provenant d'un organe étatique conduit en effet à définir la règle de droit par voie de conséquence et non intrinsèquement.

**Au caractère normatif répond le caractère obligatoire de la règle.** *Pour qu'il y ait norme, il faut qu'il y ait prescription* ayant vocation à s'appliquer à ceux qu'elle concerne. Comme *le précepte contenu dans la norme est un devoir être*, la norme est donc obligatoire autant que la règle l'a prévu. Il en va ainsi notamment des règles supplétives. En effet, quand la norme supplétive propose une alternative à ses destinataires, cela signifie que si les personnes n'ont pas utilisé la marge de liberté que leur laisse la règle, alors la norme supplétive doit s'appliquer.

Mais le caractère obligatoire des normes n'est pas spécifique aux règles de droit. En effet, nous admettons tous, par exemple, que les juifs doivent respecter le shabbat dès le vendredi soir, que les catholiques sont tenus de participer à la sainte messe le dimanche, premier jour de la semaine, que les musulmans doivent respecter le vendredi. Il s'agit là pourtant de normes obligatoires, sans être évidemment des règles de droit.

#### 2. Le caractère coercitif de la règle de droit

C'est pourquoi il a été envisagé de placer le critère ultime et décisif de la règle de droit dans son caractère coercitif. On considère alors que la contrainte étatique serait l'élément distinctif entre normes juridiques et normes de régulation sociale. On considère que la possibilité de recourir aux juridictions étatiques et à la force publique pour obtenir au besoin l'exécution forcée de la décision n'existerait que pour les règles de droit.

Il est vrai que la sanction étatique en principe n'est envisageable que pour les normes juridiques. Mais on peut relever qu'il existe des règles de droit qui ne font pas l'objet de sanctions étatiques.

L'exemple classique est celui des obligations naturelles (Elles appartiennent au domaine de la morale. Ce sont des obligations qui répondent à **un devoir** impérieux de conscience et d'honneur). En effet, celui qui a payé ce qu'il devait en vertu d'une obligation naturelle ne peut prétendre se faire restituer ce qu'il a versé par celui auquel il devait, dès lors qu'il a payé volontairement. En revanche, le créancier d'une obligation naturelle ne peut contraindre en justice son débiteur à l'exécuter. Il s'agit d'une obligation sans action.

En réalité, comme le relevait le professeur Bruno OPPETIT « une règle n'acquiert pas la juridicité parce qu'elle est sanctionnée par l'autorité publique, elle est au contraire sanctionnée parce qu'elle est juridique, ce qui laisse entière la question de la juridicité ».

## **B. La controverse ou les écoles de pensée sur le droit.**

### **1. Le positivisme juridique**

Le vocable positivisme juridique est équivoque. Il réfère tout autant au positivisme légaliste, sociologique, scientifique, historique, qui sont autant de manifestation du positivisme. Face à ce numérateur varié, un dénominateur commun les rassemble néanmoins. C'est que le positivisme tend à la suppression de toute référence à un *devoir être* qui trouverait ses fondements dans une hiérarchie de valeurs communes à la société.

En clair, pour cette école de pensée, le droit est **ce qui est**, et non pas **ce qui doit être**. Le droit y apparaît donc comme un instrument de régulation excluant tout jugement de valeur, et non pas comme un instrument de direction des conduites humaines.

Le positivisme juridique peut référer, par exemple, au normativisme étatique. En effet, pour cette école de pensée, le droit est tout entier exprimé dans les règles de droit en vigueur à un moment donné et à un endroit donné (Thomas HOBBS, Emmanuel KANT, Hans KELSEN...). Ici, le droit se confond avec la règle de droit. Ainsi, le droit est ce que décident les autorités investies d'une autorité publique lorsqu'elles respectent les procédures formelles d'élaboration des normes.

**HOBBS.** Au regard de la société, ce philosophe renverse la conception habituellement admise, car il considère que la société résulte d'un pacte, lequel permet de sortir de l'état de nature. Dans cet état de nature, l'homme est entièrement soumis à ses passions et sa vie est essentiellement égoïste. Il n'existe aucun altruisme ou aide mutuelle entre les hommes. Chacun a ainsi le droit fondamental de conserver sa vie et de rechercher tout ce qui peut lui sembler nécessaire. Pour quitter l'état de nature, il est donc nécessaire d'établir un pacte social, ayant pour finalité de permettre un transfert mutuel de droit et d'établir la justice. Chaque homme a ainsi l'obligation de céder le droit qu'il possède dans l'état de nature. Mais, comme en entrant dans le pacte social la justice est apparu, si l'homme désire sortir du pacte, il crée une injustice. Sont donc difficilement conciliables les droits innés et inaliénables, d'une part, et les exigences résultant du pacte, d'autre part. Il faut que chacun soumette sa volonté non seulement à l'ensemble des associés, mais aussi à *un* autre qui prenne les décisions nécessaires à la sauvegarde de la paix ; et la volonté de cet autre doit être tenue comme l'expression de la volonté de tous et de chacun. Cet autre, dénommé **Léviathan**, possède donc une souveraineté sur l'ensemble de la société et sur chacun de ses membres.



**KANT.** (1724-1804). D'un point de vue juridique, il pose comme principe général que toute action dont la maxime permet à la liberté de chacun de s'accorder avec celle de tous est juste ; et aussi qu'il faut agir extérieurement de telle sorte que l'usage de la liberté puisse s'accorder avec la liberté de chacun suivant une règle générale. Comment déterminer si une loi est juste ? La seule loi juste est celle qui est élaborée par la **volonté collective** des membres de la société. Si tel est le cas, la loi est toujours juste et obligatoire dès lors qu'elle correspond à cette volonté. On peut remarquer que l'à encore la loi ne repose plus sur la raison, mais sur la volonté. Il faut que Kant adopte une définition du droit qui devient classique et tend à supplanter la définition ancienne que Thomas d'Aquin énonçait ainsi dans en latin : « *rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet, promulgata* » (Ia - IIae, q. 90, art. 4, respondeo). Traduction : « **une orientation de la raison vers le bien commun, émanant de celui qui a la charge de la communauté et promulguée** ». (Alain SERIAUX, « Contribution à la théorie de la loi : comment traduire le concept thomiste d'*ordinatio* ? » <http://www.philosophie-droit.asso.fr/APDpourweb/223.pdf>).

Par ailleurs, KANT énonce une nouvelle distinction entre le droit et la morale qui reste encore très présente dans l'imaginaire des juristes aujourd'hui : le droit concerne ce qui est extérieur, tandis que la morale demeure purement interne. Le droit est même est même plutôt une contrainte extérieure, et cette contrainte est assortie d'une sanction. Depuis KANT, la distinction entre droit et morale apparaît, alors qu'auparavant le droit était une partie de la morale.

**KELSEN.** (1881-1973). Il n'est pas à proprement parler un philosophe. Il se revendique plutôt comme un théoricien, d'où le titre de son ouvrage fondamental *Théorie pure du droit* (1<sup>ère</sup> édition, 1934 ; 2<sup>ème</sup> édition enrichie 1960). Il fait partie des grands juristes, philosophes ou scientifiques juifs contraints de quitter leur pays à cause de l'arrivée au pouvoir du National-socialisme. Pour Kelsen, le droit est le *Sollen* (ce qui doit être) tandis que la nature est le *Sein* (ce qui est). Dans la nature, les relations s'expriment par la causalité. Dans le droit, les relations s'expriment par l'imputation, c'est-à-dire en fait par des sanctions. Il n'y a donc pas de place pour le droit naturel, car nature et droit sont deux ordres distincts. Par ailleurs, le droit subjectif ne résulte pas de l'individu ; il trouve sa source au contraire dans la loi, c'est-à-dire dans une autorisation donnée par le législateur.

C'est là qu'il faut évoquer la fameuse hiérarchie des normes, cette construction en degré de tout l'ordre juridique. La validité d'une norme dérive d'une norme supérieure qui, tel le tronc, irrigue l'ensemble de l'arbre. Faut-il remonter à l'infini au risque de rencontrer Dieu ? Non, répond Kelsen : il doit y avoir au sommet une norme fondamentale, c'est-à-dire une norme qui soit le fondement de la validité de tout l'ordre juridique. Cette norme fondamentale est seulement présumée sans être posée. C'est là que tout le système de Kelsen risque de s'écrouler comme un château de carte ou plutôt comme un arbre abattu (spécialement si l'on réfléchit au droit international). [...] Et pourtant, cette théorie de Kelsen est adoptée par la majorité des juristes contemporains d'une manière dogmatique, et sans envisager la moindre réflexion qui risquerait de remettre en cause tout l'ordre juridique. Et d'ailleurs, il n'est pas précisé ce qu'il advient de cette pyramide en cas de révolution ou de rédaction d'une nouvelle constitution : est-ce que tout l'édifice normatif s'écroule ? c'est loin d'être le cas en pratique. Ainsi, plus qu'une approche philosophique du phénomène juridique, Kelsen – comme il le revendique d'ailleurs – établit une théorie du droit qui correspond davantage à une description du système juridique.

Aussi, en dehors, de la loi, il ne peut y avoir de droit, au point que la solution juridique est solution légale. De ce point de vue, dès lors que le droit posé (positif) est tout le droit, le droit naturel n'a pas d'existence réelle. Il est idéal. La conséquence est de réduire le droit à n'être que l'expression d'un pouvoir institutionnalisé, indépendamment du contenu des règles édictées. Il serait dès lors dissociable de la recherche de la justice ou du bien commun et pourrait de ce fait servir tout intérêt décidé par le pouvoir en place. Cette théorie est donc au regard des valeurs, essentiellement **relativiste**.

Cette théorie est par ailleurs emprunte de **volontarisme**, en ce sens que le droit n'est que le produit de la volonté humaine. Le pouvoir d'édiction des règles tire sa légitimité du mythique contrat social en vertu duquel les volontés individuelles acceptent d'assujettir à une volonté supérieure dite « volonté générale ». De ce fait, cette école qui reproche son dogmatisme aux tenants du droit naturel ne l'est pas moins, à cette différence près qu'elle place pour postulat que le droit a pour fondement l'Etat.

Le positivisme juridique peut également référer au positivisme sociologique. Quoique procédant d'une logique identique, il défend en revanche que le droit doit être recherché dans les règles de la vie sociale (Auguste COMTE, Emile DURKHEIM). En d'autres mots, les mœurs, les pratiques vécues en société, secrètent du droit dans la mesure où les besoins du corps social s'expriment dans ce foyer. Une telle conception du droit peut s'observer dans les pratiques de sondages d'opinion préalable à une réforme législative.

**COMTE.** (1798- 1857). Il faut se souvenir que le droit n'a pas sa place dans le système de Comte car il est, selon lui, d'essence religieuse. Pourtant l'expression « positivisme juridique » connaît rapidement un très grand succès, si grand que nombre de juristes se déclarent ou agissent de manière positiviste. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que ce positivisme juridique vise à faire abstraction d'un quelconque d'un quelconque héritage philosophique. Tout l'objectif de certains juristes consiste donc à faire du droit une véritable science, bâtie sur le modèle des sciences dures : le droit pourrait être envisagé comme un objet de laboratoire, il pourrait être considéré comme un fait observable de l'extérieur ».

**DURKHEIM** (1858-1917). Sa principale réflexion a pour but de définir le fait social. Selon lui, c'est toute manière de faire, susceptible d'exercer sur l'individu une contrainte extérieure. Cette contrainte peut résulter d'un texte de loi, d'une coutume ou bien provenir de courant sociaux, tels que les mouvements d'enthousiasme ou de colère d'une assemblée.

## 2. Le droit naturel

Il réfère avant tout au **droit naturel classique** (ARISTOTE, Thomas D'AQUIN). Il part de l'idée simple que le droit est l'objet de la justice, il est la mesure du juste. Le droit naturel est la forme la plus accomplie du juste dans la mesure où il fonde les solutions juridiques sur la nature des choses. Cette nature des choses peut être posée et il s'agit alors du droit positif.

Dans cette perspective, le droit positif a soit pour siège le droit naturel, soit peut lui être indifférent. Mais, il ne saurait lui être contraire sous peine de n'être plus du droit. C'est pourquoi les jusnaturalistes distinguent le droit de la règle de droit. Sous ce rapport, il y a des règles qui ne méritent pas leur adjectif qualificatif de « juridiques ». Si de telles règles sont régulatrices, elles ne sont, en revanche, pas juridiques. C'est pourquoi pour les jusnaturalistes, il ne saurait y avoir de vide juridique, mais seulement un vide législatif. Ce faisant, la théorie doctrinale du non-droit n'est en fait qu'une théorie de la non-loi.

Cette doctrine du droit naturelle a été dénoncée comme étant une doctrine fidéiste du droit, parfois désignée sous le vocable d'« école idéaliste », alors qu'elle repose sur une démarche spéculative et non immanentiste ( doctrine qui affirme l'immanence de Dieu ou un absolu à la nature).

**ARISTOTE.** (382-322 Avant Jésus-Christ). Dans les différentes questions envisagées, il semble qu'Aristote considère que le droit existe de manière intemporelle. Et effectivement, on retrouve plus ou moins les mêmes distinctions aujourd'hui. On peut donc se demander si ces questions ne sont pas essentielles, si elles ne sont pas naturelles. En effet, Aristote part de l'observation de la réalité, des faits concrets, de la nature des choses. Il ne part donc pas d'un droit idéal, tellement éloigné des réalités qu'il serait finalement inapplicable. Le droit, tout au contraire, se trouve dans l'observation du concret, avant même l'intervention du législateur ou du juge. Ainsi, le contrat de vente exige par sa nature même qu'il y ait d'un côté une chose et de l'autre un prix. Cela peut être un prêt, mais alors il faudrait rendre la chose ; cela peut aussi être une donation laquelle doit être acceptée sans avoir à fournir une contrepartie. Il y a donc un droit naturel de la vente qui correspond à ses éléments essentiels et à sa finalité. Ainsi, le droit naturel dans cette perspective est extrêmement concret. Pourtant, le droit naturel ne peut pas déterminer quel prix concret doit être payé. Il ne donne qu'une orientation. [...] Pour aller plus loin, on pourrait presque considérer que le droit naturel fixe des éléments que les juristes contemporains appellent volontiers des *standards* qui nécessitent d'être concrétisés au contact de la réalité.

**Thomas D'AQUIN** (1225- 1274). La doctrine thomiste insiste sur le fait qu'il existe un droit naturel, indépendant du droit divin. En outre, le droit n'est pas le remède au péché : il acquiert son autonomie. Même si un péché peut aussi avoir un caractère délictueux (ou même criminel), le droit condamnera cet acte non parce qu'il est un péché, mais parce qu'il est contraire au droit. C'est un raisonnement très neuf qui n'a pas toujours été compris des premiers temps du christianisme jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle. Mais la loi de nature ne suffit pas. Il est nécessaire que le législateur vienne préciser le droit naturel.

Prenons un exemple connu donné par Thomas d'Aquin : l'âge de la majorité. Il est de droit naturel qu'il y ait un âge au-delà duquel une personne devienne adulte. Mais le droit naturel ne précise pas quel est cet âge concret. Il peut néanmoins fixer les

bornes : il serait illogique d'accorder la majorité à sept ans comme à soixante-dix-sept ans. C'est le droit positif qui dès lors doit agir : la loi positive peut fixer l'âge de la majorité à 18 ans ou à 21 ans. Le droit naturel subsiste, tandis que la loi positive peut être adaptée en fonction des circonstances. En revanche, la loi positive ne peut pas aller à l'encontre du droit naturel. Thomas d'Aquin a recours à deux exemples : l'adage *pacta sunt servanda* (les conventions doivent être respectées), de même que le respect dû aux ambassadeurs. Une loi allant à l'encontre de ces deux principes naturels irait contre la nature et donc n'obligerait à rien.

Pour autant, le fait d'exercer son droit d'abstention face à une loi injuste est évidemment difficile et délicat, d'autant qu'un souverain s'en prenant directement au droit naturel n'accepte généralement pas que l'on remette en cause son pouvoir. Faut-il être martyr pour le droit naturel ? Certains résistants au régime nazi l'ont cru. Et ces résistants ont refusé certaines lois, non pour des raisons religieuses, mais plutôt par conviction personnelle et, sans doute – même s'ils ne l'ont certainement pas affirmé de cette manière – parce qu'ils trouvaient que certaines lois étaient contraires au droit naturel.

On parle aussi du **droit naturel moderne**, [Le terme Moderne renvoie à la période historique qui marque la fin du Moyen Age. Elle débute en 1492 avec la découverte de l'Amérique par Christophe Colomb et s'achève en 1792 avec la fin de la monarchie en France] Ce droit se distingue du précédent par son approche humaniste, le fait que la personne est au cœur de la notion de « droit » et que la nature est la nature humaine rationnelle (Francisco de VITORIA, Francisco SUAREZ).

**VITORIA** (vers 1480-1546). Il peut être considéré comme le *fondateur du droit international*. Pour lui, le droit international ou droit des gens repose sur la justice. Toute espèce humaine constitue une seule république, quelles que soient les différences de race, de langue, de culture ou de territoire. Cette unité crée nécessairement entre les hommes des rapports de collaboration mutuelle ou, pour le moins, l'idée que les hommes ne doivent pas se gêner mutuellement dans la poursuite de leur destinée commune. Aussi cette société humaine est de droit naturel. Toutefois cette société en germe nécessite des normes juridiques. Sur ce point, VITORIA considère que la raison humaine peut découvrir ce qui est nécessaire au bien commun de l'humanité, de sorte que la conscience peut imposer ce que la raison a découvert comme norme pratique d'action pour tous les hommes. Il ne faut pourtant pas confondre le droit naturel et le droit des gens, celui-ci étant un aspect du droit naturel. Au titre du droit des gens, peuvent être cités le nécessaire respect des ambassadeurs ou la liberté de communiquer, de voyager et de commerce. Cette liberté résulte du concept de société universelle, antérieure et supérieure à la formation des Etats.

**SUAREZ.** Dans le contexte de son époque, (né en 1548), le droit divin des rois a la faveur des souverains européens, du roi d'Angleterre jusqu'aux princes protestants allemands. A l'inverse, SUAREZ revendique la souveraineté naturelle des peuples, comme VITORIA avant lui. La société est de droit naturel ; elle est même une obligation si les hommes veulent atteindre leur fin et c'est de cette obligation et d'elle seule que découle l'existence d'un pouvoir souverain. D'ailleurs, SUAREZ considère que la démocratie est la forme la plus fondamentale et la plus intimement liée à la nature des choses, car elle découle directement de la société et de ses membres. En conséquence, si un prince devient un tyran, le peuple doit pouvoir le déposer, mais dans le cas contraire, il doit se soumettre au prince dès lors que celui-ci veuille au bien commun.

Cette école de droit naturel est un droit de la nature et des gens (GROTIUS Samuel von PUFENDORF)

**PUFENDORF.** Au regard de la loi naturelle, il s'écarte en partie de **GROTIUS**. D'une certaine manière, il semble même revenir à la conception classique distinguant le droit naturel et la loi naturelle. La loi naturelle peut être découverte par la raison, mais ce n'est pas la raison qui crée la loi naturelle ; ce n'est pas elle qui opère une distinction entre ce qui est bien et ce qui est mal. Ou, autrement dit, la loi naturelle est antérieure à la raison humaine : elle existe même *si ratio non esset*, même si la raison humaine n'existait pas. Or, qui est à l'origine de la loi naturelle ? c'est Dieu lui-même selon PUFENDORF.

Après le déclin de la scolastique, la pensée de Thomas D'AQUIN est progressivement considérée comme dépassée ou, plus précisément, elle est oubliée. Depuis la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle, des auteurs jouent un rôle important pour **le renouveau du Thomisme** pour lui redonner ses lettres de noblesse. Dans le domaine juridique, c'est bien évidemment à cette place qu'il faut placer Michel VILLEY et Alain SERIAUX en France, de même que Robert P. GEORGE et Lon FULLER aux Etats-Unis ou John FINNIS en Angleterre.

**VILLEY** (1914-1988). Professeur à l'Université de Paris, il s'oppose à OCKHAM, KANT, HEGEL ; et il rejette tant le positivisme que le droit naturel moderne.

**SERIAUX.** Professeur à l'Université d'Aix-Marseille, il tente d'expliquer le droit en remontant à sa conception originaire. Car « *a l'origine, l'idée de droit apparaît comme intimement liée à celle de justice. Façonné par les juristes romains, une*

*définition traditionnelle de la justice (iustitia) voit en elle la "constante et perpétuelle volonté d'attribuer à tout un chacun son droit (ius suum)". Le droit est ainsi la « chose » (res) qu'il faut savoir donner à autrui quand il ne l'a pas encore, ou en tout cas respecter lorsqu'il l'a déjà, si l'on veut se comporter à son égard de façon juste. Sous peine de perpétuer l'injustice, cette chose doit être elle-même juste : ni trop, ni trop peu. Le droit est ainsi une mesure qui permet d'assurer le bon ajustement entre des êtres en relation » (Alain SERIAUX, Le droit comme langage, LexisNexis, 2020, n° 1, p.1).*

En tout état de cause, par une récente décision,  
**LA COUR CONSTITUTIONNELLE DU BENIN** a admis que **LE DROIT A LA DEFENSE EST « UN DROIT NATUREL SUPERIEUR A TOUTES LES REGLES POSITIVES, DE QUELQUE ORIGINE QU'ELLE PUISSE ETRE »**. (Cfr. Décision DCC20-641 du 19 Novembre 2020)

### III- A QUOI SERT LE DROIT ?

Rechercher à quoi sert le droit invite à saisir ses usages, ses fonctions et ses finalités.

#### 1. Les usages du droit

Il s'agit ici de savoir qu'est ce qu'on fait avec le droit ? A cette interrogation, il faut bien admettre que le droit sert à beaucoup de choses, à beaucoup de bonnes choses. Mais, à côté de ses lumières, le droit a aussi une face d'ombre, car il existe aussi un répertoire de la turpitude juridique.

**Petite illustration :** « Il est en particulier dans la nature des choses qu'une femme enceinte mette au monde l'enfant qu'elle porte. Tout le processus physique et biologique mis en place à la conception appelle de soi un tel dénouement (et bien au-delà). La femme qui a conçu est déjà mère ; dès à présent voici que son être de femme est tout entier ordonné au nouvel être qu'elle porte, dont la vie amorcée est d'ores et déjà distincte de la sienne. Le recours à l'avortement volontaire apparaît alors comme un **homicide**, la négation de la vie de l'embryon. Pis encore, il s'agit aussi d'un **suicide** : l'auto-négation de la qualité de mère. Il apparaît ainsi tout bonnement inique de reconnaître à la femme un « droit » à l'avortement, comme le font nombre de législations de pays dits développés. Les législateurs en ont si bien conscience qu'ils s'efforcent d'édulcorer, voire de passer sous silence les qualifications en cause. Dans la loi française ( cf. C. santé publ., art. L. 2213-1 et s), il n'est désormais plus question que d'« interruption volontaire de grossesse » : l'ancienne qualification d'avortement connotait l'échec, la nouvelle au contraire magnifie la liberté de la femme. Il n'est plus question non plus de « mère », avec la charge affective que cette désignation comportait ; l'expression beaucoup plus neutre et aseptisée de « femme enceinte » l'a remplacée. Quant à l'enfant, il n'est symptomatiquement jamais nommé, comme si toute l'affaire se décidait en dehors de lui. (Cf. Alain SERIAUX, *Le droit comme langage*, LexisNexis, 2020, p. 39)

De ce point de vue, au regard des acteurs du droit (acteurs publics ou privés) le droit apparaît parfois comme une sorte d'**outil stratégique, conforme, parallèle ou déviante** par rapport à une finalité donnée.

En ce qui concerne les particuliers, on peut gager que la majorité d'entre nous cherchons à agir de manière conforme au droit de façon à être en ordre, en règle à l'égard de la règle juridique. Mais à côté de cette conduite conformiste, on observe des comportements que l'on pourrait qualifier de « combat pour le droit », selon l'expression de IHERING. Il s'agit de **se servir de l'art juridique**, notamment des procédures judiciaires, **pour solliciter une transformation du droit**. Le droit va ainsi être mobilisé par des associations militantes, des associations de juristes, pour transformer une affaire en une cause significative en généralisant le propos, en vue d'obtenir du juge une interprétation novatrice, progressiste de la loi et ainsi l'évolution du droit.

Il s'agit donc de mobiliser le droit, non plus comme une référence, un cadre auquel il faut se soumettre, mais comme une ressource dans le cadre d'une stratégie.

Le point limite de cette forme d'usage du droit peut être identifié dans la désobéissance civile, avec les fameuses grandes figures de GHANDI ou Martin Luther KING qui font **un usage paradoxal du droit**. Qu'est-ce que **la désobéissance civile** sinon un comportement contraire à la loi, une infraction à la LOI, en vue de transformer le DROIT ?

La désobéissance civile peut viser par exemple à assurer le progrès du droit, par exemple la promotion de valeurs constitutionnelles qui seraient bafouées ou telle ou telle loi qui serait bafouée ou contraire aux droits fondamentaux. Il s'agit donc d'un usage paradoxal du droit, un usage extrêmement militant, qui va peut-être entraîner une sanction pénale (c'est d'ailleurs l'objectif à moyen terme), ce qui va faire scandale et remuer l'opinion publique, de sorte à conduire à terme au progrès du droit.

## 2. Les fonctions du droit

Les fonctions premières du droit, et les plus fondamentales sont **des fonctions symboliques** qui consistent notamment à :

- Organiser des relations ;
- Exprimer et diffuser des valeurs ;
- Proposer des modèles, cristalliser un imaginaire,
- Imposer une conduite, indiquer une direction
- (...)

Le droit s'appréhende aussi sous **ses fonctions techniques**, à savoir celle de ses fonctionnalités (comment le droit fonctionne-t-il ou qu'est-ce que fait le droit ?)

### **Le droit a une fonction relationnelle :**

Il tisse des liens entre les personnes : le droit du mariage, le droit de la filiation (...)

Il tisse des liens entre les personnes et les choses : le droit des biens, le droit des régimes matrimoniaux (...)

Il tisse des liens entre les personnes et leurs actes : le droit des contrats le droit de la responsabilité (...)

- Il tisse des liens entre les procédures et les personnes en conflit.

### **Le droit a une fonction de bornage :**

De manière générale cela s'observe dans le travail de qualification juridique (c'est l'opération intellectuelle par laquelle on attribue un élément de fait à une catégorie juridique), de clarification, tout le travail logique d'ordonnement qui fait l'ordinaire des juristes relève de cette fonction de bornage, de limitation, de définition.

D'ailleurs, qu'est-ce que DEFINIR, sinon mettre des finesses, des limites. Donc les juristes sont les spécialistes des distinctions, des qualifications, pour éviter de mettre de la confusion dans la profusion du droit.

### **Le droit a une fonction de mesure :**

Il est recherche de la juste mesure dans les rapports entre les personnes et les choses.

## 3. Les finalités du droit

L'examen des finalités du droit passe nécessairement par une détermination du pré-supposé anthropologique le mieux porteur du droit : Quel droit pour quel homme ?

Mais, en l'occurrence, retenons simplement que le droit a pour finalité d'assurer au moyen de sa technicité, l'ordre, le bien commun, la confiance, et la sécurité juridique.