

Leçon 1 – LA REGLE JURIDIQUE

La règle de droit apparaît dès l'instant où se forme une communauté sociale. L'absence de règle de droit se traduirait par un état d'anarchie, de chaos et de barbarie qu'aucun groupe humain ne peut tolérer sous peine de se perdre. Cette finalité (assurer le maintien d'un certain ordre social) explique les caractères de la règle de droit (Section 1) autant qu'elle suggère une réflexion sur son fondement (Section. II).

Chapitre I. – Les caractères du droit

Chapitre II. – Les fondements du droit

Section 1 – Les caractères de la règle de droit

Les caractères de la règle de droit tiennent à son expression (§1), à sa sanction (§2) et à sa finalité (§3).

§1. – L'expression de la règle de droit

➤ Une règle générale

Que la règle de droit soit en principe générale signifie qu'elle vise toutes les personnes et toutes les opérations qui entrent dans une catégorie abstraitement définie : les commerçants, les consommateurs, les enfants mineurs, ceux qui ont bénéficié d'une adoption ... Elle ne vise pas telle ou telle personne nommément désignée, mais à une catégorie de personnes abstraitement visée.

A cet égard, l'article 6 la DDHC de 1789 déclare que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

Cette généralité constitue une garantie d'impartialité et assure le respect du principe d'égalité et de non-discrimination devant la loi, principe qui est la forme la plus élémentaire de la justice.

➤ Une règle précise

Des auteurs ont fait appel au critère de la précision pour caractériser la règle de droit. S'il est vrai que la règle de droit est souvent extrêmement précise – s'agissant par exemple de fixer les conditions de validité du mariage – force est de reconnaître qu'elle n'a pas toujours ce caractère. Le recours à des "standards" juridiques en témoigne.

Ex. : le droit de la consommation protège le consommateur dans ses relations avec les professionnels mais à aucun moment ne définit le consommateur.

Ex. : aux termes de l'article 11240 du Code civil, le droit commun de la responsabilité civile repose sur la notion de faute ; mais quelle définition convient-il de retenir du mot « faute » ? Le Code ne définit pas la faute si bien qu'il est possible d'en avoir des conceptions fort diverses.

Ex. : L'articles 6 du Code civil dispose qu'un contrat est nul lorsque ses stipulations s'avèrent contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Reste à savoir ce qu'il convient d'entendre par ordre public et bonnes mœurs. La loi ne le dit pas parce qu'il s'agit de notions à contenus variables avec le temps et les situations. Ainsi, jusqu'à un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation rendu le 3 février 1999, les donations consenties en vue de maintenir une relation adultère étaient annulées au motif qu'elles étaient contraires aux bonnes mœurs. Désormais, de telles libéralités sont valables.

La précision est davantage un vœu de certain qu'une réalité du droit. Ce n'est peut-être pas un mal car l'imprécision offre au juge chargé d'appliquer la loi une certaine marge de manœuvre afin d'adapter le droit aux réalités économiques et sociales du moment.

§2. – La sanction de la règle de droit

La règle de droit est obligatoire pour ceux à qui elle s'applique. Elle remplit en cela une fonction normative : elle ordonne (ex. : le contribuable doit payer ses impôts) ou interdit (ex. : l'homicide), autorise (ex. : à certaines conditions, les parties à un contrat peuvent stipuler une clause réduisant ou supprimant la garantie des vices cachés due par le vendeur) ou punit par le jeu de sanctions civiles (ex. : annulation d'un contrat, paiement de dommages-intérêts, exécution forcée) ou de sanctions pénales (ex. : peines d'amendes ou d'emprisonnement).

Le caractère obligatoire de la règle de droit se traduit en principe par l'existence d'une sanction organisée par la société. L'existence d'une telle sanction permet notamment de distinguer le droit de la morale.

* La règle de droit ressemble à bien des égards à la règle morale.

– L'une comme l'autre constituent des règles de conduite, c'est-à-dire des règles imposant un comportement à l'individu dans ses rapports avec autrui.

– L'une comme l'autre revêtent un caractère obligatoire.

* Mais des différences existent.

Tandis que la règle juridique est sanctionnée par l'autorité publique et comporte, à ce titre, la possibilité d'une contrainte, l'obligation prescrite par la règle morale est limitée au for de la conscience. Si la violation d'un précepte moral peut entraîner la réprobation du groupe, cette sanction ne se prolonge pas dans un pouvoir de contrainte. Seules les règles de droit peuvent bénéficier pour leur application d'une sanction étatique.

§3. – La finalité de la règle de droit

Distinction morale et Droit. – C'est par sa finalité que la règle de droit se distingue le plus nettement de la règle morale. La première poursuit une finalité sociale tandis que la seconde poursuit une finalité individuelle.

* La règle de droit poursuit une finalité sociale qui est d'assurer un certain ordre social. Traduit cette finalité l'impératif de sécurité juridique, lequel suppose pour les personnes, la possibilité de prévoir les conséquences de leurs actes.

Cette exigence de prévisibilité exige la réunion de 5 conditions.

1) La première est l'accessibilité et l'intelligibilité du droit, érigées en objectif à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel à la poursuite duquel participe l'effort de codification à droit constant.

2) La deuxième est la clarté et la précision de la règle de droit. Lorsqu'une règle est obscure, que son sens est controversé, on ne peut agir avec certitude.

Bien que la loi évite en général de recourir à des notions vagues (*cf. cep. ex. : consommateur, bonnes mœurs...*), les règles font souvent l'objet de nombreuses interprétations qui en altèrent la prévisibilité car on ne peut savoir à l'avance l'interprétation que retiendra le juge éventuellement saisi de l'affaire.

3) La troisième condition nécessaire à la sécurité juridique est l'absence d'arbitraire administratif et judiciaire. Dans un état de droit, le fonctionnaire et le juge doivent appliquer le droit même si la règle leur paraît contraire à l'équité ou à la justice ou, du moins, à la conception qu'ils s'en font. Cette obligation repose sur le principe de la séparation des pouvoirs développée par Montesquieu, principe en vertu duquel aucune confusion ne doit se produire entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire de l'Etat. Le pouvoir de formuler une règle de droit n'appartenant qu'au Parlement, le juge ne saurait faire œuvre créatrice en rendant la justice : il est le serviteur de la loi, "*la bouche de la loi*" selon la formule de Montesquieu.

Il faut relever, à l'appui de cette obligation qui pèse sur tout magistrat, que si celui-ci pouvait statuer en équité, la sécurité des relations juridiques en serait gravement altérée, l'issue d'un procès ne dépendrait plus d'une règle générale connue de tous, mais des conceptions morales des magistrats qui en seraient saisis. Nous verrons, cependant, que la portée de cette obligation mérite d'être relativisée.

4) La quatrième condition de la sécurité juridique est la non-rétroactivité des lois nouvelles. Si une loi nouvelle pouvait punir des faits antérieurement accomplis à une époque où aucune règle ne les prohibait, la sécurité juridique disparaîtrait. Cette exigence est particulièrement forte en matière pénale, domaine où la non-rétroactivité des lois constitue un principe du droit constitutionnel français. En revanche, ce principe subit de nombreuses exceptions en matière fiscale...

5) Enfin, cinquième condition de la sécurité juridique : la stabilité du droit. Même lorsqu'elles ne sont pas rétroactives, les modifications du droit perturbent l'ordre établi. Elles affectent les prévisions de ceux qui avaient opéré des choix en croyant à la pérennité du droit.

Ex. : Ainsi, une augmentation des charges sociales, justifiée par la nécessité de combler le déficit de la sécurité sociale, peut amener l'employeur à licencier celui qu'il venait à peine

d'embaucher. Si, dans le même temps, une loi nouvelle vient renforcer les conditions du licenciement, dans le but louable de protéger les salariés, cet accroissement des charges peut à terme conduire l'entreprise au dépôt de bilan. Le déroulement d'une procédure de redressement puis de liquidation judiciaire conduit, aux termes de la loi du 25 janvier 1985, à sacrifier les créanciers de l'entreprise au profit des salariés et du Fisc. Ce but, assurément louable (pour les salariés...), produit des effets pervers qui sont des faillites en chaîne, par ricochet. Les statistiques démontrent en effet qu'un pourcentage important de dépôts de bilan trouve son origine dans l'impossibilité pour l'entreprise de recouvrer sa créance suite à la faillite de son débiteur.

Cet exemple montre que si la finalité première du droit est d'assurer un certain ordre social par le biais d'une certaine sécurité juridique, s'ajoute une autre finalité que l'on ne saurait négliger. Le droit tend également vers un idéal de justice.

La règle de droit oscille toujours entre les impératifs de sécurité (d'ordre) et de justice. L'art du juriste est d'essayer d'atteindre cet équilibre. On cite volontiers cette phrase de Goethe : « *mieux vaut une injustice qu'un désordre* » pour montrer que le but premier du droit est d'assurer **l'ordre** et non la **justice**. Mais il n'est pas douteux qu'une règle est d'autant mieux acceptée et respectée qu'elle assurera l'ordre social en recherchant la justice.

* Si la règle de droit poursuit une finalité sociale, la **morale**, en revanche, poursuit une fin individuelle en ce qu'elle tend à la perfectibilité de l'individu. Son but est bien plus élevé que celui du droit, son domaine est aussi bien plus vaste. Le droit borne ses ambitions à régler les relations extérieures des hommes entre eux pour y faire régner une certaine paix sociale. La morale, ouverte aux impératifs de la conscience, attend de l'homme un dépassement.

Elle se préoccupe des devoirs de l'homme non seulement à l'égard des autres hommes, mais aussi à l'égard de lui-même, voire de la divinité. Le droit est plus terre à terre, plus modeste, il constitue un facteur d'ordre, un régulateur de la vie sociale, une norme moyenne...et c'est déjà beaucoup.

C'est donc essentiellement dans les finalités poursuivies que règle juridique et règle morale s'opposent.

Consécration de la morale par le droit. – Il ne faudrait point en conclure qu'il n'existe aucune relation entre Morale et Droit. Si le domaine du Droit et celui de la Morale sont souvent parfaitement distincts (ex. : les prescriptions du code de la route qui imposent de conduire à droite), ils coïncident parfois.

1) La règle de droit est souvent le reflet de certaines conceptions morales. Les exemples sont nombreux en droit de la famille où de multiples dispositions, tant en ce qui concerne le mariage que la filiation ne font que traduire les conceptions morales du législateur, elles-mêmes en relation directe avec l'état des mœurs dans la société.

Ex. : L'évolution de la législation française en matière d'avortement, passée en 1975 d'un principe d'interdiction à un principe de licéité en fournit une illustration particulièrement nette.

Ex. : l'institution du PACS reflète une évolution du regard de la société envers les couples non mariés et les homosexuels. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe,

er récemment, la possibilité pour les femmes célibataires ou les couples de femmes d'avoir accès à la PMA.

Ex. : L'alignement du statut des enfants naturels, notamment adultérins, sur celui des enfants légitimes par les lois du 3 décembre 2001 et du 4 mars 2002 : le « bâtard » d'hier a désormais autant de droits que l'enfant né de parents mariés.

A l'inverse, certaines règles de droit paraissent heurter la morale.

Ex. : Tel est notamment le cas du voleur qui devient juridiquement propriétaire passé un délai de 30 ans de possession. S'il en est ainsi, c'est dans une large mesure parce que les règles de conduite exprimées par le droit n'ont pas seulement pour fin d'assurer la justice, mais aussi de satisfaire d'autres besoins tels que celui de la sécurité. Passé un délai de 30 ans, il convient de ne plus remettre en cause les situations créées, même si elles reposent, à l'origine sur une injustice.

Ex. : La tromperie. La morale exclut le mensonge et la tromperie mais le droit l'admet parfois. Ainsi, en matière de mariage, la tromperie, aussi appelée le dol, n'est pas une cause de nullité du mariage. Un vieil adage de l'ancien droit précise : *"En mariage trompe qui peut"* (Loysel).

2) De manière plus directe, le droit s'ouvre à la morale lorsqu'il fait appel à la notion de bonnes mœurs.

3) Enfin, et cette fois de manière plus diffuse, la morale pénètre dans le droit par le canal des jugements rendus par les magistrats. Cette influence ne devrait pas être possible dans le système juridique français puisque la règle de droit, telle qu'elle résulte de la loi ou d'un décret, doit être appliquée par le juge même s'il estime qu'elle est inéquitable, même si, en d'autres termes, elle lui paraît contraire à la morale ou, en tout cas, aux conceptions morales qui sont les siennes.

Il convient toutefois de souligner que ces conceptions morales ne sont pas, en pratique, totalement absentes des décisions rendues. Les subtilités du raisonnement juridique permettent aux magistrats, en bien des circonstances, de rendre un jugement conforme à l'équité sous couvert de l'application pure et simple de la règle de droit.

Ex. : CA Paris 18 septembre 2002 a prononcé la suspension de peine de Maurice Papon, en application de la loi Kouchner du 4 mars 2002, au motif que son état de santé était incompatible avec son maintien en détention (ce que des experts médicaux ont attesté) et que, compte tenu de son âge et de son état de santé, il n'y avait pas de risque de trouble à l'ordre public. L'appréciation du trouble à l'ordre public est certainement susceptible de divers degrés d'appréciation...

Section 2 – LES FONDEMENTS DU DROIT

La recherche des fondements du droit laisse apparaître une querelle entre deux écoles : les partisans des doctrines idéalistes (§1) et ceux des doctrines positivistes (§2).

§1. – Les doctrines idéalistes

Il convient d'examiner le contenu des doctrines idéalistes (§1) avant de procéder à l'étude des critiques qui leur sont adressées (§2).

A. – Le contenu des doctrines idéalistes

B. – La critique des doctrines idéalistes

A. – Le contenu des doctrines idéalistes

L'idée de base des doctrines idéalistes est qu'au-dessus des Droits positifs, c'est-à-dire des droits applicables dans les divers Etats à une époque déterminée, il existe un Droit idéal qui constitue le modèle vers lequel doivent tendre tous les droits positifs. On appelle ce Droit idéal, le Droit naturel parce qu'il procède, d'une façon ou d'une autre, de la nature et précède le Droit positif.

Pour les uns, animateurs du courant spiritualiste, le Droit idéal est d'essence divine. Les principes doivent en être recherchés dans l'enseignement de Dieu. On retient d'ailleurs une célèbre phrase d'*Antigone* à Créon, dans la tragédie de Sophocle, qui voulait l'empêcher d'enterrer son frère en lui lançant: *"Je ne croyais pas que vos édits eussent tant de pouvoirs qu'il permissent à un mortel de violer les lois divines : lois non écrites, celles-là, mais intangibles. Ce n'est pas d'aujourd'hui ni d'hier, c'est depuis l'origine qu'elles sont en vigueur, et personne ne les a vu naître"*

Pour les autres, il est d'essence rationnelle : la raison humaine en dessinerait elle-même les traits. Chaque individu porterait en soi un idéal de justice qu'il conviendrait de retrouver.

* De leur doctrine, les idéalistes tirent la conséquence que chaque Droit doit être apprécié par rapport au Droit idéal, qu'il soit révélé par Dieu ou par la raison humaine. Toute disposition contraire est considérée comme injuste.

Il en résulte au moins deux séries de conséquences :

1) La première est que la loi n'est plus la source première du Droit. Elle ne constitue plus qu'une source seconde, subordonnée à un idéal.

2) La seconde conséquence est que si le législateur adopte une disposition contraire aux principes du Droit idéal, les individus peuvent, et même doivent, refuser de s'y soumettre. La faculté de résister à la loi injuste conduit alors rapidement au devoir de désobéissance.

Ex. : les juridictions d'exception réunies au lendemain de la IIe Guerre Mondiale ont fait une large application de ce principe en adressant à nombre de militaires, notamment allemands, le reproche d'avoir obéi aux ordres qui leur avaient été donnés en application de textes ultérieurement qualifiés d'«injustes».

Trois formulations essentielles, correspondant à trois temps historiques, ont été données de la doctrine idéaliste : dans l'antiquité grecque, au Moyen-Age et au 18^e siècle.

➤ L'expression de la doctrine idéaliste dans l'antiquité grecque

Pour PLATON (-428 à -348) et ARISTOTE (-384 à -322), l'essence du droit réside dans la **Justice**.

Mais comment découvrir ce qui est juste ?

Pour **Platon**, la Justice se perçoit dans la contemplation d'un idéal moral que chacun possède en lui. L'illustre philosophe confond donc le droit et la morale.

Selon **Aristote**, au contraire, le droit diffère de la morale en ce qu'il a pour finalité d'attribuer à chacun ce qui lui revient, ce que l'on appelle la justice distributive. Celle-ci ne s'intéresse pas au rapport de l'homme avec sa conscience (= morale) mais aux relations des hommes entre eux (ou avec les biens qu'ils possèdent et échangent en fonction d'une règle du juste milieu).

➤ L'expression de la doctrine idéaliste au Moyen-Age

Au Moyen-Age apparaît et se développe, notamment sous l'impulsion de SAINT THOMAS D'AQUIN (1228-1274), un nouveau courant idéaliste pour lequel le Droit idéal est révélé par **Dieu**.

Il distingue une hiérarchie de trois séries de lois :

- la *lex aeterna* (loi éternelle) : elle exprime la raison divine.
- la *lex naturalis* (loi naturelle) : elle est accessible à l'homme car elle a été inscrite par le Créateur dans la conscience de l'Homme et la nature des choses.
- la *lex humana* (loi humaine) correspondant au Droit positif.

Pour Saint Thomas, le Droit idéal n'est plus une œuvre humaine rationnelle mais une œuvre divine ; à l'image de son créateur, il est immuable et parfait.

Mais comment accéder à la connaissance de ce Droit idéal, Droit naturel ? Selon Saint Thomas d'Aquin, deux voies sont ouvertes.

- La première a été empruntée par Aristote : le monde créé portant la marque de son créateur, il est possible, à travers l'observation du réel, de découvrir la loi naturelle.

- La seconde, proposée par Saint Thomas d'Aquin, consiste à rechercher l'expression de ce Droit naturel dans l'Écriture Sainte.

Mais quelle que soit la voie choisie, l'homme ne saurait percevoir, à travers l'observation du vécu ou l'analyse des textes sacrés, que des principes généraux. Ces derniers ne sauraient à eux seuls fonder une organisation sociale, si bien qu'il appartient au pouvoir politique d'édicter des dispositions plus précises, des règles pratiques de la vie sociale de nature à mettre en œuvre les principes généraux du droit naturel.

➤ L'expression de la doctrine idéaliste au XVIII^e siècle

La notion de droit naturel va, **dès le début du XVIII^e siècle**, se modifier profondément sous l'influence de deux facteurs :

- le premier, c'est la réforme protestante qui rompt l'unité spirituelle du monde chrétien et conduit à chercher pour le droit une base qui ne soit plus uniquement théologique.
- le second, c'est le développement de l'individualisme (théorie ou tendance qui voit dans l'individu la suprême valeur dans le domaine politique, économique, moral) et l'aspiration de tous les peuples à une certaine émancipation. De tous côtés, se manifeste un souci de lutter contre l'absolutisme monarchique et il n'est pas de meilleur moyen de lutte que d'affirmer, à l'encontre des lois émises par ce pouvoir monarchique absolu, qu'il existe au-dessus des lois des valeurs supérieures auxquelles le souverain lui-même doit se plier.

Dans ces conditions, se développe à partir du 17^e siècle une **conception laïcisée** du Droit naturel dont l'origine doit être recherchée dans les réflexions menées par HUGO DE GROOT dit GROTIUS (jurisconsulte hollandais, 1583 à 1645) et, après lui, par ***l'Ecole du droit naturel*** menée par Puffendorf (1622-1694).

Selon cette Ecole, le droit naturel (laïc) ne se découvre pas par l'observation des êtres et des choses, mais par la **raison humaine**. Le droit naturel est ainsi un ensemble de principes édictés par la raison et qui nous font connaître qu'une action est juste ou injuste.

Ainsi, observant que l'homme est un être sociable, fait pour vivre en société, il en déduit qu'il est tenu de respecter les conventions conclues avec d'autres hommes, faute de quoi aucune vie commune ne serait plus possible.

Contrairement à Aristote, le fondement du droit ne réside pas dans la recherche d'un équilibre harmonieux entre les hommes, mais dans la liberté de l'homme de s'engager et l'obligation fondamentale qui en résulte de respecter ses engagements. La volonté individuelle est ainsi érigée en fondement du droit.

Aussi n'est-il pas étonnant que les idées de ***l'Ecole du droit naturel*** se soient prolongées au **XVIII^e siècle**, mais en prenant un aspect politique assez marqué, sous l'influence des philosophes français tels que Montesquieu, Voltaire et Rousseau, dont la théorie du *contrat social* s'inspire de cette conception du droit naturel, imprégnée d'individualisme.

L'ensemble de ces idées va préparer les révolutions de la fin du siècle : révolution américaine (4 juillet 1776 déclaration d'indépendance et 3 septembre 1783 signature du traité de Paris officialisant l'indépendance) et révolution française de 1789.

Ces idées conduiront à la reconnaissance de droits fondamentaux, inaliénables et sacrés, au profit de chaque homme que proclamera la *Déclaration des Droits de l'homme* adoptée en 1789 par l'Assemblée constituante et inspireront la plupart des constitutions élaborées par la suite. La fin du XVIII^e siècle a été la période de l'apogée du courant idéaliste, sous sa forme la plus systématique et la plus excessive.

B. – La critique des doctrines idéalistes

On a reproché aux doctrines idéalistes d'être inexactes et inutiles.

➤ L'inexactitude des doctrines idéalistes

Certains auteurs n'ont pas manqué de relever que s'il existait un Droit naturel universel, c'est-à-dire commun à tous les hommes et à toutes les civilisations, il ne devrait pas exister entre les systèmes de Droit positifs des différences aussi profondes que celles que nous connaissons.

Cette critique a notamment été adressée par *l'Ecole historique allemande* au 19^e siècle animée par **SAVIGNY** (1779-1861). Selon cette école, le Droit a essentiellement une source populaire et historique : la coutume. Le droit est l'œuvre du temps ; si bien qu'il n'existe pas de Droit universel mais seulement des Droits propres à chaque nation à un moment donné.

A ces critiques, des auteurs contemporains (not. F. GENY) ont répondu qu'il convenait de réduire le Droit naturel à quelques principes généraux : respect de la personne humaine, de la parole donnée, etc. Dans ces conditions, il est permis de se demander si la référence à un Droit naturel si vague revêt encore quelque utilité.

➤ L'inutilité des doctrines idéalistes

L'inutilité des doctrines idéalistes sera démontrée si les conséquences pratiques qui leur sont attachées apparaissent dénuées de portée.

* S'agissant de **l'interdiction du Pouvoir politique** d'adopter des dispositions contraires au Droit naturel, il faut bien admettre qu'elle ne constitue qu'un vœu, faute de pouvoir être sanctionnée.

L'action menée par l'Organisation des Nations Unies en apporte la preuve lorsqu'interdiction est faite aux Gouvernements de prendre des mesures contraires aux principes de Droit naturel exprimés à travers les Droits de l'homme. Les violations de ces principes sont fréquentes et, généralement, dépourvues de sanction.

* En ce qui concerne la faculté de **résister aux lois injustes**, il est facile de remarquer combien elle expose celui qui l'utilise aux foudres de l'Etat qui a imposé la règle contestée. En pratique, il n'est que deux hypothèses dans lesquelles la loi injuste peut être écartée.

1) La première est celle où la loi méconnaît un principe supérieur formulé dans la Constitution (ex. : liberté d'association) ou une convention internationale (Ex. : CEDH). S'il existe un organisme de contrôle chargé de vérifier la constitutionnalité des lois, cet organisme pourra exclure l'application du texte discuté. Mais s'il adopte une telle attitude, ce n'est pas en considération de quelques grands principes de droit naturel, mais au nom des dispositions formulées par la Constitution.

2) La seconde hypothèse dans laquelle une loi injuste peut être écartée est celle où, suite à un changement d'idéologie politique, une loi nouvelle est promulguée afin d'effacer rétroactivement la loi ancienne jugée mauvaise.

Ex. : ainsi furent effacées, au lendemain de la IIe Guerre mondiale, les lois d'inspiration raciste promulguées par le Gouvernement de Vichy.

Ces critiques doivent être relativisées. Si la recherche d'un droit naturel détaillée est vaine, il est permis de rattacher au droit naturel quelques grands principes à vocation universelle constituant les droits de l'homme. Autant de droits et libertés fondamentaux exprimés par :

- la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 6 août 1789,
- la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948,
- la Convention européenne des droits de l'homme adoptée en 1950 par le Conseil de l'Europe et ratifiée par la France le 3 mai 1974,
- ou encore la récente Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée lors du sommet de Nice le 18 décembre 2000.

Ces textes inspirent de plus en plus notre droit contemporains, tant au niveau législatif que juridictionnel.

§2. – Les doctrines positivistes

Comme précédemment, l'analyse du contenu de ces doctrines (§1) précédera celle des critiques qui leur sont généralement adressées (§2).

- A. – Le contenu des doctrines positivistes
- B – La critique des doctrines positivistes

A. – Le contenu des doctrines positivistes

L'idée générale qui anime ces doctrines est que la loi s'impose en tant que telle, sans qu'il y ait lieu de vérifier sa conformité avec quelque ordre supérieur d'origine divine ou rationnelle. Peu importe qu'elle soit juste ou injuste. Le droit positif se justifie par lui-même. Pleinement suffisant en lui-même, le droit n'a nul besoin d'être fondé sur un ordre supérieur.

Socrate est positiviste lorsqu'il préfère accepter la mort plutôt que de désobéir à une loi injuste. Les citoyens doivent se soumettre aux lois, même injustes, afin de ne point donner un exemple qui pourrait inciter certains à se soustraire aux lois, même justes.

Au-delà de cette idée générale, le positivisme est une doctrine à plusieurs facettes : il est qualifié tantôt d'étatique tantôt de scientifique.

➤ Le positivisme étatique

Le positivisme étatique relie le caractère contraignant de la règle de Droit à l'autorité de l'Etat. Son expression classique fut profondément renouvelée par Kelsen.

➤ Expression classique du positivisme étatique

Le positivisme étatique repose sur l'idée selon laquelle la volonté du souverain est la seule source du Droit. Le droit n'a pas d'autre justification que d'être engendré par l'Etat.

Il en résulte que :

- **Seules les règles édictées et sanctionnées par l'Etat méritent d'être qualifiées de règles de droit.**
- **Toutes les règles édictées par l'Etat s'imposent. La loi injuste doit être respectée parce qu'elle est la loi.**

C'est surtout à partir de la **Renaissance** que va se développer le positivisme juridique, période où se forment les Etats modernes et où s'affirme le pouvoir absolu après le désordre du Moyen-Age. L'autorité de l'Etat, ainsi que sa souveraineté, sont alors mises au premier plan.

Les partisans de cette théorie sont notamment :

- Au **XVI^{ème} siècle**, **Machiavel** en Italie pour qui le pouvoir compte avant tout indépendamment de sa légitimité puisque tous les moyens sont bons pour le conquérir : la ruse, la duplicité, la perfidie, la corruption, l'assassinat, et surtout la guerre : "*Les principaux fondements de l'Etat sont les bonnes lois et les bonnes armes ; et comme il ne peut y avoir de bonnes lois là où il n'y a point de bonnes armes, et que là où il y a de bonnes armes, il y a nécessairement de bonnes lois, je m'abstiendrai de traiter des lois et parlerai des armes*" (*Le Prince*, chap. XII)

- Au **XVII^{ème} siècle**, le philosophe anglais **Hobbes** qui peut être considéré comme le père du positivisme juridique moderne. Son raisonnement est le suivant : comme "*l'homme est un loup pour l'homme*", il faut, pour éviter le chaos naturel un être artificiel beaucoup plus fort que lui. Ce sera l'Etat tout puissant, lequel détiendra la souveraineté et édictera des lois qui seront nécessairement justes dans la mesure où leur fondement n'aura pas à être cherché ailleurs qu'en lui-même.

Léviathan est une oeuvre majeure de l'Anglais Thomas Hobbes (1588-1679). Ecrit en 1651, ce texte a ouvert la voie à la philosophie politique moderne et nourrit la réflexion politique jusqu'à la Révolution française. Contrairement à ses nombreux prédécesseurs, Hobbes ne soulève plus la question du choix du meilleur régime mais il contribue à fonder la politique sur la "vérité effective des choses", à la façon de Machiavel, et s'interroge sur l'obéissance légitime et par conséquent sur la souveraineté.

L'état de nature qu'Hobbes décrit est un mode de vie impitoyable et insupportable. Les hommes, pour préserver leur vie et pour s'acheminer vers la paix, renoncent d'eux-mêmes à cet état de guerre et choisissent une autorité supérieure : le souverain. Celui-ci hérite de tout ce qui était propre aux individus dans l'état de nature pour en être le détenteur exclusif. Le léviathan, cet anthropomorphisme utilisé par le philosophe, détient un pouvoir absolu et illimité en échange de la paix civile apportée aux individus. C'est une organisation politique artificielle parce qu'elle est le résultat d'un contrat passé entre les hommes.

L'unité de ce "corps" politique est rendue possible par l'existence d'un représentant unique et non pas par les individus qui le composent. Son âme est l'autorité politique.

Partisan de l'absolutisme, Hobbes fait du souverain un être raisonnable guidé dans son action par des considérations utilitaires, dont le devoir est de réussir. Pour certains, à partir de son interprétation libérale de la loi, Hobbes serait même un des fondateurs du libéralisme. A travers la description rationaliste du contrat social et du pouvoir souverain c'est la dimension scientifique de la politique qui est mise en exergue.

- La grande période du positivisme étatique reste cependant le **XIX^{ème} siècle**, avec les doctrines allemandes. Au début de ce siècle, apparaissent, en effet, en Allemagne, divers

courants, en réaction violente à la fois contre les doctrines du droit naturel et contre la thèse individualiste de la Révolution française. Ces courants de pensée s'épanouissent d'autant plus qu'ils sont favorisés par les circonstances extérieures que sont, d'une part, les réactions de plus en plus vives en Europe contre la Révolution française et surtout contre les conquêtes napoléoniennes, d'autre part, l'apparition du Romantisme ainsi que d'idées sociales qui refoulent l'individualisme.

Au XIX^{ème} siècle, les auteurs les plus éminents ayant développé ces théories sont :

- **Hegel**, philosophe allemand, disciple de Kant. Il va donner au positivisme juridique une structure logique extrêmement poussée, appliquant au droit son système philosophique selon lequel l'évolution des idées ne serait qu'une succession de thèses, antithèses et synthèses. D'après lui, l'individu est la thèse, la société l'antithèse, la synthèse étant réalisée par le droit qui résout le conflit entre l'individu et la société. Or pour Hegel, le droit s'identifie à l'Etat parce qu'il repose sur la force : le Droit s'explique et se révèle « *par la puissance qui réussit à le réaliser* », c'est-à-dire par la force, si bien que *"tout ce qui est étatique est juridique et inversement, tout ce qui est juridique est étatique"*.
- La même idée est formulée par **Ihering**, juriste allemand du 19^e siècle, qui souligne que le Droit est « *la politique de la force* ». **Ihering** soutenait une thèse que l'on a pu qualifier de juridico-militariste, selon laquelle la formation de la règle de droit suppose un combat, une lutte entre les individus. *"Le droit n'est pas une idée logique mais une idée de force"*.

➤ Expression moderne du positivisme étatique

Une expression renouvelée du positivisme étatique a été présentée au 20^e siècle par **Hans Kelsen**, célèbre juriste autrichien. Connue sous le nom de « système normativiste », cette théorie rejette toute référence à un quelconque droit naturel et se borne à décrire le Droit, qu'elle assimile à l'Etat, sous la forme d'une pyramide. **Chaque norme tire sa force obligatoire de sa conformité à celle qui est placée au-dessus d'elle.**

Ainsi les décrets s'imposent-ils aux individus parce qu'ils sont conformes aux lois qui leur sont supérieures. Ces lois sont elles-mêmes obligatoires parce qu'elles sont conformes à la Constitution, norme première placée au sommet de la pyramide. Cette thèse a le mérite de mettre en lumière le schéma d'organisation juridique retenu par les sociétés contemporaines mais présente le défaut de ne pas expliquer de quelle norme supérieure la Constitution tire elle-même son autorité.

Kelsen reconnaît d'ailleurs qu'au sommet ultime de sa pyramide se trouve une « norme fondamentale », norme qu'il s'abstient de rechercher. Il n'a donc pas résolu le mystère essentiel du Droit, celui de son fondement. Pourquoi une règle de droit humain oblige-t-elle les hommes ? A cause du Décalogue ? du Droit naturel ? de la Raison ? d'une nécessité de fait ? Rien de tout cela, Kelsen ne répond pas. Il se refuse à rechercher la base ultime des lois : c'est un fondement hors de sa portée. Cette norme fondamentale apparaît ainsi comme un **fondement sans fondement**. Or un système juridique sans base est fragile et exposé à toutes les dérives : la déification de l'Etat, la tyrannie ou le totalitarisme ; l'histoire l'a souvent montré.

➤ Le positivisme scientifique

Parmi les doctrines positivistes, une distinction doit être opérée entre les conceptions marxistes et les conceptions non marxistes.

➤ La conception marxiste du Droit

L'état du Droit à un moment donné, dans un pays déterminé, s'explique selon MARX par un rapport de forces destiné à évoluer.

1) Dans la société dite « bourgeoise », le Droit constitue un instrument de contrainte de la classe dominée par la classe dirigeante. Elle reflète le combat de ceux qui détiennent les moyens de production contre ceux qui ne les ont pas. Le Droit permet d'assurer à la classe dominante le profit de la force de travail de la classe dominée tout en évitant ou en contenant les affrontements qui pourraient mettre en péril sa suprématie.

2) Une fois ouverte la phase du socialisme, par suite de l'appropriation des moyens de production par la collectivité, le Droit a essentiellement pour rôle d'assurer la distribution des revenus : distribution en proportion du travail de chacun avant de l'être en fonction des besoins.

3) Le passage du socialisme au communisme, stade ultime de l'évolution, marquera la disparition du Droit, toute opposition d'intérêts ayant alors disparu. Chacun, recevant ce qui est nécessaire à la satisfaction de ses besoins, exécutera spontanément ses devoirs sociaux. L'appareil de contrainte n'ayant plus de raison d'être, la disparition du Droit s'opérera d'elle-même.

➤ Les conceptions non marxistes du Droit

– **L'école économique**

Initialement nourrie des principes de la philosophie utilitariste anglaise au 18^e siècle, dont BENTHAM fut l'un des principaux acteurs, l'école économique définit le droit comme l'ensemble des règles permettant d'obtenir « le plus grand bonheur pour le plus grand nombre, avec le moins de peine possible ». Dans cette perspective, le droit ne constitue qu'un instrument au service d'une doctrine économique.

Depuis les années 1970s s'est développée à partir de l'Université de Chicago un courant de pensée baptisé "*analyse économique du droit*" dont Richard POSNER, Frédéric BASTIAT, Ronald COASE ou encore Friedrich HAYEK sont quelques illustres acteurs.

Pour l'essentiel, l'Analyse Economique du Droit (ci-après AED) offre une méthode d'analyse des conséquences de l'application des règles de droit en termes d'efficacité économique. Le droit doit tendre à la meilleure efficacité économique possible.

Ex. : la protection du consommateur a un coût que les juristes, souvent, ignorent. Or qui paie si ce n'est le consommateur lui-même ?... pour une protection qui se révèle souvent illusoire... ?

Ex. : erreur sur les qualités substantielles d'un tableau dont l'acheteur découvre, après expertise, qu'il constitue un tableau de maître ; l'annulation du contrat est anti-économique car elle récompense celui qui n'a rien entrepris (le vendeur) au détriment de l'acheteur dont les efforts de recherche (risques, investissements...) ne sont pas récompensés.

Ex. : AED et juste salaire : contrat de travail, salarié, entrepreneur...

Ex. : Faut-il réglementer les activités dangereuses, multiplier les contrôles... ce qui a un coût ou laisser les acteurs économiques libres de s'organiser mais les rendre responsables en cas de dommage (principe du pollueur-payeur) ? L'analyse économique du droit nous enseigne que cette seconde solution est généralement préférable à la première parce que aucune réglementation n'est jamais totalement efficace, aucun contrôle n'est absolu et, si un dommage survient, la responsabilité se trouve, du fait même de la réglementation et des contrôles, diluée entre plusieurs acteurs dont l'Administration. Autant dire que personne ne sera responsable... ce qui n'est pas le cas du principe du pollueur-payeur : liberté mais responsabilité intégrale.

Que faut-il penser de l'AED ? Il y a du bon... et du moins bon.

- Du bon car elle repose sur un constat d'une grande humilité : personne n'est suffisamment savant ni omniscient pour prévoir toutes les conséquences des décisions qu'il prend. N'importe quelle personne, individuelle, administration, législateur... peut se tromper dans ses choix. Or, lorsqu'un individu se trompe, il en assume seul les conséquences ; lorsque les pouvoirs publics se trompent, c'est la collectivité tout entière qui en subit les conséquences. L'AED nous enseigne donc à faire preuve d'une grande prudence à l'égard du droit. On a sans doute plus à gagner d'un *ordre social spontané* (Hayek) que d'une inflation démesurée du droit. L'enfer est pavé de bons sentiments... Moins de lois, plus de liberté ET de responsabilité.

- Du moins bon car **cette instrumentalisation du droit est parfois excessive en ce qu'elle néglige les autres finalités du droit et évacue du droit toute direction politique et morale.**

Ex. : au motif qu'il faut laisser le libre jeu du marché, certains économistes suggèrent de libéraliser le commerce des drogues, douces comme dures ; dans le même esprit, il conviendrait d'admettre la licéité du commerce d'organes (vendre un rein, un œil : un bon moyen de financer ses études ?) et pourquoi pas d'enfants...

Ex. : le principe du pollueur-payeur trouve une importante limite lorsque le dommage est tel qu'aucune réparation convenable n'est sérieusement envisageable (marée noire, risque nucléaire...). Aussi une réglementation destinée à prévenir ce genre de risque, plutôt qu'à le guérir, peut-elle être préférable.

– L'école historique

Selon l'école historique allemande conduite au 19^e siècle par SAVIGNY, le Droit est le fruit exclusif de l'histoire. Il ne fait qu'exprimer, à une époque déterminée, l'état de l'évolution d'une société ; il est l' «*âme d'une nation* ».

Parce que la source principale du Droit est, dans cette conception, la coutume, par nature évolutive, et qu'une codification apparaît comme une entrave à cette évolution du Droit, SAVIGNY se montra particulièrement hostile aux projets de codification destinés à doter

l'Allemagne d'un Droit uniforme, à l'imitation de l'œuvre réalisée par le Code civil français. On lui reproche aujourd'hui d'avoir retardé de cent ans l'adoption d'un Code civil en Allemagne (cf. Anthologie, p. 159 ; Malaurie, n° 439). Le BGB (*Bürgerliches Gezetzbuch*) date de 1900.

– L'école sociologique

Le positivisme sociologique, plus récent que le positivisme juridique, présente avec ce dernier la caractéristique commune de rejeter l'idée d'un droit naturel. Mais, et c'est là la différence entre les deux tendances, il n'admet pas non plus que le droit ait sa source dans l'Etat uniquement. Les sociologues vont chercher le fondement du droit dans le milieu social, dans les mœurs, dans les coutumes et les usages. Le droit positif se justifie parce qu'il est le reflet de l'état des mœurs. La règle ne dépend pas de la volonté des autorités politiques mais est dictée par la réalité sociologique, celle-ci s'imposant à l'Etat lui-même. En d'autres termes, l'Etat ne ferait que traduire en lois une réalité sociologique.

Le père du positivisme sociologique est le philosophe français du siècle dernier, **Auguste Comte**. D'après sa théorie, la société étant soumise à un certain déterminisme, le rôle du juriste est seulement d'observer les phénomènes sociaux, d'expérimenter, en quelque sorte, le milieu social, afin d'avoir une vision strictement objective du droit et, à partir de là, élaborer de véritables lois scientifiques.

La théorie d'Auguste Comte devait, par la suite, influencer grandement une série d'écoles et, en particulier, *l'Ecole sociologique* de **Durkheim**. D'après lui, il existerait nécessairement dans toute société une conscience collective, distincte des consciences individuelles ou, si l'on préfère, un idéal que l'on peut déterminer et qui, une fois dégagé, servira de base à la fois à la morale et au droit. Dans cette perspective, le droit serait simplement l'ensemble des moyens par lesquels le groupement humain se protège contre les troubles qui viendraient menacer sa conservation ou entraver son développement.

Ex. : Il existe, selon Durkheim, une règle de droit qui punit le meurtre, mais, pense-t-il, ce n'est pas cette règle de droit qui est première et qui entraîne la punition des actes portant atteinte à la vie. C'est exactement l'inverse qui s'est produit. A l'origine des sociétés, les premiers hommes n'avaient pas jugé bon d'établir des règles abstraites de droit. Ce n'est que plus tard qu'elles ont été élaborées, lorsqu'il s'est avéré utile pour la société de protéger la vie des personnes la composant.

S'il est excessif de fonder toutes les règles de droit sur un constat préalable sociologique, il n'est pas moins vrai que la sociologie, la « *conscience collective* », influence de nombreuses réformes législatives.

Ex. : toutes grandes réformes du droit de la famille entreprises par le Doyen Carbonnier depuis 1960 ont été précédées d'enquêtes d'opinion poussées au point que le Doyen Carbonnier est considéré comme le père de la sociologie juridique.

Ex. : l'abaissement de l'âge de la majorité en 1974 de 21 à 18 ans.

Ex. : loi sur le PACS, sur le mariage pour tous, sur la PMA.

Ex. : loi 1^{er} décembre 2001 relative aux droits du conjoints survivant et enfants adultérins

Ces doctrines positivistes ne sont pas à l'abri des critiques.

B – La critique des doctrines positivistes

Au-delà des critiques qu'il est permis de formuler à l'égard de telle ou telle doctrine particulière (ex. : irréalisme de la prophétie de l'évanouissement du Droit dans la théorie marxiste), deux reproches généraux peuvent être adressés à ce courant doctrinal.

1) Le positivisme apparaît, tout d'abord insuffisant en ce qu'il prétend se borner à l'observation des règles applicables à un moment donné, dans un pays déterminé. Il importe également de s'interroger sur leur valeur. Or, cette appréciation ne peut être menée que par référence à des valeurs supérieures telles que la justice, l'équilibre, l'équité, l'égalité renvoyant, au fond, aux doctrines idéalistes.

2) Cette insuffisance porte en germe un danger. Le positivisme, en refusant toute appréciation de valeur, impose aux individus de se soumettre à l'ensemble des règles formulées par l'Etat, y compris les plus injustes. Il interdit aux juristes de se prononcer sur les orientations du système juridique, il exclut toute critique de leur part à l'égard des lois, même les plus injustes. En bref, le positivisme impose au juriste une véritable démission.

Ex. : il est significatif, à cet égard, de relever l'empressement des régimes totalitaires à adopter les thèses du positivisme étatique ou de l'école historique afin d'imposer, au nom de l'autorité de l'Etat ou du sens de l'Histoire, les lois les plus inhumaines.

Conclusion. – Quelle conclusion convient-il de retenir de cette confrontation des doctrines positivistes et idéalistes ? Au-delà d'une opinion personnelle qu'il vous appartient de vous forger, il est probable que la solution la moins mauvaise soit, ici comme souvent ailleurs, dans le compromis, dans l'équilibre.

Le juriste ne saurait se passer d'être positiviste mais ce positivisme doit être tempéré par la recherche d'un idéal. La référence à un idéal impose au juriste d'élaborer, à partir des dispositions du Droit positif, les solutions qui se rapprochent de la conception du Juste qu'il a fait sienne. Ainsi, lorsqu'un texte est susceptible de plusieurs interprétations, il tentera de faire triompher celle qui lui paraît conforme à l'idéal qui l'anime. Il le fera par le biais de l'argumentation. L'art rejoint alors la science.

— ° ° ° —

Si les fondements du Droit et les caractères du Droit ont permis d'identifier la règle de Droit, il nous appartient désormais d'étudier la façon dont se regroupent ces règles au sein de ce que l'on appelle le système juridique.