

100 %
DROIT



DROIT CIVIL

3^e édition

STÉPHANE PIÉDELIÈVRE



*Introduction à l'étude
du droit*

Droit des personnes

Droit de la famille



Droit civil

**100 %
DROIT**



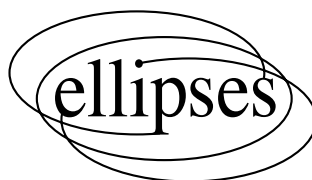
Droit civil

Introduction à l'étude du droit, les personnes, la famille

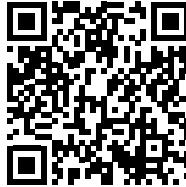
3^e édition

Stéphane Piédelièvre

Professeur à l'Université de Paris-Est



Retrouvez tous les titres de la collection et des extraits
sur www.editions-ellipses.fr



Mise en pages : Soft Office

ISBN 9782340-115903

Dépôt légal : juillet 2026

©Ellipses Édition Marketing S.A.

8/10 rue la Quintinie 75015 Paris



Le Code de la propriété intellectuelle et artistique n'autorisant, aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article L. 122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale, ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite » (alinéa 1^{er} de l'article L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Table des matières

Partie I

Introduction à l'étude du droit

Titre 1

Les notions générales sur le droit	15
------------------------------------	----

Chapitre 1

L'objet du droit	16
------------------	----

Section 1

Les caractères de la règle de droit	17
-------------------------------------	----

§ 1 – Le caractère obligatoire	17
--------------------------------	----

§ 2 – Le caractère sanctionnateur de la règle de droit	20
--	----

Section 2

La distinction de la règle de droit et des autres règles de conduite	22
--	----

§ 1 – La distinction entre les règles de droit et les règles morales	22
--	----

§ 2 – Les règles de droit et les règles religieuses	29
---	----

§ 3 – Les règles de droit et les règles corporatives	29
--	----

Chapitre 2

Les fondements du droit	30
-------------------------	----

Section 1

L'idéalisme juridique	30
-----------------------	----

§ 1 – Les différentes théories	31
--------------------------------	----

§ 2 – Les objections	33
----------------------	----

Section 2

Le positivisme juridique	35
--------------------------	----

§ 1 – Les différentes théories	35
--------------------------------	----

§ 2 – Les objections	38
----------------------	----

Chapitre 3

La science juridique	39
----------------------	----

Section 1

La classification des branches du droit	39
---	----

Sous-section 1

Le principe de la distinction du droit public et du droit privé	39
---	----

§ 1 – La réalité de la distinction entre droit public et droit privé	40
--	----

§ 2 – Les intérêts de la distinction entre droit public et droit privé	41
--	----

<i>Sous-section 2</i>	
Les différentes branches du droit	42
§ 1 – Les branches du droit privé et du droit public	42
§ 2 – Les branches combinées	58
Sections 2	
Les méthodes juridiques	60
§ 1 – Les méthodes juridiques	61
§ 2 – Le raisonnement juridique	66
Section 3	
Les instruments auxiliaires de la science juridique	69
§ 1 – Les instruments de type comparatif	69
§ 2 – Les instruments de type révélateur	71
 Titre 2	
La règle de droit	75
 Sous-titre 1	
L'élaboration de la règle de droit	77
 Chapitre 1	
L'élaboration formelle : la loi	82
Section 1	
Les textes législatifs	82
<i>Sous-section 1</i>	
Les textes internes	82
§ 1 – La détermination des textes législatifs	82
§ 2 – Les caractéristiques des textes législatifs	88
<i>Sous-section 2</i>	
Les textes internationaux	89
§ 1 – Les traités et les accords internationaux	90
§ 2 – Le droit européen	97
Section 2	
Les lois formelles	103
§ 1 – Les conditions de l'application de la loi	104
§ 2 – L'application de la loi dans le temps	109
§ 3 – L'application de la loi dans l'espace	117
 Chapitre 2	
L'élaboration spontanée : la coutume et la jurisprudence	118
Section 1	
La coutume	119
§ 1 – Les fonctions de la coutume	120
§ 2 – Les caractères de la coutume	123

Section 2	
La jurisprudence	125
§ 1 – Le rôle de la jurisprudence comme source de droit	128
§ 2 – L'autorité de la jurisprudence dans l'ordonnancement juridique	131
Sous-titre 2	
L'interprétation de la règle de droit	137
Chapitre 1	
L'interprétation juridique	137
Section 1	
Le rôle de la doctrine	138
§ 1 – L'influence de la doctrine sur la jurisprudence	139
§ 2 – L'influence de la doctrine sur la loi	139
Section 2	
Les manifestations de la doctrine	140
§ 1 – Les ouvrages élémentaires et les ouvrages d'enseignement	140
§ 2 – Les monographies et notes de jurisprudence	142
Chapitre 2	
L'interprétation administrative	143
Section 1	
L'interprétation à tendance normative	143
Section 2	
L'interprétation à tendance explicative	145
Titre 3	
Les droits subjectifs	147
Sous-titre 1	
Les critères et les catégories des droits subjectifs	149
Chapitre 1	
Les différentes catégories de droits subjectifs	149
Section 1	
Les droits patrimoniaux et les droits extrapatrimoniaux	150
§ 1 – La distinction des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux	150
§ 2 – La notion de patrimoine	151
Section 2	
Les droits réels et personnels	156

Chapitre 2	
Les différentes sources des droits subjectifs	159
Section 1	
Les actes juridiques	160
§ 1 – L’acte juridique conventionnel	160
§ 2 – Les actes juridiques unilatéraux	164
Section 2	
Les faits juridiques	165
§ 1 – Les délits civils	165
§ 2 – Les quasi-contrats	167
Sous-titre 2	
La réalisation des droits subjectifs	169
Chapitre 1	
La preuve	169
Section 1	
Les principes généraux du droit des preuves	171
§ 1 – L’objet de la preuve	172
§ 2 – La charge de la preuve	175
Section 2	
Les différents procédés de preuve	181
§ 1 – Les preuves écrites	182
§ 2 – Les preuves non écrites	194
Section 3	
L’utilisation des différents procédés de preuve	200
§ 1 – La preuve des actes juridiques	200
§ 2 – La preuve des faits juridiques	206
Chapitre 2	
L’action en justice et le jugement	206
Section 1	
Les principes généraux du procès civil	206
§ 1 – Les caractéristiques de l’action en justice	207
§ 2 – Les différents aspects de l’action en justice	209
Section 2	
Le déroulement d’un procès civil	211
Chapitre 3	
L’organisation judiciaire	212
Section 1	
Les juridictions	213
§ 1 – La distinction entre les tribunaux de l’ordre judiciaire et les tribunaux de l’ordre administratif	213
§ 2 – Les juridictions judiciaires	216

Section 2	
Les magistrats et auxiliaires de la justice	222
§ 1 – Les magistrats	222
§ 2 – L’avocat	224
§ 3 – Les greffiers	225
§ 4 – Le commissaire de justice	226

Partie II

Les personnes

Titre 1	
Les personnes physiques	229
Chapitre 1	
La définition juridique de la personne physique	230
Section 1	
L’existence des personnes physiques	230
§ 1 – Le point de départ de la personnalité juridique	230
§ 2 – La cessation de la personnalité juridique	234
Section 2	
Les droits de la personnalité	238
§ 1 – Les droits sur le corps humain	238
§ 2 – Les droits sur les attributs juridiques de la personnalité	248
Chapitre 2	
L’individualisation de la personne physique	257
Section 1	
L’état civil	257
§ 1 – La tenue de l’état civil	258
§ 2 – Les registres de l’état civil	259
§ 3 – Les actes de l’état civil	262
§ 4 – Les décisions relatives à l’état civil	265
Section 2	
Le nom	268
§ 1 – Le nom de famille	269
§ 2 – Les accessoires du nom	274
§ 3 – Les caractéristiques juridiques du nom	278

Section 3	
Le domicile	283
§ 1 – Les caractères du domicile	283
§ 2 – La détermination du domicile	287
§ 3 – Les intérêts attachés à la notion de domicile	288
Chapitre 3	
La capacité	289
Section 1	
La protection du mineur	290
Sous-section 1	
L'autorité parentale	291
§ 1 – Le fonctionnement de l'autorité parentale	293
§ 2 – Les contrôles de l'autorité parentale	299
Sous-section 2	
La tutelle des mineurs	302
§ 1 – Les causes d'ouverture et de fin de tutelle	303
§ 2 – L'organisation et le fonctionnement de la tutelle	304
Sous-section 3	
Le mineur émancipé	315
Section 2	
La protection du majeur	316
Sous-section 1	
La protection occasionnelle du majeur	317
§ 1 – L'acte juridique	317
§ 2 – Les faits juridiques	318
Sous-section 2	
La protection durable du majeur	319
§ 1 – Les mesures de protection contractuelle	320
§ 2 – Les mesures de protection judiciaire	323
Titre 2	
Les personnes morales	343
Chapitre 1	
Les caractéristiques de la personne morale	344
Section 1	
La diversité des personnes morales	344
§ 1 – Les personnes morales de droit public	344
§ 2 – Les personnes morales de droit privé	345

Section 2	
La nature juridique des personnes morales	347
§ 1 – Les attitudes négatives	348
§ 2 – Les attitudes réalistes	349
Chapitre 2	
Les conditions des personnes morales	350
Section 1	
L'existence de la personne morale	350
§ 1 – La vie de la personne morale	350
§ 2 – L'identification de la personne morale	352
Section 2	
Les pouvoirs de la personne morale	353
§ 1 – L'activité patrimoniale de la personne morale	353
§ 2 – L'activité judiciaire des personnes morales	355

Partie III

La famille

Titre 1	
Le couple	363
Sous-titre 1	
L'union	365
Chapitre 1	
Les couples mariés	366
Section 1	
Les préliminaires du mariage	368
§ 1 – Le courtage matrimonial	368
§ 2 – Les fiançailles	369
Section 2	
Les éléments constitutifs du mariage	370
§ 1 – Les éléments d'ordre volontaire	371
§ 2 – Les éléments d'ordre social exigés pour la validité du mariage	376
§ 3 – La nullité	384

Section 3	
Les rapports entre époux	387
§ 1 – Le régime primaire impératif	387
§ 2 – Le régime matrimonial adopté par les époux	395
Chapitre 2	
Les couples non mariés	399
Section 1	
Le Pacs	399
§ 1 – Les conditions de formation du Pacs	400
§ 2 – Les effets du Pacs	402
Section 2	
Le concubinage	409
Sous-titre 2	
La désunion	411
Chapitre 1	
La séparation de corps	412
Section 1	
Les conditions de la séparation de corps.	412
§ 1 – Les causes de la séparation de corps	412
§ 2 – La procédure de la séparation de corps	413
Section 2	
Les effets de la séparation de corps	414
§ 1 – Les effets personnels	414
§ 2 – Les effets patrimoniaux	414
Section 3	
La durée de la séparation de corps	416
Chapitre 2	
La rupture des couples mariés	416
Section 1	
Les cas de divorce	419
§ 1 – Les divorces par consentement mutuel	420
§ 2 – Les divorces remèdes	430
§ 3 – Le divorce sanction	434
Section 2	
La procédure de divorce	438
§ 1 – La phase préparatoire	439
§ 2 – La phase de jugement	442

Section 3	
Les effets du divorce	447
§ 1 – La date des effets du divorce	447
§ 2 – Les conséquences du divorce pour la personne des époux	452
§ 3 – Les conséquences patrimoniales du divorce.	454
§ 4 – Les conséquences du divorce pour les enfants	467
Chapitre 3	
La rupture des couples non mariés	469
Section 1	
Le Pacs	469
§ 1 – Les causes de dissolution	470
§ 2 – Les effets de la dissolution	471
Section 2	
Le concubinage	472
Titre 2	
L'enfant	475
Chapitre 1	
La filiation d'origine par procréation naturelle	476
Section 1	
Les règles générales à l'établissement de la filiation	480
§ 1 – La place de la vérité biologique	480
§ 2 – Les conditions d'établissement de la filiation	481
§ 3 – Les présomptions relatives à la conception	485
Section 2	
L'établissement de la filiation	485
§ 1 – L'établissement extra-judiciaire de la filiation	485
§ 2 – L'établissement judiciaire de la filiation	494
Section 3	
Les contestations de filiation	498
§ 1 – L'ouverture de l'action en contestation	499
§ 2 – Les conséquences de l'action en contestation	499
Chapitre 2	
La filiation par procréation médicalement assistée	500
Section 1	
Les conditions de la procréation médicalement assistée	501
§ 1 – Les conditions d'accès à la procréation médicalement assistée	501
§ 2 – Les techniques de procréation médicalement assistée	503

Section 2	
Les conséquences de la procréation médicalement assistée sur la filiation	506
§ 1 – Les conditions de fond	501
§ 2 – Les conditions de procédure	505
Chapitre 3	
La filiation adoptive	508
Section 1	
Les règles communes à l'adoption simple et l'adoption plénière	509
§ 1 – Les conditions de fond	509
§ 2 – Les conditions de procédure	513
Section 2	
L'adoption simple	516
§ 1 – Les conséquences de l'adoption simple à l'égard de la famille par le sang	516
§ 2 – Les conséquences de l'adoption simple à l'égard de la famille adoptive	516
Section 3	
L'adoption plénière	519
Bibliographie	521
Index alphabétique	523

Partie I

INTRODUCTION À L'ÉTUDE DU DROIT

1. Qu'est-ce que le droit ? Il suffit de consulter n'importe quel dictionnaire pour se convaincre que les acceptions de ce mot sont nombreuses et variées¹. S'agit-il de prérogatives conférées par telle ou telle puissance supérieure, divine ou supradivine ? Est-ce un ensemble de règles permettant le fonctionnement le plus correct possible de l'état social ? Ou s'agit-il de bénéfices individuels qui peuvent appartenir aux citoyens ?

Le mot droit est susceptible de plusieurs sens. Il en existe deux principaux.

Dans un premier sens, et l'on parle de Droit objectif, le mot droit désigne un ensemble de règles imposées par l'autorité publique. Le but de ces règles consiste à gouverner et à organiser la société et la situation qui y est faite. Cette situation de l'individu peut être celle qui est la leur face aux pouvoirs publics ou face aux autres individus, par exemple dans la famille.

Le Droit objectif apparaît comme une règle de conduite. Il délimite ce qui est autorisé à l'individu et ce qui lui est interdit. Dans ce sens, le caractère essentiel de la règle de droit est d'être générale et impersonnelle. Elle s'impose sans distinction à toute personne qui se trouve dans une situation déterminée. Par exemple, l'article 388 du Code civil prévoit que l'on est majeur à dix-huit ans. En conséquence, toute personne de nationalité française âgée de dix-huit ans est majeure.

La règle de droit n'a pas pour fonction de régir des situations particulières. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que « la loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Il arrive fréquemment que la règle de droit s'adresse non pas à tous les individus,

1. Jestaz, *Définir le droit... ou l'observer*, RTD civ., 2017775.

mais à une catégorie de personnes. Par exemple, les règles relatives aux effets du mariage s'appliquent seulement aux personnes mariées. La règle est toujours générale, car toute personne visée par la règle de droit sera soumise à elle.

Dans ce premier sens, on parle de Droit objectif, parce qu'il est défini par son seul objet, abstraction faite de toute considération personnelle.

Dans un second sens, et on parle alors de droits subjectifs, le mot droit désigne les pouvoirs des particuliers, les prérogatives ou les possibilités d'action reconnues à une personne déterminée. On parle de droits subjectifs, parce que ceux-ci ont un sujet, à savoir l'individu qui en est titulaire. Ainsi, on dit parfois qu'une personne déterminée a un « droit » à faire valoir, une prérogative à exercer, qu'elle dispose en somme d'un pouvoir de droit.

2. Pour différents qu'ils soient, ces deux sens ne sont pas indépendants. Lorsqu'une prérogative déterminée est accordée à une personne, elle résulte d'une règle générale. On peut ainsi dire que les droits subjectifs procèdent du Droit objectif. Un exemple tiré de l'obligation alimentaire le démontre. L'article 205 du Code civil dispose que « les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin ». Un parent démuné exerce un droit subjectif en réclamant une pension à un enfant plus fortuné. Mais il ne peut le faire qu'en raison de l'existence d'une règle générale, d'une règle de Droit objectif, à savoir ici l'article 205 du Code civil.

Il importe également de relever que la notion même de droit implique une référence sociale. Il est certain que si l'homme entièrement isolé a peut-être besoin d'une éthique, aucune référence de type juridique ne peut lui être nécessaire ; sa volonté est à la fois sa règle et son attribut. On peut seulement concevoir le droit comme l'action et l'expression d'un rapport social, ce qui n'implique pas d'ailleurs que le droit soit la seule règle de conduite sociale.

L'existence des règles de droit apparaît comme une conséquence nécessaire de la vie en société. *Ubi societas, ubi jus*. La vie en société n'est possible que si chacun des membres la composant a limité ses prérogatives, ses activités de manière à permettre l'exercice par autrui de prérogatives semblables. Kant avait d'ailleurs défini le droit comme « l'ensemble des conditions qui limitent les libertés pour rendre possible leur accord ».

Bien qu'ayant un caractère général, cette introduction à l'étude du droit se concentrera peu à peu sur le droit civil auquel elle est rattachée. Il sera nécessaire de commencer par mieux définir la règle de droit que ce qui a été fait pour le moment. Pour cette raison, on envisagera d'abord des notions générales sur la règle de droit (titre 1^{er}). Ensuite, on s'attachera à la règle de droit (titre 2). Enfin, on précisera les différents droits subjectifs (titre 3).

Titre 1

Les notions générales sur le droit

3. Le droit se caractérise par un langage spécifique¹. Le langage juridique a formé tout un vocabulaire qui lui est propre. Chaque mot aura ainsi un sens spécifique selon les situations où il est utilisé. De ce vocabulaire juridique est née une dichotomie entre des termes d'appartenance juridique exclusive et d'autres étroitement liés au langage commun². Comme on a pu le dire, exposer devant des personnes non averties, que la grosse est une expédition particulière de la minute, et l'auditoire se demandera quel est l'établissement psychiatrique le plus adapté car ce langage est incompréhensible pour un non initié. Il en va de même de mots comme dol, emphytéose ou anatocisme.

Certains mots sont dits à double appartenance, car ils sont liés aux mots courants, mais ils imposent de tenir compte du contexte dans lequel ils sont utilisés pour en percevoir le sens véritable. Selon le contexte, certains mots juridiques ont un sens similaire avec le vocabulaire commun, comme contrat, divorce ou témoigner, alors que d'autres ont un sens totalement différent, comme meuble, aliments, fruit. Par exemple, le terme fruit, dans le langage juridique, désigne un bien produit périodiquement et régulièrement par les choses sans altération de leur substance. Il peut y avoir des fruits naturels (terre, animaux), des fruits industriels (produits obtenus par le travail de l'homme) ou des fruits civils (contrat, capital), alors que dans le langage courant, le fruit est un aliment faisant partie de notre consommation quotidienne.

Le législateur est conscient du caractère difficilement compréhensible de certains termes juridiques. Pour cette raison, il est fréquent qu'il définisse certains termes juridiques³. Une loi du 12 mai 2009 dite de simplification du droit a supprimé

1. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd. ; également Souriou et Lerat, *Le langage du droit*, PUF, 1975 ; *Le français juridique comme langue spécialisée*, Bruyant, 1995.

2. Sur ce point Cornu, *Linguistique juridique*, *op. cit.*

3. Cornu, *Les définitions dans la loi*, Mélanges Vincent, Dalloz, 1981, p. 77.

certaines mots réputés désuets. La vente à réméré est devenue la vente avec faculté de rachat, l'antichrèse gage immobilier. De même depuis de la réforme du droit des contrats et les obligations par l'ordonnance du 10 février 2016 l'acte sous seing privé s'est transformé en acte sous signature privée. La connaissance et la compréhension du droit passent par la connaissance de ce langage¹.

4. Une meilleure définition du droit nécessite la recherche de l'objet du droit (chapitre 1^{er}) Une fois celle-ci effectuée, il sera nécessaire de s'interroger sur les fondements du droit (chapitre 2). Cela permettra de tenter de savoir comment la règle de droit peut être justifiée, quels en sont les buts et le contenu. On terminera par envisager ce que l'on appelle la science juridique qui permettra d'avoir une vision plus concrète de cette discipline (chapitre 3).

Chapitre 1

L'objet du droit

5. Le droit ne doit pas être considéré seulement comme l'appréhension des règles juridiques; il est également réalisation d'une intention et manifestation de cette intention. Il existe un balancement entre sa forme abstraite et sa forme concrète. Cela tient au fait que la règle de droit gouverne l'organisation de la société et les rapports entre individus. Elle fait régulièrement l'objet de critiques. Certaines sont injustes, d'autres sont inutiles. Elles présentent une part de vérité qui ne remet pas cependant en cause sa nécessité. Certaines théories prédisaient même sa disparition. Dans l'analyse marxiste, le droit est un instrument d'oppression de la classe dominée par la classe dominante. Le communisme devant déboucher sur une société sans classe, le droit faute de raison d'existence devrait alors disparaître.

La règle de droit apparaît comme une règle de conduite et même de conduite sociale. Elle n'est cependant pas la seule. La personne est soumise ou elle se soumet volontairement à d'autres règles de conduites, par exemple à celles qui lui sont dictées par la morale ou la religion. Pourtant, il n'existe pas d'identité entre ces différentes règles et il est nécessaire de les dissocier. Pour ce faire, on doit commencer par analyser les caractères de la règle de droit (section 1), ce qui permettra de la distinguer des autres règles de conduite (section 2).

1. Pour faciliter cette connaissance, il existe des vocabulaires ou des lexiques juridiques par exemple Cabrillac (sous la dir. de), *Dictionnaire de vocabulaire juridique* 2026, LexisNexis; Cornu (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, 2024; Guinchard et Debard, *lexique des termes juridiques*, Dalloz, 33^e éd., 2025.

Section 1

Les caractères de la règle de droit

6. Toute règle de droit s'applique dans une société déterminée, à tous ceux qui sont soumis aux autorités de cette société. Elle est générale et impersonnelle. Par voie de conséquence, elle s'applique à toute personne qui se trouve dans une situation déterminée. Ce caractère permet d'éviter l'arbitraire. Elle ne serait plus impartiale, si elle tendait à favoriser un ou plusieurs individus strictement déterminés.

Pour autant, cela ne signifie pas que la règle de droit régit nécessairement tous les individus. Pour s'appliquer, des conditions doivent être réunies. Or il arrive que seul un petit nombre de personnes réalise ces conditions. Il existe actuellement une tendance à la création de règles de droit au profit d'une catégorie particulière. Cette évolution n'est pas récente. Il y a déjà longtemps que les commerçants se voient appliquer des règles spécifiques. Plus récemment, il en est de même pour les consommateurs.

Mais l'époque récente accentue ce phénomène. Comme l'avait indiqué Ripert, « l'intérêt général sombre dans la satisfaction de ces intérêts particuliers ». Depuis plusieurs années, la notion de consommateur est apparue. Elle a modifié fortement certains contrats traditionnels. Malgré tout, ces nouvelles règles conservent un caractère de généralité, en ce sens qu'elles régissent tous ceux qui se trouvent dans cette situation.

Pourtant, ce caractère général et personne n'est pas spécifique à la règle de droit. Il s'applique également à d'autres règles, notamment celles morales ou religieuses. La véritable spécificité de la règle de droit tient à ce qu'elle est obligatoire (§ 1) et sanctionnée (§ 2) par l'autorité publique.

§ 1 – Le caractère obligatoire

7. La question se pose de savoir d'où vient le caractère obligatoire de la règle de droit. La réponse n'est pas uniforme ; elle dépend en grande partie des époques et des pays.

La règle de droit est parfois édictée par l'État, par l'autorité publique qui l'impose aux différentes personnes qui le composent. On se trouve alors en présence d'une loi, en prenant ce terme dans un sens large qui englobe aussi bien les dispositions votées par le Parlement, que les décrets et les arrêtés. Actuellement, la loi est aujourd'hui et de beaucoup la source la plus importante du droit.

Dans notre système juridique, le législateur peut tout faire, mais cela pose alors un problème d'ordre politique, celui de savoir s'il est opportun d'édicter telle ou telle règle de droit. Il n'existe pas de réponse précise. Tout dépend du but que le législateur veut poursuivre, des transformations qu'il entend faire subir à la société.

Il existe tout de même des données dont tout législateur doit tenir compte, s'il veut édicter des lois susceptibles d'être appliquées. Il ne peut pas légiférer dans l'abstrait, il ne peut le faire qu'en partant de l'état de fait dans lequel se trouve la société par laquelle il légifère. Cette question des données du droit a été exposée par Gény qui oppose le donné au construit¹. Le construit est la règle juridique qui doit être élaborée sur des données précises, sur l'état de fait applicable à la société qu'il convient de régir.

8. On citera ici certains de ces facteurs. Historiquement, le facteur religieux a eu une grande importance. Les règles de droit qui ont été primitivement sanctionnées dans la plupart des pays étaient des règles issues de la religion. Dans ces conditions, il apparaît que le législateur ne peut pas aller brutalement à l'encontre des croyances religieuses, même lorsque ces règles ne correspondent plus qu'à des opinions. Il ne peut pas les méconnaître, sinon il risque de faire des lois qui ne s'appliqueront pas, auxquelles les personnes résisteront. Ce phénomène religieux est atténué en France, mais il est très présent dans de nombreux autres États.

Le législateur doit également tenir compte du facteur moral. Même dans un pays où le droit est complètement laïcisé, il existe un fonds d'idées morales qui sont reçues par une grande partie de la population. Les lois qui méconnaîtraient des principes de morale généralement reconnus risqueraient de ne pas être appliquées, de se heurter à une grande résistance. Cela ne signifie pas d'ailleurs que toutes les règles morales admises dans un pays soient susceptibles d'être érigées en des règles juridiques.

Un troisième facteur, qui aujourd'hui est de loin le plus important, consiste dans le facteur économique. Les lois sont faites pour s'adapter aux besoins économiques d'un pays. La législation d'un pays essentiellement agricole n'est pas la même que celle d'un pays essentiellement industriel. Le législateur doit également tenir compte des lois économiques qui sont souvent plus fortes que celles juridiques.

Les lois doivent également s'adapter aux transformations économiques de la société. Au début du XIX^e siècle, la société française d'agricole est devenue industrielle, ce qui a fait apparaître de nouveaux biens et de nouveaux besoins. Il a fallu

1. Gény, *Méthode d'interprétation et source en droit positif français*, 2^e éd.

adopter une nouvelle législation. Il en va de même à l'époque contemporaine avec l'apparition et le développement du numérique qui a nécessité l'adaptation des règles existantes et la création de nouvelles.

Le législateur exerce également une influence importante sur la production et sur la répartition des richesses. Par exemple, la législation fiscale a pour but d'aboutir à une modification des règles de la répartition des richesses, modification qui trouve son origine dans un principe de justice, car il s'agit de rendre la répartition meilleure que celle qui résulterait du libre jeu des lois économiques.

9. À côté de la loi, d'autres règles sont issues de la coutume. Historiquement, elle est d'ailleurs apparue en premier. Il s'agit d'un usage reçu, pratiqué par ceux qui s'y trouvent soumis et qui le considèrent comme obligatoire, en raison de son ancienneté. Elle a joué un rôle prépondérant en France, jusqu'à la révolution de 1789. Si cette source de droit n'a plus aujourd'hui qu'un rôle limité, elle n'a pas pour autant perdu toute influence.

10. La force obligatoire de la règle de droit a deux degrés. Il est nécessaire de distinguer les lois impératives et les lois non impératives. Les lois impératives sont celles dont les particuliers ne peuvent éluder l'application. Par exemple, des époux désirant rompre un mariage sont tenus de respecter les règles du divorce.

Les lois non impératives sont celles dont les particuliers peuvent écarter l'application, en manifestant une volonté contraire. En édictant ces lois, le législateur interprète la volonté probable d'une personne. La loi supplée la volonté de l'individu. Lorsque des époux se marient sans passer de contrat de mariage, leur régime matrimonial sera celui de la communauté réduite aux acquêts. Mais ils ont toute liberté pour adopter un autre régime matrimonial, comme celui de la séparation de biens. De telles lois sont également appelées interprétatives, dans la mesure où le législateur interprète la volonté probable des parties. Il suppose que les parties ont voulu telle chose, tout en leur laissant la possibilité d'en décider autrement. Par exemple en matière de vente, le Code civil prévoit que l'acheteur doit prendre livraison de la chose à l'endroit où elle se trouvait au moment de la vente. Les parties ont cependant la possibilité de convenir d'un autre lieu, par exemple le domicile de l'acquéreur.

Existe-t-il une contradiction entre le caractère obligatoire de toute règle de droit et le caractère non impératif de certaines lois ? On pourrait être tenté de répondre par l'affirmative, mais en réalité il n'en est rien. Une loi même non impérative s'applique dès lors que les conditions en sont réunies. Pour reprendre l'exemple de la vente, si rien n'a été prévu par le contrat, la livraison de la chose devra nécessairement se faire là où elle se trouvait lors de la conclusion du contrat. La loi ne

s'impose pas si les parties ont décidé d'y déroger. Entre loi impérative et loi non impérative, il existe une différence de degré dans l'obligatoire, mais non une différence de nature.

§ 2 – Le caractère sanctionnateur de la règle de droit

11. La présence d'une sanction est sans doute ce qui caractérise le mieux la règle de droit, même si la sanction a pu être qualifiée d'inconnue du droit¹. Cette présence va, dans une certaine mesure, reconforter l'homme. D'une part, s'il doit faire quelque chose, il aura tendance à suivre la voie qui lui est tracée par sa raison plutôt que de subir les méfaits de la contrainte; d'autre part, si quelque chose lui est dû par l'un de ses semblables, il sait qu'il pourra avoir recours au Droit objectif en vue d'obtenir la protection qui lui est nécessaire.

Les sanctions juridiques peuvent faire l'objet de plusieurs classifications. On distingue en premier lieu les sanctions préventives et les sanctions curatives. Les sanctions préventives interviennent pour éviter une transgression de la règle de droit. Le Code civil prévoit des hypothèses d'opposition à mariage. Celles-ci ont pour tout d'empêcher la célébration d'un mariage irrégulier. Les sanctions curatives réparent la violation d'une règle de droit. Un contrat irrégulièrement conclu sera annulé. Elles prennent parfois un aspect de contrainte pour obliger un individu à se conformer à la règle de droit.

En second lieu, il est possible de dissocier les sanctions civiles, les sanctions pénales, les sanctions administratives et les sanctions disciplinaires. Les sanctions civiles résultent de la violation d'une règle de droit privé. Les sanctions pénales sont constituées principalement par des peines prononcées à l'encontre d'un délinquant. La violation de certaines lois constitue une infraction qualifiée de crime, de délit ou de contravention. Les sanctions administratives relèvent du droit public. Les sanctions disciplinaires sont prononcées contre un membre d'une profession par un organe professionnel.

12. Il arrive qu'un même événement déclenche plusieurs sanctions, le plus souvent une sanction civile et une sanction pénale. Ainsi, un automobiliste renverse un passant dans la rue et le blesse. Tout d'abord, il pourra être poursuivi devant le juge répressif; la société dont l'ordre a été troublé exigera l'application d'une sanction pénale; l'auteur de cet accident pourra être condamné à une peine de prison ou à une peine d'amende, c'est-à-dire à une peine « corporelle » ou à une peine « patrimoniale », s'il a commis une infraction, par exemple en conduisant en état d'ivresse.

1. Jestaz, *La sanction cette inconnue du droit*, D., 1986 197.

Pour l'instant, avec la sanction pénale, l'accident ne fait naître que des rapports entre l'homme et la société. Mais cet accident intéresse aussi les rapports entre particuliers ; et là le droit civil interviendra. En effet, la personne blessée a subi un dommage ; ce dommage sera évalué ; et l'auteur de l'accident, le responsable, devra verser une indemnité. Il s'agit de la sanction civile. En quoi consiste-t-elle ? Elle se traduit par une indemnisation ou plus juridiquement par l'octroi de dommages et intérêts. La sanction civile va donc consister dans l'allocation de dommages et intérêts.

Il existe de très nombreuses hypothèses où sanction pénale et sanction civile sont parfaitement indépendantes l'une de l'autre. Ainsi, un industriel cause un dommage à ses voisins à la suite de l'émission de fumée ou de bruit. Ses voisins qui sont ainsi lésés peuvent demander des dommages et intérêts. Il y a ce qu'on appelle trouble de voisinage, c'est-à-dire perturbation apportée dans les relations normales qui doivent exister entre voisins, soit en ville, soit à la campagne. La sanction qui frappe cet industriel est, en principe, une sanction civile ; dans la plupart des cas, il n'est pas question de sanction pénale, parce que cet industriel respecte tous les règlements en vigueur ; on lui reproche uniquement de faire du bruit ou d'envoyer des fumées. À l'inverse, il peut y avoir sanction pénale sans sanction civile.

13. Le progrès du droit a permis de limiter les pouvoirs des particuliers en conférant aux autorités de l'État des prérogatives nécessaires pour faire jouer la sanction. À l'origine, en effet, les particuliers, lorsqu'ils étaient victimes de tel ou tel agissement, appliquaient eux-mêmes la sanction. Ils se faisaient justice eux-mêmes. On parlait, à cette époque, de peine privée ; ce qui signifie que la sanction ainsi appliquée par la victime elle-même n'est pas forcément à la mesure du préjudice subi et qu'elle peut dépasser ce préjudice. Les peines privées subsistent encore exceptionnellement dans notre droit. Elles ont toujours une incidence pécuniaire. Leur profit sera alloué à la victime. Le recel de succession en fournit une bonne illustration. Il consiste dans le fait pour un héritier de dissimuler une partie des biens de la succession ou de la communauté. L'article 778 du Code civil prévoit que le receleur sera privé de sa part dans les objets divertis.

14. Aujourd'hui, au contraire, il incombe aux autorités de l'État de faire jouer la sanction, qu'elle soit civile ou pénale. Cette intervention consiste le plus souvent dans un jugement rendu par le tribunal compétent. La solution est logique, car il s'agit le plus souvent d'exercer une contrainte sur une personne. Seule l'autorité publique est amenée à le faire. Nul ne peut se faire justice à soi-même.

Section 2

La distinction de la règle de droit et des autres règles de conduite

15. La distinction de la règle de droit et des autres règles de conduite n'est pas évidente et pour cette raison elle ne repose pas sur des critères rigides. Comme l'avait noté Carbonnier, «le droit est plus petit que l'ensemble des relations entre les hommes¹». Les sociétés primitives n'ont pas dissocié les différents préceptes de conduite. Tel n'est plus le cas aujourd'hui. Pour cette raison, il est nécessaire d'envisager les rapports entre les règles de droit et celles de morales (§ 1), puis ceux entre les règles de droit et celles religieuses (§ 2) et enfin ceux entre les règles de droit et celles corporatives (§ 3).

§ 1 – La distinction entre les règles de droit et les règles morales

Pour Ihering, la distinction des règles de droit et des règles morales constituerait «le cap Horn de la science juridique». Avant d'éprouver la valeur de la distinction entre le droit et la morale (B), il est nécessaire de dissocier ces deux notions (A).

A – La dissociation du droit et de la morale

16. La sanction juridique se présente comme étant imposée de l'extérieur. Dans la société où l'on vit, on doit observer une certaine discipline pour que s'établissent des relations normales avec nos semblables. Il s'agit donc bien d'une contrainte extérieure. Les autorités de l'État, par l'intermédiaire de leurs subordonnés, vont tout mettre en œuvre pour que les règles juridiques soient respectées, grâce précisément aux sanctions.

À l'origine, il existait une confusion entre le droit et la morale, en ce sens que chaque homme trouvait en lui-même les ressources suffisantes pour respecter un certain état de choses. On a parlé de l'influence exercée par la religion notamment. Mais, à un certain moment, une séparation s'est opérée entre ce qui est du domaine de la morale et, ce qui est du domaine du droit.

La morale est constituée par tout ce qui est en relation avec la conscience, avec le «for interne». Lorsqu'on parle de morale, l'homme est envisagé isolément, en tant qu'unité, du point de vue de son amélioration personnelle et de ses réactions les plus intimes. Chacun répond, devant le tribunal de sa conscience, de tel ou tel acte qu'il a pu accomplir, de telle action qu'il a pu commettre; il est à la fois juge

1. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., p. 21.

et partie, en ce sens qu'il est invité à sanctionner ses propres fautes. Avec le droit, au contraire, l'homme n'est plus considéré isolément, mais dans ses rapports avec les autres hommes ; il est jugé par un autre homme, tel est le rôle du magistrat. Ainsi, la règle de droit apparaît avec un caractère essentiellement objectif, alors que la règle morale revêt une physionomie subjective. Il en résulte une différence de but. Le droit se place sur un plan essentiellement pratique : il cherche à réaliser l'ordre et la justice dans la société. La morale a un but élevé, elle tend au perfectionnement de l'être humain.

La séparation entre la règle de droit et la règle morale a été accentuée par la philosophie individualiste. Par exemple, Emmanuel Kant et Jean-Jacques Rousseau ont cherché à isoler tout ce qui est du domaine de la conscience, de telle façon qu'il n'y ait dans ce domaine aucune ingérence, aucun contrôle de l'État. Le XVIII^e siècle a apporté à cet égard une formule qu'il est important de connaître dans l'évolution des mœurs et des institutions : il a fait de la morale un « domaine réservé ». Tout au long du XIX^e siècle, on va respecter cette distinction entre la règle de droit et la règle morale. On ne touchera pas aux idées fondamentales mises en relief par les philosophes individualistes.

17. Il en résulte que le droit et la morale n'ont pas le même champ d'application. Celui de la morale est beaucoup plus large que celui du droit, car la morale contrôle nécessairement tous nos actes. Puisqu'elle tend au perfectionnement de l'être, la morale apprécie non seulement la valeur de tous nos actes, mais aussi de toutes nos pensées et même de nos abstentions. Elle concerne non seulement les règles de conduite envers nos semblables, mais aussi celles envers nous-mêmes. Le droit, au contraire, concerne seulement les rapports avec nos semblables. Pour cette raison Robinson, seule sur son île, sera assujéti à des règles morales, mais non à des règles de droit.

Le droit et la morale ont une conception différente de la justice. Pourtant, ils partent d'un but commun qui est celui de la justice avec nos semblables. Toutefois, cette justice n'est pas conçue de la même façon. La morale exige une justice absolue. De son côté, le droit se contente d'une justice relative, humainement réalisable. En outre, le droit n'a pas seulement pour but la réalisation de la justice dans nos rapports avec nos semblables, il doit poursuivre la recherche d'une autre valeur, indispensable à la vie en société qui est l'ordre et la sécurité.

Parfois l'ordre devra prévaloir. On en prendra un exemple simple tiré de la prescription acquisitive. Lorsqu'une personne est restée en possession, pendant un certain temps, en principe trente ans, d'un bien qui appartient à une autre personne, le droit décide qu'elle en devient propriétaire. Cette règle est contraire à la morale dans la mesure où le véritable propriétaire se trouve dépouillé. Le droit

admet cette solution parce que l'expérience démontre que presque toujours ceux qui sont en possession depuis longtemps sont les véritables propriétaires. Ces possesseurs deviennent des usurpateurs uniquement dans des cas très rares. La justice parfaite voudrait qu'on les oblige à restituer. Mais l'ordre y perdrait, car les situations acquises depuis longtemps pourraient être contestées, et de telles contestations sont source d'insécurité.

18. Cet exemple démontre que le droit ne se confond pas avec l'équité. Celle-ci se définit comme la réalisation d'une justice parfaite dans chaque cas particulier¹. Pour savoir si une solution est équitable, il faut l'examiner dans une application déterminée, dans un cas particulier. La règle de droit au contraire doit être générale et sûre et par conséquent il ne faut pas qu'elle puisse s'infléchir facilement en vue de quelques cas particuliers, sans quoi elle perdrait le bénéfice de la généralité et de la sécurité.

Dans l'ancienne France où le droit était plus proche de la morale qu'aujourd'hui, on admettait que les juges décident en équité, c'est-à-dire qu'ils puissent ne pas appliquer une règle de droit dans un cas particulier et qu'ils aient la possibilité de substituer à la règle juridique une solution de justice absolue dans le cas particulier de l'espèce. Ce droit ainsi accordé aux juges avait été la source d'une très grande insécurité dans les relations juridiques. Certains anciens auteurs critiquaient ce pouvoir en disant « Dieu nous garde de l'équité des parlements ». Comme l'avait indiqué le Chancelier Michel de l'Hospital, « si vous trouvez, en pratiquant, que l'ordonnance soit dure, difficile, mal propre et incommode pour le pays que vous jugez, vous la devrez pourtant garder jusqu'à ce que le législateur la corrige² ». Les rédacteurs de Code civil ont fortement limité ce rôle de l'équité qui n'est toutefois pas absent de notre droit et qui constitue même une source subsidiaire.

19. La dernière différence entre le droit et la morale tient à la sanction. La règle morale ne comporte pas de sanction matérielle; elle se contente de sanctions morales, de la réprobation ou de sanctions religieuses. La règle juridique, au contraire, comporte nécessairement une sanction par la force. Elle peut être imposée à l'individu par la force publique. Le droit ne peut se passer de cette force. Comme l'avait indiqué Pascal, « il est juste que ce qui est juste soit suivi, il est nécessaire que ce qui est le plus fort soit suivi. La justice sans la force est impuissante; la force sans la justice est tyrannique. La justice sans force est contredite, parce qu'il y a toujours

1. Albiges, *De l'équité en droit privé*, LGDJ, 2000; Agostini, *L'équité*, D., 1978 chron. 7.

2. Michel de l'Hospital, *Discours prononcé à Rouen le 17 août 1563*.

des méchants. La force sans la justice est accusée. Il faut donc mettre ensemble la justice et la force, et pour cela faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste¹ ».

B – La valeur de la distinction entre la règle juridique et la règle morale

20. La morale n'est jamais très éloignée du droit ; elle serait même un facteur de droit². Il conviendrait donc de réaliser un certain rapprochement entre les deux disciplines. Or, comment ce rapprochement peut-il être réalisé ? Tout d'abord, en fonction de cette idée qu'avec le droit comme avec la morale, il est question d'un certain idéal de justice.

Ensuite, quand on se penche sur un certain nombre de règles de droit, on constate qu'il y a en elles un caractère qui permet de les confondre plus ou moins avec les règles morales. Par exemple, l'article 6 du Code civil indique que toutes dispositions contraires aux « bonnes mœurs » sont prohibées. Or, que représente la notion de bonnes mœurs, sinon une notion morale ? Il existe aussi des textes qui condamnent l'ingratitude ou l'indignité de telle ou telle personne. Ainsi le donateur va pouvoir révoquer la donation qu'il a faite, en invoquant l'ingratitude manifestée à son égard par le bénéficiaire de la donation. De même, l'article 371 du Code civil dispose que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère ».

On parle parfois d'un droit fondé sur la paix et sur l'amour : la conciliation en procédure, le délai de grâce en droit civil, l'amnistie et la grâce en droit pénal s'inspirent bien de cet idéal. Si on prend l'article 1240 du Code civil, on constate qu'il fait appel à la règle morale. Selon cet article, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Certes, bien des fautes conservent un caractère purement civil : par exemple, la faute commise par celui qui, dans les rapports de voisinage, ne respecte pas les dispositions en vigueur (ainsi, les distances à observer pour les plantations).

21. Mais il existe forcément des cas où le juge est amené à trancher la question qui lui est posée en s'inspirant de la morale courante. Parfois les principes religieux jouent un rôle important dans l'édification du droit. En effet, quelle que soit la neutralité observée par l'État, il y a, dans notre société, dans les rapports quotidiens, dans la façon de concevoir l'existence, une « toile de fond » morale ; et cette morale est en partie la morale religieuse. Pour cela, il est parfois difficile de séparer d'une façon très rigoureuse et définitive le droit de la morale.

1. Pascal, *Pensées*, § 298.

2. Pour reprendre la formule de Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 2^e éd., n° 15.

Le juge, pour trancher un litige, est bien obligé de faire appel à toutes les ressources dont il peut disposer. De ces ressources, il va faire l'inventaire. Il a des textes, tout d'abord ; il a aussi la solution qui a pu être rendue par lui il y a de cela quelque temps, ou bien qui a été rendue par d'autres magistrats. Il va rassembler tout cela. Mais il se peut que ce ne soit pas suffisant ; et à ce moment le juge va tirer de sa conscience, parce que la règle de droit n'est pas assez consistante, un certain nombre d'éléments qui vont lui permettre de prendre une décision.

Il arrive même que le juge s'affranchisse de la règle de droit. Le célèbre juge Magnaud s'est ainsi octroyé le pouvoir d'« interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi¹ ». Le 4 mars 1898, le juge Magnaud acquitte Louise Ménard jeune fille-mère qui avait dérobé du pain chez un boulanger de Charly-sur-Marne parce qu'elle n'avait rien mangé depuis deux jours. Le juge fonde sa décision, confirmée par la cour d'appel d'Amiens le 22 avril 1898, sur l'état d'absolue nécessité de la prévenue, en interprétation des dispositions de l'article 64 du Code pénal. Il rembourse lui-même le coût du vol audit boulanger. Le tribunal indique « qu'il est regrettable que, dans une société bien organisée, un des membres de cette société, surtout une mère de famille, puisse manquer de pain autrement que par sa faute ».

La difficulté tient à ce que « la notion de morale est évolutive par essence. Ce qui pouvait être jugé moralement acceptable à une époque donnée peut cesser de l'être après un certain temps² ». Les libéralités entre concubin en fournissent une illustration. Initialement celles visant à prolonger ou à prendre des relations qui étaient considérées immorales étaient nulles³. Une telle libéralité apparaissait aux yeux des juges comme l'exécution d'un pacte immoral. Puis la Cour de cassation a admis leur validité même en cas de relations adultères⁴.

22. L'équité, même si elle joue un rôle marginal n'est pas absente de la règle de droit. On relèvera qu'un article du projet de Code civil de l'an IX avait indiqué que « dans les matières civiles, le juge, à défaut de loi précise, est un ministre d'équité ». Cette disposition fut proposée par Portalis qui dans son discours préliminaire précisait que « si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives⁵ ».

1. T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898 et Amiens, 23 avril 1898, DP, 1898 329, note Josserand ; également Frison-Roche, *Le modèle du bon juge Magnaud*, Mélanges Wiederkehr, 2009, Dalloz, p. 335.

2. CEDH, 13 février 2024, n° 16760/22.

3. Cass. civ., 22 janvier 1867, DP, 1867 I 5, note Beudant ; Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1959, D., 1960 515, note Malaurie ; JCP, 1959 II 11305, note Esmein.

4. Cass. Plén., 9 octobre 2004, Bull. civ., n° 12 ; Defrénois, 2005 234, note Piédelièvre.

5. Portalis, *Écrits et discours juridiques et politiques*, 1988, PUAM, p. 29.

Les rédacteurs du Code civil n'ont accordé qu'une place réduite à cette notion. Le mot équité n'était expressément utilisé qu'à l'article 565, en matière d'accession mobilière, à l'article 1135, dans le domaine de l'exécution des contrats (désormais codifié à l'article 1194) et enfin à l'article 1854, en matière de société, disposition aujourd'hui abrogée. Les auteurs du début du XIX^e siècle se sont montrés particulièrement opposés à toute utilisation de l'équité. Selon Mourlon, un « bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi ; car il est institué pour juger selon elle, et non pas pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi, et c'est prévariquer que d'en éluder les dispositions, sous prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable que la raison ou que l'équité de la loi¹ ».

Tel n'est plus le cas aujourd'hui et désormais le législateur, certes avec parcimonie, n'hésite plus à utiliser le mot d'équité dans des textes de lois. L'article 278 alinéa 1^{er} du Code civil dispose, lors du prononcé d'un divorce sur demande conjointe, que les époux « fixent le montant et les modalités de la prestation compensatoire dans la convention qu'ils soumettent à l'homologation du juge ». Son alinéa 2 ajouté que le juge peut refuser « d'homologuer la convention si elle fixe inéquitablement les droits et obligations des époux ». De son côté, l'article 815-13 alinéa 1^{er} prévoit que « lorsqu'un indivisaire a amélioré à ses frais l'état d'un bien indivis, il doit lui en être tenu compte selon l'équité, eu égard à ce dont la valeur du bien se trouve augmentée au temps du partage ou de l'aliénation ».

Les parties à un litige peuvent demander au juge en vertu de l'article 12 alinéa 4 du Code de procédure civile² ou à un arbitre en application de l'article 1474 de statuer en qualité d'amiable compositeur pour les droits dont elles ont la libre disposition. Comme l'avait indiqué le tribunal de grande instance de Paris, « en conférant au tribunal le pouvoir d'amiable composition, les parties ont manifesté leur volonté de voir trancher leur litige non pas en application des seules règles de droit, mais aussi d'obtenir une solution équitable et acceptable par une adaptation, s'il y a lieu, du droit à l'ensemble des circonstances de fait régissant les rapports des parties³ ».

Le législateur a étendu cette possibilité de recourir à l'équité, au Défenseur des droits, depuis la loi constitutionnelle de modernisation de la V^e République du 23 juillet 2008. La loi organique du 29 mars 2011 précise le statut, les missions et les pouvoirs de cette nouvelle autorité constitutionnelle indépendante. Pour une réclamation touchant une personne privée, son article 25 prévoit que ce défenseur

1. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon*, t. 1, 5^e éd., 1858, Marescq, p. 58.

2. « On avancera, sans trop d'audace, que tout jugement, même très motivé en droit, est d'abord un verdict d'équité » Bredin, *La loi du juge*, Mélanges Goldman, 1982, Litec, p. 15.

3. TGI Paris, 27 mai 1987, Rev. arb., 1987 521, note Flécheux.

« peut faire toute recommandation qui lui apparaît de nature à garantir le respect des droits et libertés de la personne lésée et à régler les difficultés soulevées devant lui ou à en prévenir le renouvellement. Il peut recommander de régler en équité la situation de la personne dont il est saisi ».

23. On assiste également depuis quelques années au développement de ce que l'on dénomme les principes généraux. Le Conseil constitutionnel utilise fréquemment cette notion pour déclarer inconstitutionnelle certaines lois. Il en va de même pour la Cour de cassation et du Conseil d'État. La jurisprudence a fondé l'existence d'un principe général d'enrichissement sans cause d'une règle « d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'autrui¹ ». L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a intégré dans le Code civil les modalités de recours permettant de contester un enrichissement injustifié en codifiant les exigences progressivement déterminées et systématisées par la jurisprudence.

24. Les textes, aussi minutieux qu'ils soient, ne sont quand même pas assez complets pour fixer sur les moindres détails la réglementation d'une situation, sur la façon de se comporter dans telle circonstance de la vie. Il ne faut pas qu'ils le soient, d'ailleurs, sinon on aurait l'impression d'être littéralement écrasés (n'a-t-on pas d'ailleurs cette impression dans notre société actuelle ?) par une réglementation qui nous suivrait pas à pas dans notre existence. Le droit est donc nécessairement complété par la morale. Il y a un contact qui s'établit inévitablement entre le droit et la morale, malgré la neutralité ou, si l'on veut, la laïcité de l'État ; les pouvoirs publics, surtout dans le monde où l'on vit, ne peuvent se désintéresser de l'amélioration morale de l'homme ; par la morale ils peuvent vaincre ou cantonner les intérêts privés.

Il convient donc de maintenir la distinction entre les deux disciplines. La meilleure preuve est qu'il existe aussi bien dans la morale que dans le droit des facteurs qui ne supportent pas ce contact. Par exemple, tout ce qui est du ressort de la charité demeure propre à la morale. De même, pour le droit, tout ce qui se rapporte au domaine économique n'est pas, en principe, peu influencé par la morale. Il est bien évident que la morale et le droit peuvent être en conflit.

Le droit et la morale constituent deux disciplines distinctes². L'une a pour objectif la vie en société, l'amélioration des rapports entre particuliers ou encore des rapports entre les particuliers et les autorités de l'État. L'autre s'intéresse

1. Cass. req., 15 juin 1892, S., 1893 I 281, note Labbé.

2. Sur l'absence de coïncidence du domaine de ces deux matières Jestaz, *Les frontières du droit et de la morale*, RRJ, 1983 334 ; également Bureau, Drummond et Fenouillet (sous la dir. de), *Droit et morale*, Dalloz, 2011.

essentiellement au perfectionnement individuel, sans considérer, au premier plan, le bien de la société. Malgré tout, il existe une certaine forme de morale qui est forcément au contact du droit.

§ 2 – Les règles de droit et les règles religieuses

25. Les règles religieuses ont un caractère obligatoire pour les fidèles de la religion considéré. Elle comprend même des sanctions, non seulement celles qui sont promises pour une autre vie, mais aussi certaines qui sont d'application immédiate, par exemple l'excommunication. Par-là, elles se rapprochent davantage des règles de droit. Mais il existe malgré tout une grande différence. Si les règles religieuses sont sanctionnées, elles le sont par l'autorité même qui les a édictées et non par l'autorité publique. Or ce qui est spécifique à la règle de droit, ce n'est pas l'existence d'une quelconque sanction, mais son origine étatique. Cette distinction est assez récente dans notre droit et elle est loin d'avoir un caractère universel.

Cette solution résulte du principe de laïcité posé par l'article 1^{er} de la constitution de 1958 en vertu duquel : « la France est une République indivisible, laïque, démocratique et religieuse ». Pour autant, cela n'empêche pas la liberté religieuse.

§ 3 – Les règles de droit et les règles corporatives

26. L'État réglemente directement certaines professions, par exemple en exigeant un diplôme particulier pour le pratiquer. En ce cas, on se trouve en présence d'une véritable règle de droit. Les groupements professionnels édictent également certaines règles applicables à l'ensemble de leur membre. La valeur de ces règles se pose alors. Le plus souvent ces groupements sanctionnent leur non-respect. *A priori*, ces règles ne sont pas des règles de droit dans la mesure où les sanctions ne sont pas prononcées par l'autorité publique.

Mais cette distinction s'atténue fortement pour ne pas dire qu'elle disparaît pour les professions comportant une autorité disciplinaire, par exemple le conseil de l'ordre des avocats ou le conseil de l'ordre des médecins. En créant une telle autorité, l'État reconnaît une valeur juridique aux règles édictées par l'autorité par l'exercice de la profession ; il s'approprie en quelque sorte ces règles et les sanctions qui résultent de leur violation. La meilleure preuve en est que les décisions prises par les ordres professionnels peuvent faire l'objet de recours devant les juridictions judiciaires.

Chapitre 2

Les fondements du droit

27. Tout individu est soumis à une loi contraignante dont l'autorité publique assure le respect sous peine de sanctions. Il est nécessaire de se demander comment ce pouvoir de contrainte se justifie. On ne trouve pas de réponse uniforme. Il existe depuis longtemps un débat qui perdure toujours. Il s'agit de savoir s'il existe, sous-jacente à l'ordonnancement juridique, une explication globale du droit¹. De manière schématique, il existe deux grandes théories dont chacune se subdivise d'ailleurs en plusieurs courants. Elles sont en contradiction totale. Elles présentent le mérite de faire ressortir la dualité de fondement du droit. Elles permettent de savoir pourquoi une règle de droit est contraignante et pourquoi dans un pays donné et à une époque donnée les règles de droit ont des contenus différents. Pour cette raison, on envisagera successivement la théorie dite idéaliste (section 1) puis celle dite positiviste (section 2).

Section 1

L'idéalisme juridique

28. Le point de départ de l'idéalisme juridique est simple dans son principe. Il existerait, non pas parallèlement, mais au-dessus de l'ordonnancement du droit positif un certain idéal que la règle de droit est tenue de respecter. On parle également de droit naturel. Il existe donc des principes extérieurs qui fondent et qui influencent la règle de droit, qu'il s'agisse de Dieu, de la raison ou de la nature. Le droit serait alors la traduction de l'idée de droit. Cette idée a été parfaitement énoncée par Michelet, lorsqu'il a affirmé que «... le droit n'est droit qu'autant qu'il est conforme au Droit, à la raison absolue». On envisagera les différentes théories qui ont été proposées (§ 1), avant de voir les objections qu'elles soulèvent (§ 2).

1. Atias, *Philosophie du droit*, PUF, 1999; Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, LGDJ, 1979; *La philosophie du droit*, PUF, 2000; Oppetit, *Philosophie du droit*, Dalloz, 1999; Troper, *La philosophie du droit*, 4^e éd., PUF, 2015; Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, 1962; *Philosophie du droit*, Dalloz, t. 1, 1982; t. 2, 1984.

§ 1 – Les différentes théories

L'idée d'un droit naturel est très ancienne¹. On la trouve d'abord chez les philosophes grecques. On cite toujours à ce propos un passage de l'*Antigone* de Sophocle qui pose en des termes très nets cette question du droit naturel. Créon prétend faire défense à Antigone de donner une sépulture à son frère. Antigone a enfreint la défense. Le roi lui adresse alors ce reproche.

« Créon : Connaissez-vous la défense que j'avais faite »

Antigone : Je la connaissais

Créon : Comment avez-vous pu braver cette loi

Antigone : Ni Dieu, ni la justice, aucun de ces dieux qui ont donné des lois aux hommes ne l'avait promulguée. Je ne pensais pas que vos ordres puissent prévaloir sur la volonté des immortels, sur ces lois qui ne sont point écrites et qui ne sauraient être effacées. Ce n'est pas d'aujourd'hui, ce n'est pas d'hier que ces lois existent, elles sont de tous les temps et personne ne peut dire quand elles ont pris naissance ».

Le conflit entre le droit positif et le droit naturel est parfaitement posé. En face d'une loi injuste qui choque, l'individu répond qu'elle n'a pas de valeur parce qu'elle est contraire à la loi naturelle faite par les dieux.

Aristote, quant à lui, ne croit pas au caractère immuable du droit naturel. Identifiant le droit à la justice, il donne une analyse demeurée célèbre de la distinction de la justice distributive et de la justice commutative. La justice distributive consiste à donner à chacun ce qui lui revient en tenant compte des différences qui existent entre individus. Traiter de manière égale des gens qui se trouvent dans des situations inégales est une injustice. La justice commutative est au contraire l'équivalence des obligations et des charges, et elle régit, par exemple les échanges économiques.

L'inspiration de saint Thomas est aristotélicienne. Sans préjudice de la loi divine ou éternelle qui est inaccessible à l'homme par les seules lumières de la raison, il y a une loi naturelle et une loi humaine et il faut que la seconde soit le reflet de la première. Mais la nature même de l'homme est muable, ce qui donne aux lois le même caractère.

Ainsi conçu, le droit naturel est fondamentalement une méthode expérimentale, ce qui conduit à rechercher ce qui convient le mieux aux fins de l'homme et de la société, mais ce qui leur convient d'après l'observation des réalités.

1. Sériaux, *Le droit naturel*, 2^e éd., PUF, 1999.

29. Face à ces courants, au ^{xvii}^e siècle est apparue l'école du droit de la nature et des gens fondée par le jurisconsulte néerlandais Grotius. Il s'inscrit dans la tradition du droit naturel. Mais il lui donne un contenu supplémentaire : certes il est lié au droit divin, et Grotius se réfère volontiers au thomisme, mais le droit divin opère à travers la personne humaine : chacun porte en soi le droit voulu par Dieu. Le droit est l'attribut de la dignité que le créateur a reconnue à l'homme. Mais le créateur a également fait de l'homme un être « sociable » : il a le souci de la vie en commun, et il est amené, même s'il ne le veut pas, à vivre en paix avec les autres. La raison en est que l'homme porte en lui son propre droit, son droit de propriété sur lui-même, qui ne peut exister que s'il respecte celui des autres. Annonçant parfois la philosophie des Lumières, Grotius invoque ici la raison, ou encore « l'entendement humain, source du droit ». Ce droit « sociable », et sans doute inséparable de la nature de l'homme, conduit à respecter le bien d'autrui, à tenir sa parole, à être responsable des dommages causés, et à punir ceux qui enfreignent ces règles de conduite¹.

30. Une certaine laïcisation du droit naturel est intervenue au ^{xvii}^e et au ^{xviii}^e siècle par certains auteurs, notamment par Rousseau qui considère que la loi naturelle est celle que peut découvrir la raison humaine et qui estime que si la loi positive faite par le droit est contraire à cette raison elle ne doit pas être obligatoire. Dans le contrat social, Rousseau imagine que les hommes ont d'abord vécu à l'état de nature. Ensuite, ils ont fait un contrat pour permettre la vie en société. Par ce contrat, ils ont aliéné au pouvoir social une partie de leurs prérogatives. Ils ne les ont toutefois pas toutes aliénées, parce qu'il existe certaines prérogatives qui tiennent à la nature humaine et qui ne peuvent pas être aliénées. Il s'agit là des droits naturels que la loi positive doit respecter. Si le pouvoir social abuse des prérogatives qui lui ont été conférées par ce contrat social, s'il édicte des lois qui portent à des prérogatives essentielles du droit humain, elles sont sans valeur.

Cette tentative philosophique d'établir un droit naturel s'est traduite de manière très concrète sur le plan politique, avec l'établissement de chartes et de déclarations de droits aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles : *Bill of Rights* (1689) en Grande Bretagne, Déclaration d'indépendance (1776) et *Bill of Rights* (1791) aux États-Unis, et enfin Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 en France. Toutes

1. « Cette sociabilité, ou ce soin de maintenir la société d'une manière conforme aux lumières de l'entendement humain, est la source du droit proprement nommé, et qui se réduit en général à ceci : qu'il faut s'abstenir religieusement de ce qui appartient à autrui, lui restituer ce qui lui appartient, ou le profit que l'on en a tiré ; l'obligation de remplir ses promesses ; la réparation des dommages commis par faute ; le mérite d'être puni par les autres hommes quand on a failli à ses obligations » Grotius, *De jure belli ac pacis*, 1625.

ces déclarations, d'esprit similaire, s'inspirent des philosophes des Lumières – Locke, Montesquieu, Rousseau – et tentent de transposer dans le droit positif l'idéal philosophique d'un droit naturel.

Tel est le cas du préambule de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Selon lui, « les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une Déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme, afin que cette Déclaration, constamment présente à tous les membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif pouvant à chaque instant être comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

En conséquence, l'Assemblée nationale reconnaît et déclare, en présence et sous les auspices de l'Être suprême, les droits suivants de l'homme et du citoyen ».

31. Des théories plus récentes ont été proposées. Stammler remet au centre de la pensée juridique la question du contenu du droit. Il récuse les deux postulats essentiels du droit naturel, qu'il estime désormais intenable : celui de la primauté du droit naturel sur le droit positif et celui de la validité absolue des axiomes du droit naturel. Le « droit juste » ne constitue en ce sens qu'un droit naturel à contenu variable, lequel ne possède aucune substance prédéterminée. Il s'agit uniquement d'un droit qui, en dépit des contingences découlant de conditions sociohistoriques déterminées et sans être détaché du droit positif, tend vers l'idée de droit juste, reflet de l'idéal social. Le droit naturel, ou ce qui en reste, exprime seulement à une époque donnée un idéal commun aux peuples de civilisation analogue.

§ 2 – Les objections

32. À partir du XIX^e siècle, le droit naturel a fait l'objet de nombreuses objections. Une première critique des droits de l'homme est venue de Marx. Selon lui, ils se prétendent universels, alors qu'ils ne sont de fait pas reconnus par tous et qu'ils sont l'expression d'une société fondamentalement bourgeoise. Toujours selon lui, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen définit en effet la liberté comme le pouvoir de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Une telle définition de la liberté apparaît à Marx comme celle de la liberté d'un individu isolé et replié sur lui-même. Ce droit se fonde alors sur la séparation des hommes et de

leurs intérêts individuels et la liberté dont il traite est avant tout la liberté d'entreprendre. Cette liberté constitue, pour reprendre la formule de Marx, « le fondement de la société bourgeoise ».

À cette époque, on a vu apparaître une tentative d'établir une limite stricte entre ce dont on peut parler de manière véritablement scientifique et ce qui relève de la métaphysique ou de la poésie. Le positivisme, terme dû au sociologue Auguste Comte, affirme que le discours véritablement scientifique peut seulement porter sur le domaine positif, c'est-à-dire l'ensemble des phénomènes observables.

Hans Kelsen, philosophe et juriste autrichien du début du ^{xx}^e siècle, affirme qu'il faut tout simplement cesser de parler de droit naturel si l'on veut tenir un discours scientifique. Les discours sur le droit naturel sont des discours idéologiques et oiseux qui n'ont aucun sens rigoureux. L'analyse du droit, si elle veut être scientifique, doit s'en tenir à la description du droit positif seulement : elle doit étudier les lois existantes, leurs rapports, etc., sans jamais se poser la question insoluble de savoir s'il existe un droit naturel ni ce qu'il est.

33. Il est vrai que les théories du droit naturel suscitent certaines objections. D'abord, il est très difficile de s'entendre sur le contenu. Chacun met dans le droit naturel les idées qui lui sont personnelles. Le droit naturel échappe alors à toute rigueur scientifique, parce qu'il est affaire de croyance et non de science. Son contenu est nécessairement arbitraire. Il devient alors difficile pour ne pas dire impossible de s'en servir pour fixer des limites à la loi positive.

Ensuite, la théorie du droit naturel peut conduire à une forme d'anarchie. Si l'on considère qu'une loi positive cesse d'être obligatoire parce qu'elle est injuste, on est conduit à admettre que chaque personne a un droit à la résistance à l'oppression. Une telle résistance doit être exceptionnelle. Elle est considérée comme légitime que ce soit chez les théologiens classiques ou chez les auteurs laïques. Elle peut être passive (répondre à la violence par la violence) ou active (contraindre par l'insurrection au retrait des lois injustes). À cet égard, on peut citer l'article 35 de la constitution de 1793 en vertu duquel « quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs ».

De telles perspectives sont en grande partie utopistes. Le sentiment du juste est contingent. Chacun a son sentiment du juste et son injuste, qui ne sont pas forcément ceux d'un autre individu ou plus généralement ceux du groupe social. Peut-être surtout parce que le juste et l'injuste dépendent fondamentalement de l'opinion politique. Il est facile de critiquer la fiction démocratique, d'y voir même un processus d'oppression.

Mais dans une démocratie, dans la mesure où les droits de l'opposition sont respectés, peut-on véritablement considérer qu'il y ait un droit à l'insurrection, fondé sur un arbitraire incontestable paré de la qualification de juste¹.

Enfin, comment obliger le législateur à respecter le droit naturel ? Il est possible de rendre le droit naturel positif pour le législateur. Il suffit d'inscrire les principes de droit naturel dans la constitution de telle sorte que les lois ordinaires devront être conformes à ces principes. Le contrôle de constitutionnalité, tel qu'il est aujourd'hui prévu par la Constitution de 1958 procure des garanties importantes pour le citoyen. Elle renvoie notamment aux Préambule de la Constitution de 1946 et à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui rappellent de nombreux principes de droit naturel.

34. Une dernière observation doit être faite. Dès lors que l'on constitutionnalise le droit naturel, il cesse d'être du droit naturel pour être devenu du droit positif.

Finalement, on peut se demander si le droit naturel a une quelconque utilité. Il est un moyen d'exprimer l'injustice que l'on peut parfois percevoir face à certaines lois positives. Il présente une certaine utilité. Il peut servir à interpréter certaines lois positives. Quand une loi est obscure, il faut en déterminer le sens. Il appartient au juge de le faire. S'il l'effectue dans le sens de la justice, il s'inspire alors de précepte de droit positif. Il permet également de critiquer certaines lois ressenties comme injustes.

Section 2

Le positivisme juridique

35. Le positivisme juridique n'est pas véritablement une explication, mais plutôt une constatation. Il existe un Droit objectif, c'est-à-dire l'ensemble des règles applicables à un moment donné dans un groupe social donné, dont l'existence est la justification même. Il est nécessaire de présenter les différentes théories du positivisme (§ 1), avant de voir les objections qu'elles présentent (§ 2).

§ 1 – Les différentes théories

Les théories positivistes sont anciennes, mais elles se sont affirmées aux XIX^e et au XX^e siècle. Elles partent du postulat qu'il n'existe rien en dehors du droit positif. La règle de droit est obligatoire parce qu'elle a été constituée par les pouvoirs

1. Petot, *La résistance l'oppression*, RDP, 1958 53.

compétents, et à cette unique condition. Deux grandes tendances doivent être dégagées dans le positivisme, à savoir le positivisme juridique et le positivisme sociologique.

La doctrine du positivisme juridique fut initialement incarnée par tous les auteurs de tendance absolutiste inspirés ou non de la pensée chrétienne. Ainsi au *xvi^e* siècle, Jean Bodin et au *xviii^e* Bossuet ont lié le droit au souverain, tout en soumettant la souveraineté monarchique au respect des lois divines et naturelles. Auparavant, Machiavel avait soutenu que l'État et le droit positif ne sont pas soumis au droit naturel pas plus qu'à la morale. Dès lors que l'intérêt de l'État est en cause, le Prince ne doit pas hésiter sur les moyens que le succès impose. Hobbes a associé la notion de contrat social et celle de pouvoir absolu. Par l'effet d'un contrat social destiné à garantir l'ordre, les hommes reconnaissent le pouvoir de légiférer à un monarque absolu dont les lois ne peuvent qu'être justes, puisqu'elles sont destinées à l'intérêt général.

36. Kant va profondément infléchir cette théorie. Pour lui, le contrat social, dont il ne fait pas une réalité historique, mais un modèle conceptuel, ne suppose pas un transfert de droits individuels ou privés mais uniquement la reconnaissance d'un devoir. Le sujet qui se lie aux autres par contrat n'est pas l'homme empirique mais la personne morale. Les liens empiriques qui lient les hommes entre eux sont insuffisants en ce qu'ils impliquent une soumission à la nature et donc la perte d'autonomie de la volonté. Les volontés exigent des principes purement pratiques (non empiriques, non pragmatiques) pour se lier les unes aux autres. Le droit naturel chez Kant ne doit par conséquent pas être entendu en un sens empirique, « naturaliste ».

Toutefois, le véritable développement du positivisme étatique viendra de la doctrine allemande du *xix^e* siècle qui entend lutter contre le droit naturel, issu notamment de la Révolution française. Le principal artisan en fut Hegel. Selon une de ses formules célèbre « tout ce qui est réel est rationnel, tout ce qui est rationnel est réel ». Le sujet est la substance sociale de l'État et il atteint par-là la moralité objective. L'État est en effet le rationnel en soi et pour soi qui a un but propre et absolu, et dont en conséquence les individus doivent avoir comme devoir d'en être membres. De ce fait, l'État se présente comme une réalité de la raison, son expression juridique est nécessairement raisonnable. Il est indispensable de ne pas appréhender le phénomène juridique isolément et abstraitement, mais corrélativement à la structure donnée d'un groupe social et d'une époque.

37. Le culte de l'État a été repris par Ihering, mais de manière plus nuancée. Il part du principe selon lequel le droit est inséparable de la contrainte et de la force, donc de ce que l'État veut. Mais la force ne doit pas être abstraite ; elle doit

être finalisée. De là, il en résulte que chaque individu et non seulement l'État, doit faire prévaloir les règles qu'il juge les meilleures et de les transformer en règles de droit.

Le principal artisan de cette théorie a sans doute été Kelsen. Cet auteur rejette toute ingérence religieuse et métaphysique, toute relation avec un droit naturel dans l'établissement du droit. « Or l'idée que, dans la nature qui est une manifestation de sa volonté – ou de toute autre façon – Dieu commanderait aux hommes de se conduire d'une certaine façon, est une thèse métaphysique qui ne peut pas être acceptée d'une façon générale par une science quelconque et en particulier par la science du droit : la connaissance scientifique ne peut avoir pour objet un quelconque processus que l'on situe au-delà de toute expérience possible¹ ».

Pour cet auteur, la règle juridique se caractérise par sa soumission à l'ensemble de l'ordonnancement juridique, caractérisé par une structure pyramidale au sommet de laquelle se trouve une norme originaire dont dépend toute la structure². Une norme inférieure sera légitime uniquement si elle respecte la norme supérieure. Pour prendre un exemple tiré du droit positif, la loi votée par le Parlement doit respecter la norme supérieure qu'est la constitution. Le problème de sa théorie est de justifier le sommet de la pyramide. Il s'agit d'une norme originaire dont dépendra toute la structure. Se pose alors la question de savoir comment cette norme originaire a été élaborée.

38. À côté du positivisme juridique, il existe un positivisme sociologique. Auguste Comte en est le principal artisan. Selon lui, la pensée humaine se caractérise par trois attitudes : à l'origine théologique, c'est-à-dire l'explication du monde par l'intervention divine, puis métaphysique, à savoir l'interprétation du monde par le biais de concepts abstraits, elle en arrive à l'attitude positiviste qui se borne à étudier ce qui est observable, sans rechercher ni l'origine, ni le but de ces phénomènes.

L'influence du positivisme se retrouve dans le domaine juridique. Il existe des phénomènes observables, les règles de droit, que l'on peut relier par des constantes. Ces règles de droit sont des productions du milieu social et non pas une création d'une volonté externe, que ce soit une divinité ou l'État. Il ne peut donc pas exister de normes suprêmes, puisque le droit nécessairement positif est purement et simplement une sécrétion du milieu social.

1. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1962.

2. « La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière, qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle » Kelsen, *Théorie pure du droit*.

Pour Durkheim, il existerait une conscience collective qui différerait de la conscience individuelle de chacun des membres du groupe. Cette conscience collective, observable scientifiquement en tant que fait, permet de dégager un certain nombre de données qui constituent le fondement de la structure juridique d'un groupe déterminé. La réalité juridique serait engendrée par des faits normatifs que l'on peut appréhender par l'expérimentation. Or cette expérimentation démontre que toute règle est issue du corps social, l'État n'intervenant que pour la recevoir ou la sanctionner.

§ 2 – Les objections

39. Les théories positivistes ne réussissent pas à expliquer pourquoi selon les époques et selon les pays les règles de droit diffèrent, évoluent, disparaissent ou apparaissent. Le droit n'est aucunement le produit purement arbitraire de l'État qui déciderait de son contenu. Le droit positif résulte nécessairement d'un certain idéal.

Le positivisme juridique n'est pas en soi véritablement convaincant. Il se veut être une explication, alors qu'il n'est en réalité qu'une constatation de la prééminence et même de l'omnipotence de l'État. De ce fait, il n'y a pas d'explication. Tout est expression de l'État et toute expression de l'État est en réalité l'État lui-même.

Le positivisme sociologique suscite également certaines objections. Il est nécessaire de déterminer ce qu'il faut entendre par milieu social. Parfois, il s'agit de l'intervention des personnes les plus aptes à assumer cette tâche. Limiter le droit au seul état des mœurs conduit à une évolution rapide du droit qui doit régulièrement s'adapter aux besoins d'une population à un moment donné. Or le droit a besoin de stabilité ; les changements incessants de législation sont sources d'insécurité. Il octroie à la coutume une place plus importante que celle qu'elle occupe actuellement dans notre système juridique. Mais peut-être surtout, l'État en tant qu'il est une abstraction pure ne se confond pas avec le groupe et il peut par conséquent dès que son autorité et son autonomie s'affirment, recevoir et sanctionner ce qu'il veut. Enfin, l'évolution du milieu social et plus précisément des mœurs débouche sur des réactions diverses du corps social. Il appartiendra alors au législateur de prendre parti, quitte à ne pas satisfaire une partie de la population.

Chapitre 3

La science juridique

40. Si l'on considère que la science est une connaissance exacte et universelle exprimée par des relations constantes et vérifiables, on peut en conclure que le droit n'est pas une science. Mais si l'on estime que la science est un ensemble de connaissances générales, caractérisé par un objet et une méthode, on peut considérer, dans une conception large, que le droit est une science non pas exacte, car tout est relatif et contingent en matière juridique, mais une science humaine étudiant des interactions sociales ou étatiques.

Il est par conséquent possible de parler de science juridique. La première démarche est celle d'un classement entre les différentes branches du droit (section 1). La deuxième est celle d'envisager les méthodes pour cette étude (section 2). La troisième consiste à déterminer les différents instruments qui peuvent aider dans ce type de recherche (section 3).

Section 1

La classification des branches du droit

Pour pouvoir être convenablement appréhendé, le droit doit faire l'objet d'une systématisation qui suppose sa mise en ordre de manière cohérente. Il existe en la matière une distinction considérée comme fondamentale celle entre le droit privé et le droit public. Le droit privé régit les rapports des individus entre eux, alors que le droit public concerne l'organisation de l'État et ses rapports avec les particuliers. Il importe de dégager le principe de cette distinction (sous-section 1), avant d'envisager les différentes branches du droit (sous-section 2).

Sous-section 1

Le principe de la distinction du droit public et du droit privé

41. La distinction entre le droit public et le droit privé est quasi unanimement considérée comme une division fondamentale du droit¹. On a parfois reproché à cette distinction d'être liée à la société capitaliste, puisqu'elle refléterait une

1. Bonnet et Deumier (sous la dir. de), *De l'intérêt de la distinction droit public-droit privé*, Dalloz, 2010.

séparation entre l'intérêt collectif et les intérêts privés¹. Malgré tout, elle présente des intérêts certains, mais elle soulève par là un problème de critère. On envisagera successivement sa réalité (§ 1) puis ses intérêts (§ 2).

§ 1 – La réalité de la distinction entre droit public et droit privé

La différence entre le droit public et le droit privé apparaît de manière immédiate. Est de droit public ce qui concerne l'organisation de l'État, ce terme étant pris dans un sens large, et ses rapports avec les particulières. Sont de droit privé les rapports des individus entre eux. Il en résulte une conséquence classique. Le droit public aurait un caractère impératif, voire exceptionnel, du fait de l'intervention de la puissance publique, le droit privé serait lui plus indicatif, car il tend à régir les rapports entre les particuliers. Le droit public serait un droit de contrainte, alors que le droit privé serait un droit de consentement².

En partant de ce schéma de départ, on peut envisager certains prolongements. Dans la mesure où l'impératif tend à prendre une place plus importante dans le droit privé, on dit qu'il se publicise³. De même dans la mesure où la puissance publique utilise les techniques de droit privé, on parlera d'une privatisation du droit public.

Historiquement, la distinction n'a pas toujours existé; elle ne semble véritablement apparaître que dans les systèmes juridiques où la puissance publique est assez forte pour imposer aux particuliers les règles qui lui semblent nécessaires pour son action. Aussi peut-on considérer que de la possibilité d'intervention de l'État dépend le classement entre droit public et droit privé; s'il est faible, il utilise les règles privées; s'il est fort, il peut s'ingérer dans tout le domaine juridique.

42. Il n'est donc pas évident que cette division doive être reçue comme un axiome conforme à une logique naturelle. S'il est incontestable que l'on puisse distinguer entre droit public et droit privé, le fondement de la distinction ne réside pas dans un ordre logique, mais dans la plus ou moins grande capacité d'intervention de l'État.

1. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976, p. 182 pour qui « la distinction entre droit public et droit privé n'est donc pas "naturelle" : elle n'est pas logique en soi, elle rend compte d'une certaine rationalité, celle de l'État bourgeois ». Pour une autre vision Testu, *La distinction du droit public du droit privé est-elle idéologique?*, D., 1998 345.

2. Pour une critique de cette position Eisenmann, *Droit public, droit privé*, RDP, 1952 903.

3. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ, n° 11 et s.; Savatier, *Du droit civil au droit public*, 1950; également Rivero, *Droit public, Droit privé, conquête ou statu quo?*, D., 1947 chron. 47.

De nombreuses branches du droit sont mixtes ; on cite classiquement les droits professionnels dans lesquels l'aspect institutionnel (organisation de la profession) est de droit public, même si les techniques relèvent du droit privé. De même les droits sanctionneurs (droit pénal, procédure civile) supposant la nécessaire intervention de l'État, penchent incontestablement vers le droit public¹.

Mais il faut aller plus loin ; existe-t-il des disciplines de pur droit public (droit constitutionnel, droit administratif...) ou de pur droit privé (droit civil par exemple). On peut certainement hésiter. Prenons l'exemple du droit constitutionnel ; est-il concevable d'envisager une structure étatique purement abstraite, sans considérer la participation des individus à cette structure ? Les individus ont nécessairement des droits subjectifs, publics certes, mais qui sont des prérogatives privées. Inversement, considérons le droit civil. Il régit évidemment les relations entre particuliers. Mais qui aménage objectivement ces relations, qui les sanctionne, si ce n'est l'État ?

Aussi peut-on estimer que, dans toute branche du droit, il y a des interpénétrations, des influences réciproques plus ou moins marquées dans un sens ou dans l'autre. Mais idéalement, il ne peut y avoir ni droit privé ni droit public, puisque toute norme juridique intéresse à la fois l'État et les individus.

§ 2 – Les intérêts de la distinction entre droit public et droit privé

43. L'idée générale est que la puissance publique est directement intéressée dans le droit public alors qu'elle ne l'est que plus ou moins indirectement dans le droit privé, et donc qu'elle va bénéficier de prérogatives dites exorbitantes du droit commun (privé). Autrement dit, la prééminence de l'État dans le droit public lui permet de bénéficier de règles particulières et surtout d'utiliser des techniques spécifiques. Mais, là encore, n'est-ce pas le développement de l'autorité étatique qui lui a permis de recourir à des techniques spécifiques ?

Malgré tout, suivant la conception classique et se plaçant de manière très générale, la distinction est intéressante à deux égards. D'abord sur le plan procédural au sens large : la compétence des litiges où l'Administration est en cause appartient aux juridictions de l'ordre administratif, et les mesures classiques d'exécution ne peuvent lui être appliquées, si elle a été condamnée. Ensuite, quant au fond du droit, les particularités sont sensibles ; possibilité de prendre des décisions unilatérales

1. Marty et Raynaud, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., Sirey, n° 44 et 45.

s'imposant aux administrés, possibilité de passer des conventions dérogatoires au droit commun, régime particulier du domaine de l'État, responsabilité particulière de la puissance publique pour ne prendre que ces exemples.

L'importance de ces intérêts soulève évidemment le problème du critère de distinction, problème d'autant plus intéressant que l'intervention de la puissance publique se fait sentir dans les domaines les plus variés, même dans des domaines qui étaient réservés aux particuliers. La distinction devient de ce fait très aléatoire. Le critère doit-il être recherché dans la notion de service public ? On peut en douter, car il n'est pas toujours bon en raison de la scission entre les services industriels et commerciaux et les autres et, à la limite, il peut être considéré comme artificiel puisque le juge a tendance à qualifier de service public une situation à laquelle il lui semble ne pas devoir appliquer les règles du droit privé. Aussi la distinction doit-elle plutôt être recherchée dans les caractéristiques de la gestion opérée, privée ou publique ; mais, là encore, cette classification peut être quelque peu arbitraire, puisqu'il est assez difficile de déterminer avec certitude si c'est bien la gestion qui détermine la compétence, ou si c'est la compétence qui détermine la règle de droit applicable, donc la qualification de la gestion.

Sous-section 2

Les différentes branches du droit

44. Des regroupements peuvent être opérés autour du droit privé et du droit public. Mais si certains d'entre eux sont incontestables, d'autres laissent planer un doute ; si certaines branches s'insèrent en effet sans problème fondamental dans le droit privé ou le droit public (§ 1), les autres tiennent en réalité de chacune de ces deux grandes orientations, il s'agit de branches combinées (§ 2).

§ 1 – Les branches du droit privé et du droit public

On indiquera ici les disciplines qui relèvent incontestablement du droit privé (A) ou du droit public (B).

A – Les disciplines de droit privé

Il est nécessaire de dissocier le droit civil (1) des autres disciplines (2).