

LEÇON 1

DROIT, MORALE ET RELIGION

- I. Droit et morale
- II. Droit et religion

Droit, morale et religion font l'objet de **définitions différentes**, mais ont pour point commun de regrouper des règles.

Le mot « **droit** » est susceptible de **plusieurs acceptions**. Il s'agirait de l'objet de la justice. D'un point de vue formel, le droit est un ensemble de règles consacrées par l'autorité publique.

L'étymologie du mot « morale » vient du latin *moralis*, traduction par Cicéron du grec *ta èthica* qui désigne ce qui a trait aux mœurs et de façon générale, aux règles de conduite.

L'étymologie du mot « religion » est incertaine. Pour certains, il fait référence aux verbes **ligare ou religare qui signifie lier, relier**. La religion constituerait donc un lien entre les personnes et concernerait les relations entretenues avec une divinité. Pour d'autres, la religion signifie revenir sur ce que l'on fait et renvoie donc aux scrupules, à la ferveur. La religion édicte des règles afin d'organiser les relations avec la Divinité ainsi qu'avec les autres personnes.

Les rapports entre ces trois notions sont complexes et évolutifs.

I. Droit et morale

Si, *a priori*, le droit et la morale ne se recourent pas, il n'en est pas toujours ainsi.

A. Distinctions du droit et de la morale

La morale et le droit auraient des **origines différentes**. En effet, la morale est issue d'une **révélation divine ou spirituelle** alors que le droit est la conséquence de l'**activité de certaines autorités**. En France, il s'agit, essentiellement, des autorités législatives ou réglementaires.

Le domaine de la morale est étendu et englobe à la fois les rapports à autrui, mais aussi les rapports à soi-même, voire même à une Divinité. Le droit est censé être moralement neutre et édicte les règles nécessaires à la vie en société. La morale régit également la pensée et les envies alors que le droit s'en désintéresse.

La **morale** est destinée à améliorer l'individu, il s'agit fréquemment d'un **idéal à atteindre** alors que le droit est destiné à être respecté par tous.

La sanction de la morale relève essentiellement de la conscience, alors que la méconnaissance du droit entraîne l'application de sanctions.

Chaque individu peut s'imposer volontairement le respect de la morale, ou plutôt d'une

morale dont il détermine les limites. Inversement, le droit se manifeste par un caractère général et absolu. Mais, le droit s'inspire parfois de règles morales. Ainsi, en est-il notamment des droits fondamentaux.

Cette inspiration est particulièrement manifeste dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dont le Préambule dispose :

« 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. »

La référence à la morale est bien marquée.

B. Rapprochements du droit et de la morale

La **morale inspire parfois le droit**. La **justice est une forme de morale**. Aristote distingue deux formes de justice : commutative et distributive. La justice commutative suppose d'assurer une égalité arithmétique entre les biens des individus. La justice distributive suppose d'opérer une meilleure répartition des richesses. Il s'agit alors d'une égalité subjective et relative dépendant des besoins de chacun.

Le **droit est parfois indifférent à la justice**, ce que critique une partie de la doctrine qui considère que la justice devrait influencer sur le droit. Ainsi, pour Perelman, « Le droit se développe, en équilibrant une double exigence, l'une d'ordre systématique, l'élaboration d'un ordre juridique cohérent, l'autre, d'ordre pragmatique, la recherche de solutions acceptables par le milieu, parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable. »

Le **droit encadre parfois la justice** en prévoyant un régime adéquat à la réalisation de celle-ci. Ainsi, il serait moralement injuste d'obliger une personne à exécuter une convention conclue sous la contrainte, c'est la raison pour laquelle le droit organise la possibilité de prononcer la nullité d'un contrat si le consentement de l'une des parties est vicié (articles 1108 et suivants du code civil).

Le **droit peut aussi s'opposer à la justice**. Cette opposition entre droit et justice est reprise par Perleman selon lequel pour que l'application du droit soit susceptible d'être acceptée par tous, elle doit être raisonnable. En effet, « le droit admis n'est plus simplement le droit imposé par le législateur : il faut s'assouplir pour le concilier avec ce qui est considéré comme équitable et raisonnable ; c'est le sens dans lequel évolue le droit contemporain dans toutes les sociétés démocratiques, où la simple affirmation par voie d'autorité est fortement contestée. »

Plus encore, pour Gorphe, « Les juges, chargés d'appliquer à la fois la loi et la justice, hésitent quand elles ne s'accordent pas et cherchent un accommodement, en s'inspirant de l'esprit de la loi et des principes qui dominent les dispositions particulières. L'esprit d'équité permet d'adapter la règle générale aux particularités de l'espèce ».

II. Droit et religion

Les rapports entre droit et religion sont complexes. Ainsi, si le point de savoir si la religion influence le droit ne peut donner lieu à une réponse claire, l'examen du droit positif permet d'attester de la prise en compte de la religion par le droit.

A. La religion, source du droit ?

Les **influences de la religion** sur le droit sont parfois inexistantes, notamment concernant des dispositions techniques de droit de l'environnement ; parfois évidentes, comme en matière de droit de la famille.

Le **droit va parfois à l'encontre de certaines religions**. Ainsi, l'excision n'est pas admise par le droit et est constitutive d'infractions pénales. Les parents de l'excisée sont susceptibles d'être poursuivis pour omission de porter secours à personne en péril (article 223-6 du code pénal), alors que l'auteur de cet acte commet des violences ayant entraîné une mutilation permanente (articles 222-7 et suivants du code pénal ;

qualifications retenues par Crim., 22 avril 1986), mais non des tortures ou actes de barbarie, dans la mesure où cette qualification ne peut être retenue que si l'auteur a l'intention spécifique de faire souffrir (article 222-1 du code pénal).

Plus encore, l'article 226-13 du code pénal relatif au secret professionnel n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. Tel est notamment le cas en cas d'excision constatée par un médecin, l'article 226-14 du code prévoyant que le secret n'est pas applicable à « celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ».

De même, le divorce est autorisé et réglementé par le droit (articles 229 et suivants du code civil) alors que certaines religions le prohibent.

Par contre, certaines pratiques religieuses sont tolérées alors même qu'elles seraient susceptibles d'être qualifiées pénalement. Tel est le cas de la circoncision, qui résulte d'une coutume neutralisant l'application de la loi pénale susceptible d'être rattachée à l'article 122-4 du code pénal qui prévoit l'irresponsabilité pénale de celui qui commet un acte autorisé ou prescrit par la loi ou le règlement.

B. Le droit des religions

En principe, il conviendrait concernant la religion d'évoquer à la fois **la liberté de conscience**, ainsi que le droit, le cas échéant, de la pratiquer.

Cette liberté et ce droit font l'objet de l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme intitulé « Liberté de pensée, de conscience et de religion ».

Il dispose ;

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester

sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

La France a longtemps connu un régime de fusion de l'Église et de l'État. La religion catholique était considérée comme la religion d'État (Concordat de Bologne de 1516 signé par François I^{er}).

La liberté de culte est accordée aux protestants par l'édit de Nantes promulgué par Henri IV en 1598. L'Édit a été ensuite suspendu par Louis XIV (1685) jusqu'à l'Édit de tolérance de 1787. La liberté de conscience est accordée par l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, mais la Constitution civile du clergé de 1790 maintient le catholicisme comme religion d'État. Le Concordat de 1801 établit l'union de l'Église et de l'État. Progressivement sont reconnues officiellement trois autres religions (deux religions protestantes et la religion juive).

La loi du 9 décembre 1905 introduit un système de séparation des Églises et de l'État (sauf en Alsace-Moselle alors allemande).

Depuis lors, les pouvoirs publics veillent au respect du **principe de laïcité** proclamé par la Constitution (article 1^{er}). Ainsi, la loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics a notamment inséré, dans le code de l'éducation, un article L. 141-5-1 disposant que :

« Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit.

Le règlement intérieur rappelle que la mise en oeuvre d'une procédure disciplinaire est précédée d'un dialogue avec l'élève. »

Par ailleurs, afin de **lutter contre les mouvements sectaires** et les abus engendrés a été adoptée la loi du 12 juin 2001 tendant à renforcer

la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Cette loi permet la dissolution civile des sectes et rend possible l'exercice de poursuites pénales envers les personnes morales pour la commission de certaines infractions intentionnelles.

■ ■ ■ REPÈRES

- **Article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme et 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** : liberté de conscience et de religion.
- **Articles 229 et suivants du code civil** : réglementation du divorce.
- **Article 222-1 du code pénal** : incrimination des actes de torture et de barbarie.
- **Loi du 9 décembre 1905** : séparation des Églises et de l'État.
- **Loi du 12 juin 2001** : lutte contre les sectes.
- **Loi du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics** : insertion de l'article L. 141-5-1 dans le code de l'éducation interdisant le port de signes religieux dans les écoles, collèges et lycées publics.

■ ■ ■ POUR GAGNER DES POINTS

L'obligation naturelle

L'obligation est un lien de droit entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier peut exiger de l'autre, le débiteur l'exécution d'une prestation ou le respect d'une abstention.

Dans un sens restreint, l'obligation est la dette du débiteur, sujet passif du rapport de droit, envers le créancier, sujet actif, dont le droit est inclus dans la créance. L'obligation, c'est la prestation que doit fournir le débiteur : donner, faire ou ne pas faire quelque chose (article 1101 du code civil).

L'obligation naturelle n'est pas visée par ce texte. Elle se distingue de l'obligation civile en ce qu'elle n'est pas susceptible d'**exécution forcée**.

En effet, l'exécution d'une **obligation naturelle** résulte d'un **devoir de conscience**. Ainsi, si l'obligation alimentaire entre ascendants et descendants est une obligation civile, celle existant entre collatéraux est une obligation naturelle.

Ainsi, l'article 205 du code civil « les enfants doivent des aliments à leurs père et mère ou autres ascendants qui sont dans le besoin » n'a pas d'équivalent concernant les collatéraux.

Sont également des obligations naturelles, les obligations civiles qui ne peuvent plus donner lieu à une action en justice, en raison de l'écoulement du temps (prescription).

Les dettes de jeux, visées par les articles 475 et 477 du code civil, sont également des obligations naturelles en ce qu'elles ne peuvent donner lieu à exécution forcée.

Mais si le débiteur exécute volontairement et en connaissance de cause une obligation naturelle, il a exécuté une obligation reconnue par le droit. En effet, une obligation naturelle peut parfaitement se transformer en obligation civile (Civ. 1, 10 octobre 1995).

LEÇON 2

POSITIVISME ET DROIT NATUREL

- I. Le positivisme
- II. Le droit naturel

Les philosophes et les juristes s'interrogent sur le **fondement du droit**. Le droit doit-il être conforme à ce qu'il devrait être, à un droit idéal : le droit naturel ou s'agit-il d'un phénomène résultant de la seule volonté de l'entité compétente pour édicter des normes ?

I. Le positivisme

Il existe plusieurs doctrines du positivisme, lequel s'est progressivement transformé.

A. Les doctrines classiques du positivisme

La constante du courant positiviste est de considérer qu'il n'y a rien en dehors des phénomènes du droit. **Tout droit serait contenu dans la règle positive.**

On trouve des traces du positivisme chez les philosophes anciens. Ainsi pour **Socrate**, la loi s'impose par le fait même qu'elle est la loi, peu importe qu'elle soit juste (470-399 avant notre ère).

Le positivisme juridique ou étatique se retrouve ensuite chez les **théoriciens du pouvoir**, qu'ils soient inspirés par la pensée chrétienne, comme Bodin (1530-1596) ou Bossuet (1627-1704) ou qu'ils partent d'une conception pessimiste

de l'homme, comme Machiavel (1469-1527) ou Hobbes (1588-1679).

Toutefois, voir tout le droit dans les règles posées par l'État conduit au **culte de la loi** et à la méthode de l'**exégèse** qui consiste à cantonner la doctrine dans un rôle d'explication des textes pour les adapter aux situations concrètes révélées par la pratique.

Il existe un **positivisme** proprement **juridique**. Selon cette doctrine, le droit s'identifie aux règles de droit en vigueur dans un État à une époque donnée. Cette théorie explique la diversité des droits positifs étatiques.

Pour Hobbes (1588-1679), le droit peut être identifié à la loi qui exprime la volonté de l'État. Plus loin encore, Hegel (1770-1831) estime que le droit s'identifie à l'État même. **Jhering** (1818-1892) insiste, quant à lui, sur la contrainte qui s'attache à la règle de droit. Le droit est la politique de la force.

Pour **Kelsen** (1881-1973), créateur de la « théorie pure du droit », le droit est un système de normes hiérarchisées. Les normes inférieures puisent leur force dans les normes supérieures et ce, jusqu'à la Constitution.

Le **positivisme scientifique** considère que le droit a pu être présenté comme issu de

l'économie, de l'histoire ou de la sociologie.

Le courant économiste est illustré par les thèses de la philosophie utilitariste du XVIII^e siècle (Bentham, 1748-1832) et considère que l'ordre social a pour source et pour but la recherche du plaisir. Le droit est le produit de cette recherche.

Le positivisme ouvert sur le fait remonte au XIX^e siècle et a notamment été formulé par **A. Comte** (1798-1857). Le droit puise son origine, non dans la volonté de l'État, mais dans les phénomènes sociaux, comme les mœurs ou les coutumes. La société générerait les règles de droit qui lui conviendraient le mieux.

B. L'évolution du positivisme

L'évolution se manifeste à travers la **transcendance** du courant positiviste. Le positivisme transcendant se manifeste de différentes façons. Il signifie, de façon générale, que si le droit se résume à la règle juridique, celle-ci permet parfois d'englober des notions relevant du droit naturel.

La législation révolutionnaire a manifesté son intérêt pour une **sublimation de la loi** qui passe par sa formulation et sa valeur. Ainsi, la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen** du 26 août 1789 contient des formules entraînant et recherchées.

Postérieurement, la transcendance s'exprime à travers la soumission volontaire de l'État au droit : c'est le développement de la notion d'État de droit. De la sorte, les citoyens sont protégés par le droit. Ainsi, l'État doit exprimer les règles, notamment pénales, à l'avance pour que les citoyens puissent adapter leur comportement au droit et doit permettre de contester les jugements par l'existence de voies de recours.

Une autre forme de **transcendance** réside dans le **développement des Droits fondamentaux** qui, en étant formulés par la loi, sont entrés dans la positivité juridique. Plus encore, ces textes ont acquis progressivement la valeur d'une Loi fondamentale irriguant tout le droit positif. Ainsi, en France, la Déclaration des droits de

l'homme et du citoyen de 1789 appartient au bloc de constitutionnalité (CC, 16 juillet 1971), c'est-à-dire à la norme fondamentale dont le respect est garanti par le Conseil constitutionnel. Quant aux textes internationaux, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, ils ont valeur supérieure à celle de la loi (article 55 de la Constitution). Le respect de la Convention européenne des droits de l'homme est également assuré par la Cour européenne des droits de l'homme saisie après épuisement des voies de recours internes et par les juridictions nationales.

Le droit naturel en étant formulé se transforme donc en droit positif.

II. Le droit naturel

Les différentes doctrines du droit naturel ont été critiquées.

A. Les doctrines du droit naturel

Les doctrines du droit naturel sont parfois désignées sous la formule de **l'idéalisme juridique**. Elles s'entendent pour considérer qu'il existe un dualisme juridique. Il existe à côté du droit positif, le droit naturel.

Il a revêtu des formes différentes selon ce qui est considéré comme étant l'idéal, à savoir la justice, le droit naturel ou encore la religion.

Plus encore, certains distinguent le droit naturel classique et le droit naturel moderne ou jusnaturalisme.

La formulation explicite de la signification du droit naturel figure dans l'Antigone de Sophocle. Antigone donne une sépulture à son frère en méconnaissance d'un édit de Créon et ce, en vertu du droit naturel.

Le droit naturel regroupe différentes théories. Pour **Aristote** (385-322 avant notre ère) ou Cicéron (106-43 avant notre ère), le **droit naturel est un principe supérieur** inscrit dans la nature des choses. Est juste ce qui est conforme au plan de la nature. Le droit est la base d'observation des choses, des êtres, des sociétés humaines. La recherche du droit naturel est une quête

permanente, elle progresse en même temps que l'objet de l'observation évolue.

L'école stoïcienne fondée par Zénon de Citium (en 400 avant notre ère) s'intéresse plus à la morale qu'au droit. Le droit naturel est un droit rationnel, commun à toutes les sociétés humaines, supérieur aux lois positives.

De là découle la division tripartite des juristes romains entre le *jus civile* (droit positif d'une cité déterminée), le *jus gentium* (droit admis par tous les peuples à une époque donnée, devant être appliqué aux étrangers) et le *jus naturale* (droit idéal, immuable, intemporel).

Avec le **christianisme**, le juste est donné par la Révélation (saint Thomas d'Aquin, 1225-1274), la Cité terrestre est dominée par la force alors que la Cité de Dieu est fondée sur la Grâce. En la seconde, seule est la justice ; c'est vers elle que doivent s'élever les institutions (Saint-Augustin, 354-430). Il existe une loi éternelle, qui est le plan de Dieu sur la création, la raison divine ordonnant le Monde.

Deux modes permettent de parvenir à la connaissance et ce, en dépit de la faute originelle : la raison humaine à partir de la vérité inscrite dans la nature, ainsi que l'étude des textes sacrés.

Hugo de Groot dit Grotius est le fondateur d'une nouvelle conception du droit naturel (1583-1645). Il s'agit d'une doctrine laïque. Il ne s'attache qu'à l'examen de la nature humaine. Les conséquences résident alors dans la rigidité absolue des normes naturelles. Était également admise l'existence d'un droit volontaire tirant sa force du consentement des peuples. C'est l'expression de la thèse du contrat social.

La dernière tendance vise à faire primer la justice. À la différence du droit naturel ayant pour centre la personne humaine, la justice suppose a besoin de supposer deux intérêts différents pour qu'elle ait un sens. John Rawls (*Théorie de la justice*, 1971) estime que deux principes gouvernent la recherche de la justice qui réside en une quête d'équité, à savoir un principe d'égalité et un principe de différence rappelant

les inégalités sociales et économiques.

L'idée fondamentale est qu'il n'existe pas seulement le droit positif, mais aussi un droit idéal d'essence supérieure. Le droit positif devrait tendre à se calquer sur le droit idéal. Toute disposition contraire au droit naturel serait injuste.

À travers ses différentes formulations, la doctrine du droit naturel est celle qui prédomine en France au XIX^e siècle.

B. Les critiques du droit naturel

Les doctrines du droit naturel seraient inexactes. En effet, elles auraient dû avoir pour effet de générer un rapprochement constant des législations nationales. Ainsi, il ne devrait exister entre les législations que des différences minimales. Cette critique émane de **l'école historique allemande**.

Or, l'examen des législations atteste de nombreuses divergences persistantes.

Pour Stammler (1856-1938) dont les idées ont été reprises en France par Saleilles (1855-1923) le droit naturel aurait un contenu variable selon les civilisations. Il n'aurait que pour unité le besoin de justice commun à tous les hommes.

Pour d'autres, comme Gény (1861-1959), Planiol (1853-1931), Colin (1862-1929) et Capitant (1865-1937), le droit naturel devrait être **réduit à quelques directives générales**.

À partir de la doctrine philosophique de l'intuition développée par Bergson (1859-1941), a été affirmée la possibilité d'une connaissance intuitive, irrationnelle du droit naturel.

Une des autres difficultés du droit naturel serait de cerner quels en sont les titulaires : le législateur ou l'être humain. Dans le premier cas, le droit naturel inspirerait l'œuvre du législateur et dans le second, il bénéficierait à chaque personne qui pourrait l'invoquer contre le droit positif.

Les doctrines du droit naturel seraient également **inutiles**. En outre, en cas de conflit entre le droit naturel et le droit positif, ce dernier l'emporte nécessairement. Le droit naturel a pour

grand défaut d'avoir un contenu plus qu'incertain. Toutefois, il est vrai que les théories du droit naturel impliquent l'interdiction pour le législateur d'enfreindre le droit naturel et la possibilité de résister aux lois injustes. La résistance à l'oppression est d'ailleurs l'un des droits inscrits dans la Déclaration de 1789. Or, ce droit suppose

un renversement du pouvoir et l'interdiction pour le législateur résulte de l'inscription dans une norme supérieure. Pourtant, par la formulation au travers de normes, le droit naturel s'est ainsi transformé en droit positif, ce qui assure la prévalence de ce dernier.

■ ■ ■ REPÈRES

- **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789** : affirmation du droit de résistance à l'oppression.
- **Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950** : transformation du droit naturel en droit positif à l'échelon européen.
- **Machiavel (1469-1527)** : affirmation du positivisme étatique.
- **Kelsen (1881-1973)** : créateur de la « théorie pure du droit ».

■ ■ ■ POUR GAGNER DES POINTS

Le renouveau du droit naturel : vers un *jus commune* ?

Parmi les critiques adressées à l'École du droit naturel figure leur inexactitude qui s'exprimerait à travers la persistance de divergences entre les législations nationales.

Or, si ce constat ne peut qu'être partagé, il n'en demeure pas moins que des rapprochements existent, notamment sous l'impulsion du droit communautaire. Plus encore, deux projets tendent à l'unification du droit dans deux domaines spécifiques : le droit des obligations et la procédure pénale.

■ **Le projet d'un code européen des obligations**

Suite à une réflexion menée par différents universitaires européens, ont été formulés « **Les Principes du droit européen des contrats** ». L'édition de Principes part du constat d'un foisonnement de règles communautaires dans des espèces spécifiques de contrats, qui n'a pas permis de mener une réflexion d'ensemble sur le

contrat. La nécessité de règles uniformes apparaît afin de renforcer le Marché unique européen et d'obtenir une formulation moderne d'une *lex mercatoria* à l'échelon de l'Union européenne.

Les Principes du droit européen du contrat se distinguent d'un véritable code par leur souplesse, la rédaction adoptée étant en effet relativement imprécise. Ils offrent, à ce titre, un instrument utile épousant à la fois les formes des règles des pays de tradition romano-germanique et celles des pays de *Common Law*.

Ce projet a suscité l'attention de l'Union européenne et, dans une communication du 13 septembre 2001, la Commission européenne a sollicité les positions d'autorités nationales sur le point de savoir si l'unification du droit des contrats était nécessaire à l'achèvement du marché intérieur.

Pourtant, une partie des auteurs est réfractaire à l'évocation d'un **code européen des contrats**. En effet, l'interprétation des concepts contenus dans les Principes risque de donner lieu à des divergences profondes. En