

Chapitre 1

Les définitions négatives du droit

16. Il est ici une constatation récurrente. Toute règle, même dotée d'une force obligatoire, ne constitue pas nécessairement ou entièrement une règle de droit.

17. Le Code de la route demeure, à cet égard, un modèle très simple et fort prisé des juristes¹. Les hommes, affirme le doyen Carbonnier, entrent en contact avec le droit par la route et par l'impôt. « Il ne faut pas sourire de l'exemple, pour l'homme moderne, la route est avec la feuille d'impôt, le lieu de la plus haute intensité juridique, celui où il rencontre le plus fortement la pression de la règle de droit². » Nul ne peut le contester. Le Code de la route, qui mêle définitions, ordres et défenses, présente tous les caractères apparents d'un ouvrage de droit. Véritable livre de la loi en matière de circulation routière, le code énumère des règles qui, telles celles qui font obligation à tout conducteur de circuler près du bord droit de la chaussée, de signaler ses changements de direction, de respecter la priorité de passage des autres usagers, de s'arrêter au feu rouge, ou de rester constamment maître de sa vitesse, ont, selon toute vraisemblance, une nature juridique. Cette nature juridique, toutefois, n'est que supposée. Elle doit son existence à des sanctions, qui confèrent à la règle sa force obligatoire. Qui enfreint les dispositions du code encourt des sanctions, dont la plus terrible consiste à se voir priver du statut de conducteur par l'annulation ou par la suspension du permis de conduire, autrement dit, à être privé par le droit objectif du droit subjectif de conduire.

18. Dépourvues de sanctions, les règles du code de la route cessent de se présenter comme d'authentiques principes juridiques. Le bon sens populaire ne se trompe pas, lorsqu'il fait de la peur du gendarme le commencement de la sagesse. Les articles du code ne sont que la manifestation extérieure de simples convenances sociales, un réseau de précautions élémentaires, sans lesquelles toute circulation deviendrait rapidement impossible. Le code régule le trafic, il ne l'organise pas. Ses maximes sont des règles de politesse, non des règles de droit. Le droit, ici, se limite à la sanction du droit. Les sanctions prévues par le code sont, certes, de nature juridique, mais non les principes eux-mêmes, que le droit n'a, en aucun cas, contribué à créer, et dont il emprunte l'essentiel à la bienséance. Pourquoi dois-je prévenir de mes changements de direction ? Par prévenance et par politesse. Pourquoi suis-je tantôt débiteur, et tantôt créancier de la priorité de passage ? Par prudence et par politesse. Pourquoi m'est-il interdit de stationner abusivement ou de manière simplement gênante ? Par respect pour les autres usagers, plus que par crainte du gendarme.

1. Au moins, tel qu'il résulte, pour sa partie législative de l'ordonnance du 15 décembre 1958, et pour sa partie réglementaire d'un décret du même jour, l'une et l'autre plusieurs fois modifiées.
2. Jean Carbonnier, « Communication à l'Académie des Sciences morales et politiques, 23 octobre 1967 », *Revue des Travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 2^d semestre, 1967, p. 91.

19. Il en est exactement de même d'un certain nombre d'autres principes, qui ne possèdent de juridique que l'apparence. Ainsi, la règle du droit objectif qui m'oblige à réparer le dommage que je cause à autrui ne compose-t-elle pas une véritable règle de droit, car, dans cette hypothèse, le droit n'est que subsidiaire. Le droit se borne à rendre la réparation obligatoire en cas d'inexécution volontaire¹. Comme la priorité de passage, l'obligation de réparer un dommage constitue l'expression d'une simple prudence sociale, la marque d'une mansuétude que j'attends en retour des autres, si d'aventure il m'arrive à mon tour de subir un dommage, ou de vouloir passer. Le droit compte, incontestablement, ceci de commun avec la politesse qu'il faut être au moins deux pour pouvoir l'exercer. Si, parfois, le droit sanctionne l'impolitesse, on ne saurait pour autant en déduire que toute règle de politesse constitue, *ipso facto*, une règle de droit.

20. Le droit n'est pas tout-puissant. Il tend, cependant, à tout envahir. Le droit, spécialement dans les sociétés modernes, est impérialiste. Un geste aussi banal et quotidien que l'heure consultée au cadran d'une montre contient une part de droit, dont l'homme pressé ne se doute généralement pas. En 1800, déjà, le Bureau des Longitudes décide des siècles futurs qu'ils commenceront le premier janvier de la première année impaire du siècle à venir, et non plus le premier janvier de la dernière année paire du siècle écoulé². Depuis plus de cent ans, l'ordre juridique international définit les fuseaux horaires³, et détermine le rythme de l'horloge⁴. Le temps du droit ? Bien sûr, puisqu'il existe, depuis le début des années soixante-dix, un « Temps Atomique International », et, même, un « Temps Universel Coordonné ». Le temps de l'histoire ? Certainement, puisque ce n'est qu'à partir du 15 mars 1891, et des premières grandes lois de la République, que l'heure de Paris est considérée comme l'heure de toute la France. Notre pays n'en demeure pas moins isolé du reste de l'Europe. Seule l'évolution de la situation internationale et la consolidation de l'entente cordiale autorisent le vote de la loi du 9 mars 1911, au terme de laquelle, le 11 du même mois, la France adopte, enfin, comme la sienne, l'heure du méridien de référence, celle de Greenwich et de l'Angleterre⁵.

21. Entre ce qui, à proprement parler, appartient au domaine du droit et ce qui n'est que du domaine de la politesse, la marge apparaît bien souvent étroite. Entre ce qui appartient au droit et ce qui appartient aux sciences exactes, la limite reste loin d'être toujours précisément tracée. Le droit, toutefois, pas plus qu'il ne saurait se réduire à la politesse, n'est réductible à la science, à la religion, à la morale, à l'équité, ni même à la justice, ou encore à la force.

-
1. La loi du 5 juillet 1985, *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*, illustre parfaitement cette proposition, en faisant de l'offre d'indemnité un principe, dont le droit doit uniquement servir à contrôler la bonne application.
 2. Ainsi le premier jour de la première année du XXI^e siècle ne fut pas le 1^{er} janvier 2000, mais bien le 1^{er} janvier 2001.
 3. La Terre est, depuis 1887, divisée en 24 fuseaux horaires, à partir du méridien d'origine.
 4. Le Bureau international de l'heure a été créé le 26 juillet 1919, pour fonctionner à partir du 1^{er} janvier 1920, son siège étant alors fixé à l'observatoire de Paris.
 5. La loi fut considérée comme une véritable défaite politique, la France accusant désormais un retard « infamant » de 9 min 21 s sur l'Angleterre. Certains députés proposèrent même de baptiser la nouvelle heure « heure de Soissons », car, bien que située 3° 19' à l'est du méridien de Greenwich, la ville historique de Soissons se trouvait coupée en son centre par l'arc méridien Dunkerque-Barcelone, qui avait permis à l'astronome Pierre-François Méchain de préciser la forme de la Terre et servi à l'établissement du système métrique.

§ 1. Le droit et la science

22. Le droit n'est pas la science, et pourtant les sciences agissent sur le droit. Cette influence n'est pas seulement celle des sciences humaines, elle est également celle **des sciences de la matière**. La physique la plus élémentaire est, par répercussion, créatrice de droit. L'invention de la boussole n'a pas uniquement allongé les voyages et autorisé la découverte de l'Amérique. Elle a rendu possible la colonisation, favorisé le mercantilisme, et directement participé à la création de l'État moderne.

23. La machine à vapeur, à l'aube du XIX^e siècle, révolutionne la production, qu'elle transforme en production industrielle. Le développement de la production industrielle, à son tour, engendre la « législation industrielle », nom primitif du droit du travail. L'invention du moteur à explosion détermine celle de l'automobile. Un droit nouveau, qui demeure longtemps l'œuvre de la jurisprudence, suit de près la diffusion de l'automobile et la multiplication du nombre des accidents provoqués par les différentes espèces de véhicules terrestres. La fission de l'atome n'a pas uniquement conduit à l'arme atomique ou à l'extension des centrales nucléaires, elle a aussi produit des traités de non-prolifération et d'interdiction, elle a largement collaboré à l'essor des mouvements écologiques, et contribué à la naissance du droit de l'environnement.

24. Médecine, biologie, génétique ont, en quelques années, accompli d'importants progrès. Mais, plus ces sciences progressent, plus elles deviennent incertaines. Comme la vieillesse appelle l'usage de la canne pour soutenir les pas de l'homme, les avancées de la médecine et de la biologie appellent le droit à leur secours. Les travaux sur la cellule, sur l'embryon, le clonage ou la fécondation artificielle ne transforment pas seulement la structure du vivant et notre perception du réel. Ils créent un étonnant besoin de droit, comme si les juristes, en multipliant les lois spéciales, possédaient la capacité d'imposer leurs frontières à des domaines qui, par définition, n'en ont pas, du moins au regard du droit. Rien ne paraît plus dangereux que ce péché d'orgueil. Il est illusoire de vouloir soumettre aux pesanteurs du passé les progrès d'une science. Il est inquiétant de s'en remettre aveuglément aux hommes de sciences pour tenter de définir des normes juridiques, qui leur procurent l'alibi du droit. Parce qu'il avait donné le feu aux hommes, les dieux ont jadis condamné Prométhée au supplice éternel¹. « Ne mangez pas les fruits de l'arbre de la connaissance du bien et du mal », prévient l'Ancien Testament.

25. L'imprimerie, pareillement, et sans doute bien davantage que tout autre technique, a marqué l'évolution du droit. L'écrit imprimé a multiplié les livres, contribué à l'essor de la presse, donné un statut aux auteurs, propagé les idées, favorisé la liberté d'opinion, et développé l'éducation. Mais l'imprimerie a aussi enfanté la censure. La diffusion de masse a créé un véritable conformisme du savoir. L'image et le son, en facilitant la communication immédiate, collaborent au recul de l'esprit critique. La photocopie elle-même tue le livre². Les moyens modernes n'ont

1. Ce supplice fut déjà un supplice collectif. De la fameuse boîte, que Prométhée avait prudemment refusée, mais que son frère Épiméthée, littéralement « celui qui réfléchit trop tard », accepta d'ouvrir, après avoir pris Pandore pour épouse, devaient s'échapper tous les maux et tous les crimes de l'univers. Il n'y eut que l'Espérance qui ne parvint pas à quitter la boîte, avant qu'elle ne fût refermée. Tout s'était déroulé trop vite.

2. Le code de la propriété intellectuelle, du 1^{er} juillet 1992, interdit, en principe, la photocopie à usage collectif, sans autorisation des ayants droit, pratique dont on sait, hélas, qu'elle s'est essentiellement développée dans le monde universitaire.

pas seulement renouvelé l'expression, ils ont aussi favorisé sa domestication. Internet et le Web¹ procurent au monde un fabuleux instrument d'échanges. La toile, dans ses recoins, dissimule de vastes zones de non droit.

26. Plus que les sciences physiques, **les sciences humaines** apparaissent proches du droit. Certes, répétons-nous, toute contrainte sociale, même accompagnée de sanctions, ne constitue pas nécessairement une règle de droit. Ni la bienséance, ni la politesse, ni certaines coutumes ne sont en elles-mêmes du droit. La sociologie, et notamment l'école américaine, distingue soigneusement, à l'intérieur d'une population donnée, les comportements qui relèvent simplement des différentes habitudes du groupe, telle sa manière de se loger, de se nourrir ou de se vêtir, et ceux qui appartiennent au domaine des mœurs, qui, bien souvent, s'apparentent au droit.

27. Entre mœurs et droit existe une liaison étroite. Ici le social influence directement le juridique, et le juridique intervient dans le social. L'évolution du couple fournit un excellent exemple de ces interactions réciproques. Longtemps les canonistes n'ont vu dans le mariage qu'un acte purement consensuel. « Croissez et multipliez », recommande Dieu aux fils de Noé. Dès lors, cependant, qu'il est devenu assez fort pour imposer une législation civile, le pouvoir royal s'accommode mal de cette liberté matrimoniale. De façon à protéger l'intégrité du patrimoine familial, le mariage légitime s'orne de formalités et du consentement des parents. Le rapt aux fins de séduction, c'est-à-dire le mariage des mineurs sans consentement parental, est érigé en crime puni de mort par l'ordonnance de Blois, en mai 1579. Les parlements ne prononcent, toutefois, que des sanctions modérées, et certains, tel celui de Rennes, en s'appuyant sur les dispositions de la coutume de Bretagne, offrent au séducteur une option entre subir sa peine, ou contracter, enfin, une union légitime².

28. Les mœurs n'ont jamais cessé d'agir sur le couple. L'union libre, frappée d'opprobre durant tout le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle, n'est plus considérée comme un déshonneur avec la libération de la femme. Le rôle politique des femmes s'affirme avec la guerre. L'ordonnance du 21 avril 1944 leur confère le droit de suffrage, ainsi qu'aux militaires. La loi du 13 juillet 1965 leur accorde la pleine capacité civile, en réformant les régimes matrimoniaux. La loi du 4 juin 1970 substitue l'autorité parentale à la puissance paternelle. Celle du 3 janvier 1972 reconnaît aux enfants naturels des droits identiques à ceux des enfants légitimes. La loi du 11 juillet 1975 facilite le divorce. Le concubinage n'est plus objet de honte. La jurisprudence, longtemps réticente, prévoit l'indemnisation du concubin survivant en cas de perte de l'être cher, puis alloue des dommages et intérêts au concubin bafoué sans raison apparente. Le législateur lui-même protège l'union libre, en modifiant la réglementation des baux d'habitation, et le recouvrement des pensions alimentaires. Mais en cessant de le pénaliser, le droit a aussi banalisé le concubinage, et lui a fait perdre la saveur des comportements marginaux. Le relatif échec subi par le PACS³, seule alternative au mariage pour les couples homosexuels, doit autant à ses lacunes et à ses difficultés,

1. Internet est l'abréviation d'*international network*. Le Web désigne, par allusion à la toile que tisse l'araignée, le moyen le plus commode d'accéder à ce réseau.

2. Le principe se trouve déjà posé dans la Bible. « Si un homme rencontre une jeune fille vierge, qui ne soit pas fiancée, et que, la saisissant, il couche avec elle, et qu'on vienne à les surprendre, l'homme donnera au père de la jeune fille cinquante sicles d'argent, et elle deviendra sa femme, parce qu'il a abusé d'elle. Il ne pourra pas la renvoyer tant qu'il vivra. » Deutéronome, 22, 28-29.

3. Ou pacte civil de solidarité, institué par la loi du 15 novembre 1999.

qu'à un retournement des mœurs en faveur de la famille traditionnelle, dont le droit, en abaissant la frontière du licite et de l'illicite, favorise paradoxalement le renouveau.

29. Le droit, lorsqu'il appréhende une conduite, l'incorpore à l'ordre social. En bafouant l'interdit, il le rend sans saveur. La révolte, elle-même, est une reconnaissance implicite de droit. Là se situe, en effet, une autre caractéristique essentielle de la règle de droit : sa plasticité. Le droit est doué de mouvement. Le droit est mobile à l'instar des comportements qu'il régule. Quand, toutefois, les juristes prétendent s'enorgueillir de suivre au plus près les oscillations du siècle, le droit, à son tour, se fait incertain. Trop changeant, le droit devient inconsistant. Les hommes alors cherchent d'autres valeurs que les valeurs proprement juridiques, et, parmi elles, les valeurs religieuses.

§ 2. Le droit et la religion

30. Le droit n'est pas la religion, et pourtant il apparaît indiscutable que l'origine du droit demeure, en grande partie, religieuse. Il y a plus de quarante siècles, des rois, ou des dynasties de rois, ont veillé à l'application de règles présentées comme étant d'origine divine, afin qu'elles soient plus facilement respectées. La crainte de l'au-delà cimenter toujours les sociétés primitives. Longtemps, tant que la connaissance du droit demeure essentiellement orale, le juriste se confond avec le prêtre. Tout le droit archaïque est fondamentalement imprégné de religiosité. L'ordre voulu par les dieux est un ordre juridique. L'ordre juridique est un ordre sacré.

31. Les grandes religions monothéistes n'échappent pas à ce principe. La Bible, littéralement « le livre par excellence », matérialise l'expression du Verbe, du langage de Dieu, rendu accessible à l'homme. La Parole se confond avec la Loi. Les commandements, dont Dieu institue Moïse dépositaire, contiennent autant de prescriptions à caractère proprement religieux que juridique : « tu ne tueras point ; tu ne commettras pas l'adultère ; tu ne voleras point ; tu ne porteras pas de faux témoignage contre ton prochain ; tu ne convoiteras point la maison de ton prochain, ni la femme de ton prochain, ni son serviteur, ni sa servante, ni son bœuf, ni son âne, ni aucune des choses qui sont à ton prochain ».

32. Le mariage du droit et de la religion ne constitue, cependant, qu'un mariage arrangé. Entre droit et religion persistent un certain nombre d'incompatibilités pratiques. Tendre la joue gauche s'accommode assez peu des réflexes ordinaires de la légitime défense. L'obligation juridique de ne pas nuire à autrui supporte mal le secret de la confession. Droit et religion, surtout, ne réalisent pas la même ambition. Une identité de règles n'est pas une unité de but. Il existe entre droit et religion un rapport hiérarchique, qui, du point de vue des croyants, ne peut jouer qu'en faveur de la seconde. Une vie juste n'est que l'une des conditions du salut. Le droit aménage le repos terrestre, la religion le repos éternel. La vocation du droit est purement occasionnelle, celle de la religion est absolue. La sanction du droit est une sanction humaine. Elle frappe le condamné dans sa chair ou dans son patrimoine. La sanction religieuse demeure, avant tout, une sanction divine. Elle ajoute au châtement du corps, le châtement de l'âme.

33. Des pans entiers du droit positif apparaissent, aujourd'hui encore, directement issus des prescriptions religieuses. Tel est, notamment, le cas de l'Inde et de certains pays islamiques, dans lesquels droit et religion forment une seule et même chose. Islam signifie, d'ailleurs, « soumission

à la loi », entendue comme celle de Dieu. Le Coran, à l'image de la Bible, est un livre de droit. La Chari'a, qui désigne la loi applicable aux croyants, montre « le chemin qu'il faut suivre ».

34. Mais, au sein même des sociétés fondamentalistes, l'union du droit et de la religion s'accommode parfois de compromis inattendus. L'évolution de la législation mauritanienne, en matière répressive, en est une illustration parmi d'autres. En 1983, la Mauritanie a, en effet, décidé d'introduire dans son code pénal l'ensemble des sanctions islamiques traditionnelles, à la seule exception de la crucifixion. Comme autrefois, la lapidation réprime, en principe, l'adultère, le talion les blessures, et l'amputation le vol. Par souci d'humanité, toutefois, ces peines ne peuvent être administrées que sous contrôle médical. Liés par leur serment, qui est de guérir et non pas de blesser, les médecins mauritaniens ont, généralement, refusé de prêter leur concours à l'État. Faute de médecins pour les mettre en œuvre, les mutilations ne sont pas appliquées, et remplacées par ces peines éminemment laïques que sont l'amende et l'emprisonnement.

35. Ces compromis sont aussi les nôtres. Le droit romain archaïque est un droit religieux, qui se laïcise au fur et à mesure des progrès de l'État, avant que l'influence du christianisme ne vienne substituer aux principes de l'honneur le plus rigoureux, les règles de la charité élémentaire, issues du stoïcisme. Ces règles commandent, notamment, que le créancier, qui possède des droits sur son débiteur, ait aussi à son égard des devoirs. La législation des dynasties franques s'inspire des dispositions canoniques. Les évêques imposent à tous le repos du dimanche, parce qu'il est le jour du Seigneur. Les conciles interdisent la guerre et l'exercice de la vengeance les jours saints, parce que ces jours ne sont pas destinés à faire couler le sang chrétien, si bien qu'il devient bientôt impossible de se battre du jeudi soir jusqu'au lundi matin. Le développement du pouvoir monarchique a, certes, diminué l'influence de la religion sur le droit. Il est loin de l'avoir supprimé. Roi « par la grâce de Dieu », le roi de France se pare, depuis le règne de Philippe VI, du titre de « roi très chrétien ». « Le service de Dieu et le respect pour les rois sont choses unies », affirme Bossuet, alors que l'absolutisme tente d'apporter aux troubles de la fin du XVII^e siècle une réponse moniste, « un roi, une foi, une loi ».

36. La Révolution ne pouvait que rêver d'abolir définitivement « les odieuses superstitions du passé ». Elle se trompait. La semaine de dix jours et les mois uniformes de trente jours, du calendrier naturaliste et mathématique de l'an I, ont fait long feu. Décadi s'en est allé, comme vendémiaire, brumaire ou frimaire, sans laisser aucune trace¹. Il n'est jamais facile de supprimer les saints. Lorsque le Consulat et l'Empire crurent rétablir l'ordre, cet ordre fut, à nouveau, un ordre religieux, directement inspiré de la catholicité.

37. Il faut attendre l'installation définitive de la République, pour qu'à nouveau se pose le problème des relations de l'Église et de l'État. La République fait, en 1905, de la laïcité une véritable frontière. Cette frontière a son lieu de bataille, l'école publique, et son armée, celle des hussards noirs, l'instituteur contre le prêtre. La bataille gagnée, la République devient tolérante

1. Le calendrier révolutionnaire, adopté par la Convention, au mois d'octobre 1793, conformément au projet présenté par Fabre d'Églantine, prétendait calquer exactement l'année sur le mouvement des astres. Aussi commençait-il avec l'équinoxe d'automne, le 21 septembre 1792, jour, qui, par chance, coïncidait avec celui de la proclamation de la République. Aux douze mois de trente jours, il convenait, cependant, de rajouter six jours complémentaires pour former une année entière. Les mois devenaient des mois en -aire, pour ceux d'automne, en -ôse pour ceux d'hivers (nivôse, pluviôse, ventôse), en -al pour le printemps (germinal, floréal, prairial), et en -or pour l'été (messidor, thermidor, fructidor). Les noms de jours étaient simplement inspirés de leur place dans la semaine : primidi, duodi, etc.

et la laïcité pacificatrice. En avouant la liberté des croyances et des cultes, l'État ne reconnaît pas seulement à chacun la liberté de pratiquer la religion de son choix, il reconnaît aussi à tout individu la liberté de ne pas croire. Neutre d'un point de vue religieux, l'État laïc ne doit prétendre approuver, ni désapprouver, les conduites spirituelles. Il lui arrive, cependant, au nom de l'ordre public dont il est le gardien, d'avoir à résoudre d'éventuels conflits entre confessions différentes, comme il peut avoir à prévenir certaines manifestations religieuses, lorsque, par trop ostensibles, elles portent atteinte à la laïcité. Le débat sur les limites de la tolérance et de la croyance est loin d'être clos.

38. La France contemporaine n'est certes plus la fille aînée de l'Église. Il n'en demeure pas moins que la religion catholique a laissé des traces profondes dans notre droit. Notre calendrier reste le calendrier grégorien, les grandes fêtes de l'Église sont des jours chômés, notre mariage est toujours monogame, et le baptême civil une simple curiosité. Plus encore, les années écoulées semblent marquer le retour du sacré. Des interrogations mystiques, que l'on pensait à jamais disparues, resurgissent sur tous les continents. La prédication emprunte ça et là les aspects d'un phénomène de masse. Aussi impuissants à réguler le problème des sectes, qu'ils le seraient à faire une loi qui interdirait, une fois pour toutes, les accidents d'avion, les juristes s'interrogent. Le droit se cherche, et questionne la morale, dont il espère la sagesse.

§ 3. Le droit et la morale

39. Le droit n'est pas la morale, et pourtant nombre de règles de droit apparaissent si proches de la morale, que l'on soutient communément que le droit n'est pas autre chose que de la morale sanctionnée par le groupe¹. D'autres s'attachent, au contraire, à opposer droit et morale, dont les buts restent bien différents. La morale tend à la vertu, le droit au maintien de l'ordre social, quand bien même cet ordre ne serait pas vertueux.

40. Parce qu'il n'existe entre droit et morale aucune hiérarchie éternelle, leurs rapports sont faits de passion, et non de raison. **En termes de passion**, la question de la moralité ou de l'immoralité du droit n'a jamais reçu aucune réponse définitive. Les moralistes font grief au droit de ses imperfections. Les juristes reprochent à la morale sa rigueur excessive. Longtemps les canonistes ont condamné « le péché de la prescription », au motif que l'usucapion consacrait des situations immorales, puisqu'elle offrait, par la durée, à celui qui s'était emparé illégalement d'un bien la possibilité d'en acquérir la propriété. Les civilistes entendent, au contraire, privilégier la sécurité des transactions, sur leur moralité. Pour eux, le droit est une succession de compromis. Il n'a jamais de valeur absolue. Telle est aussi l'opinion de Goethe, lorsqu'il s'interroge sur le retour du duc de Mayence, coupable de collaboration avec l'ennemi français. Au nom de l'ordre, contre la morale, Goethe rejette toute idée de jugement. « Mieux vaut une injustice qu'un désordre ». La tendance du monde contemporain semble exactement inverse. Tout ce qui est immoral paraît devoir attirer la sanction du droit.

1. Telle était, déjà, l'opinion d'Ulpian, ou attribuée postérieurement à Ulpian, *Digeste*, I, I, 10 : « La justice est la volonté constante et perpétuelle d'attribuer à chacun ce qui lui revient. Les préceptes du droit sont les suivants : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun son dû. »

41. Certes, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, le jugement des criminels de guerre s'est imposé comme une évidence. Les différents chefs d'inculpation retenus contre les accusés de Nuremberg n'étaient cependant pas uniquement conformes à la morale, ils étaient également conformes au droit. L'accusation de crimes de guerre visait, en effet, le non-respect des conventions de Genève, qui préexistaient à la guerre. Bien qu'elle constitue alors une nouveauté, l'accusation de crimes contre l'humanité avait été définie et précisée par l'ordre juridique international au cours du conflit¹. Elle était donc parfaitement applicable. La question de l'application rétroactive des mêmes principes en droit interne semble du point de vue juridique plus contestable. Il est juste au regard de la morale que les crimes de guerre soient imprescriptibles et que ceux qui les ont commis soient punis. Mais il n'est pas juridique, au regard notamment du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale, que des criminels puissent être jugés, plusieurs années après leurs crimes, pour des faits, qui, au moment où ils ont été commis, n'étaient pas incriminés par le droit national.

42. La morale est hypocondriaque. Elle concurrence le droit, et veut lui imposer ses normes. La multiplication des comités d'éthique ou des commissions de sages, que ce soit dans le domaine scientifique, religieux, ou dans le monde de l'audiovisuel, témoigne de ces remontées quotidiennes de la morale. Dévoyée, la morale pousse le droit à l'inflation. Elle n'a aucune estime pour le droit. D'une certaine façon, la morale méprise le droit. On ne peut que le constater, le « retour offensif de la morale » intervient au moment précis où, dans leurs décisions quotidiennes, les États ne paraissent plus faire aucun cas de la morale. Il est peu probable qu'il s'agisse là d'une simple coïncidence.

43. Considérés sous l'angle de la raison, droit et morale appartiennent à des univers différents, entre lesquels toutes relations ne sont pas exclues, à la seule condition que ces relations demeurent des relations d'entraide, et non de domination. Les sources du droit ne sont pas celles de la morale. Les règles de la morale dérivent, en général, de préceptes d'origine religieuse, et, le cas échéant, de valeurs, dont certaines sont d'origine laïque. Ces valeurs présentent ce point commun qu'elles possèdent, dans la conscience individuelle ou dans la conscience collective d'un groupe, une force particulière. Il existe une morale religieuse, et il existe une morale civique, dont les principes ne sont pas nécessairement identiques, mais dont la puissance d'action relève des mêmes critères. Les règles de droit ressortent, au contraire, de phénomènes de pouvoir et s'appliquent, sans distinction, à tous les individus à l'intérieur d'une société donnée. Elles sont indépendantes des valeurs que les individus qui composent cette société reconnaissent, ou non, en conscience. Il est, d'une certaine façon, exact de dire que la règle de droit est une règle imposée, et que la règle de morale est une règle choisie. L'importance de cette distinction ne saurait cependant être exagérée. La règle de droit s'appliquera d'autant plus facilement qu'elle est conforme à la morale dominante.

44. Par leur contenu, la morale et le droit apparaissent également différents. L'objet de la règle de morale est à la fois plus vaste et plus restreint que celui de la règle de droit. La morale, en effet, ne se préoccupe pas uniquement des devoirs que peuvent avoir les hommes entre eux, ce à quoi se limite le droit, elle s'inquiète aussi des devoirs que les hommes peuvent avoir vis-à-vis d'eux-mêmes, ou vis-à-vis de Dieu. Le droit, quant à lui, s'en tient à des règles qui, de ce point de vue, échappent totalement à la morale. Dans la mesure où il en est indépendant, le champ

1. Notamment, par la déclaration de Saint-James, du 13 janvier 1942, et par celle de Moscou, du 30 octobre 1943.