

Titre préliminaire : L'identification du droit

Chapitre premier : Le droit objectif (Le «grand droit»)

Chapitre second : Les droits subjectifs (Les «petits droits»)

Titre préliminaire : L'identification du droit

Identifier le droit, c'est mettre en lumière ses caractères. Nous mènerons cet exercice de discrimination, au sens étymologique du mot, en distinguant le **droit objectif** - soit l'ensemble des règles étatiques qui gouvernent les rapports des hommes entre eux (Le droit quant à son objet / chapitre I) - des **droits subjectifs** qui en résultent, c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives (ou pouvoirs) dont chacun d'entre nous peut être titulaire (Le droit quant à son sujet / chapitre II).

Chapitre premier : Le droit objectif (Le «grand droit»)

Le droit objectif, le «grand droit» comme le qualifie le doyen Carbonnier, se compose de règles dont nous allons dégager la juridicité (section I) ; il constitue une discipline dont nous mettrons en exergue la scientificité (section II).

Section I : La règle juridique (De la juridicité des règles)

La règle juridique peut être définie comme un instrument (I) au service d'une cause légitime, la Justice, dont il tire son autorité - et donc son fondement (II).

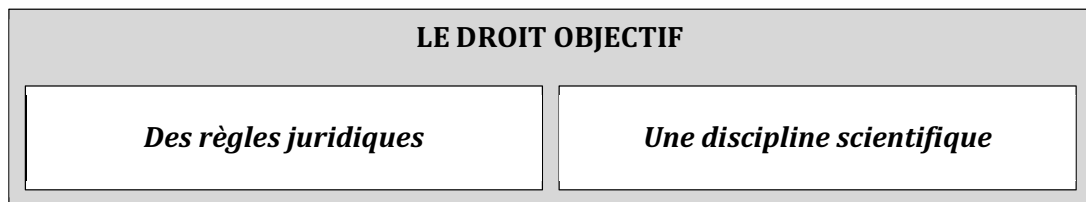
I.- L'instrument du droit

Le premier instrument du droit (ses autres instruments sont l'appareil juridictionnel, pénitentiaire, etc.), ce sont ses règles diverses et distinctes d'autres modes d'organisation de la vie sociale - ce qui conduit à évoquer successivement la spécificité (A) et la spécialisation du droit (B).

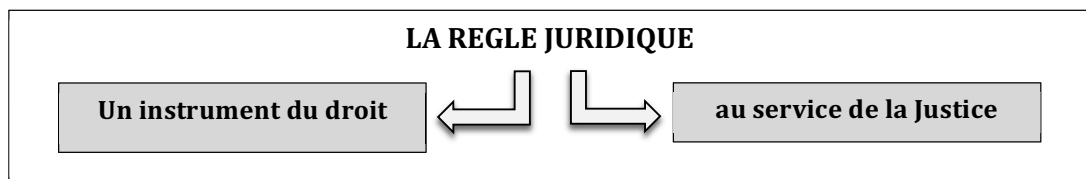
Titre préliminaire : L'identification du droit



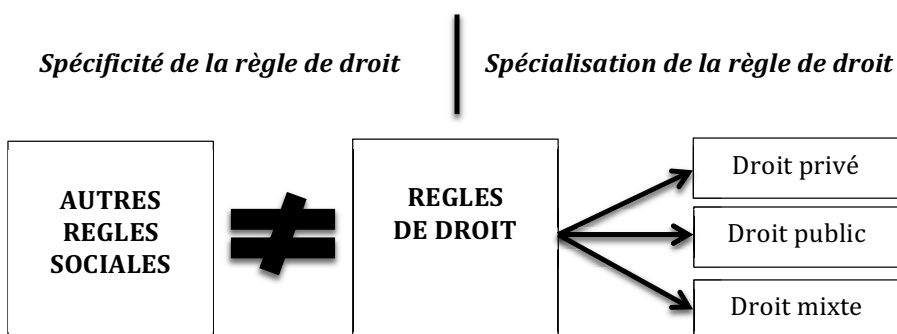
Chapitre premier : Le droit objectif (Le «grand droit»)



Section I : La règle juridique (De la juridicité des règles)



I.- L'instrument du droit



A) Distinguer la règle de droit (spécificité du droit)

«Le droit n'est pas le seul régulateur de la vie en société» (Cornu). L'organisation de la vie sociale est en effet l'objet de nombreuses règles qui relèvent pour certaines de la politesse, d'exigences morales, religieuses ou encore du droit. La règle de droit figure donc l'un des instruments de régulation de la vie en société. Mais quelle est sa spécificité ? Comment la distinguer des autres règles ? Avant de préciser les caractéristiques distinctives de la règle de droit et même son essence (2), mettons en évidence l'existence de règles non juridiques (1).

1) L'existence de règles sans droit

Nos règles ne sont pas nécessairement juridiques ; certaines relèvent de la morale, de la religion ou de la bienséance.

Les comparer au droit est aussi une façon d'identifier celui-ci.

a) *Règles morales et règles juridiques*

«Tout ce qui est licite n'est pas pour autant honnête» (Saint Paul) - ce qui revient à dire que droit et morale ne se confondent pas. Illustrons au moyen d'un exemple : après un certain délai variable, l'auteur d'une infraction ne peut plus être poursuivi, ni donc puni. Voilà une situation d'impunité qu'assurément la morale réprouve. Cet antagonisme trouve son fondement dans la sécurité juridique à laquelle doit aussi pourvoir le droit. Cette primauté de la sécurité sur la morale n'est cependant pas sans résonance... morale : remettre en cause une situation figée depuis plusieurs années peut être choquant. En effet, quelle fiabilité accorder au prétendu témoin d'un crime quinze ans après les faits ?

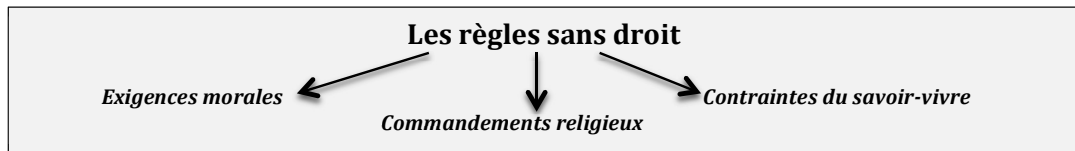
Au travers de cet exemple, on comprend que le droit et la morale sont différents, et même se distinguent à bien des égards. D'abord quant à leurs **sources** : si le droit procède de l'autorité publique (Pouvoir législatif, pouvoir exécutif, autorité judiciaire), les règles morales coulent de plusieurs sources - notamment de la conscience individuelle. Le **but** poursuivi par la morale (pure) est encore différent de celui que vise le droit : elle a pour finalité l'élévation personnelle, le perfectionnement individuel tandis qu'il recherche le bien commun, l'harmonie interindividuelle, l'ordre public contre l'anarchie. Une autre distinction tient au **domaine** respectif du droit et de la morale : si quelques règles morales sont également juridiques (faire preuve de bonne foi, ne pas nuire à autrui, etc.), d'autres n'ont aucune correspondance juridique (par exemple l'impunité de celui qui prépare un crime mais se désiste volontairement), tandis que certaines règles de droit (par exemple celles du code de la route) ne renvoient à aucune exigence morale. En conséquence, la figure des cercles entrecroisés représente opportunément les liens qu'entretiennent le droit et la morale, l'aire commune aux deux cercles (du droit et de la morale) constituant le pétale juridico-moral.

La **teneur** de leurs règles respectives est encore distincte : des devoirs ici - ceux qui s'imposent à l'individu en vue de son amélioration -, plusieurs types de contraintes là - celles qu'impose la vie sociale. La dernière divergence du droit à la morale concerne les **sanctions** applicables à l'individu en cas de transgression : la violation des règles de droit donne lieu à un jugement extérieur et, le cas échéant, à des sanctions elles-mêmes indépendantes du fautif (condamnation à verser des dommages-intérêts, emprisonnement, etc.). Tandis que la sanction morale - qui n'en existe pas moins en la forme du remords, de la réprobation, etc. -, dépend du sujet à la fois juge et partie de sa propre cause.

A) Distinguer la règle de droit (spécificité du droit)



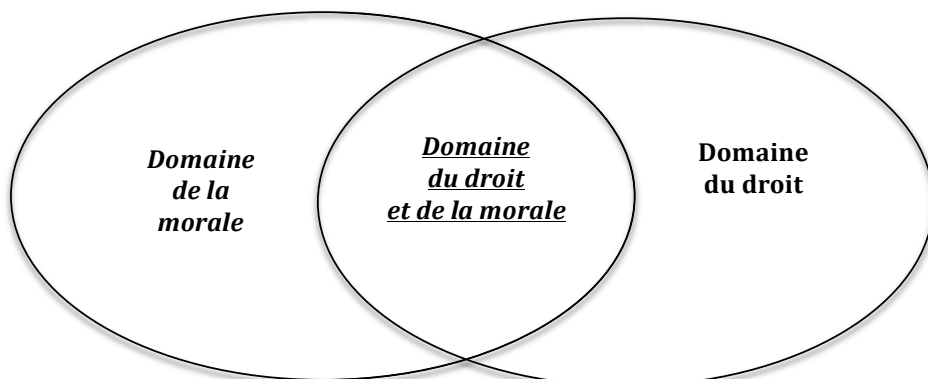
1) L'existence de règles sans droit



a) *Règles morales et règles juridiques*

	Source	But	Domaine	Teneur	Sanction
<i>Morale</i>	Conscience individuelle	Elévation personnelle	Exclusif ou commun	Devoirs	Propre au sujet
<i>Droit</i>	Autorité publique	Ordre public	Exclusif ou commun	Contraintes	Extérieure au sujet

Domaines respectifs du droit et de la morale



b) Règles religieuses et règles juridiques

Règles religieuses et règles de droit ont très longtemps coïncidé pour cette raison que la césure de l'une à l'autre n'existait pas dans les sociétés primitives : le droit s'entendait de préceptes religieux. Le droit s'est en France progressivement laïcisé, dégagé de l'emprise des religions dont il assure, sans paradoxe, le respect.

La séparation du droit et de la religion - Les textes majeurs à cet égard sont la loi du 9 décembre 1905 qui consacre la séparation des églises et de l'Etat, ce qui veut dire que la République applique à l'égard du phénomène religieux la plus stricte neutralité et ne reconnaît en conséquence aucun culte, aucune religion d'Etat.

Un autre texte fondamental quant aux rapports du juridique au religieux figure sous le premier article de la Constitution de 1958 aux termes duquel la République française est laïque.

D'autres textes, plus récents, ont précisé certaines implications du principe de laïcité, par exemple : la loi du 15 mars 2004 encadrant le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics. Ce texte interdit le port ostentatoire ou revendicatif, c'est-à-dire une pratique inspirée par un dessein de provocation, de prosélytisme ou de propagande.

La séparation qu'instaure le principe de laïcité n'est guère surprenante dès lors que les deux corps de règles sont fondamentalement distincts quant aux buts qu'ils poursuivent et quant aux sanctions qu'ils prescrivent. Le but de la règle religieuse est spirituel ; il s'agit d'offrir à l'homme respectueux des préceptes religieux le salut de son âme, son « avenir métaphysique » (Starck) ; rien de tel avec le droit dont la vocation est temporelle, matérielle : organiser la vie sociale. Par ailleurs, la sanction en cas de violation de la règle de droit est le fait de l'Etat et s'applique ici-bas (par exemple en prison), tandis que la sanction de celui qui transgresse la loi divine est infligée par Dieu lui-même dans l'au-delà.

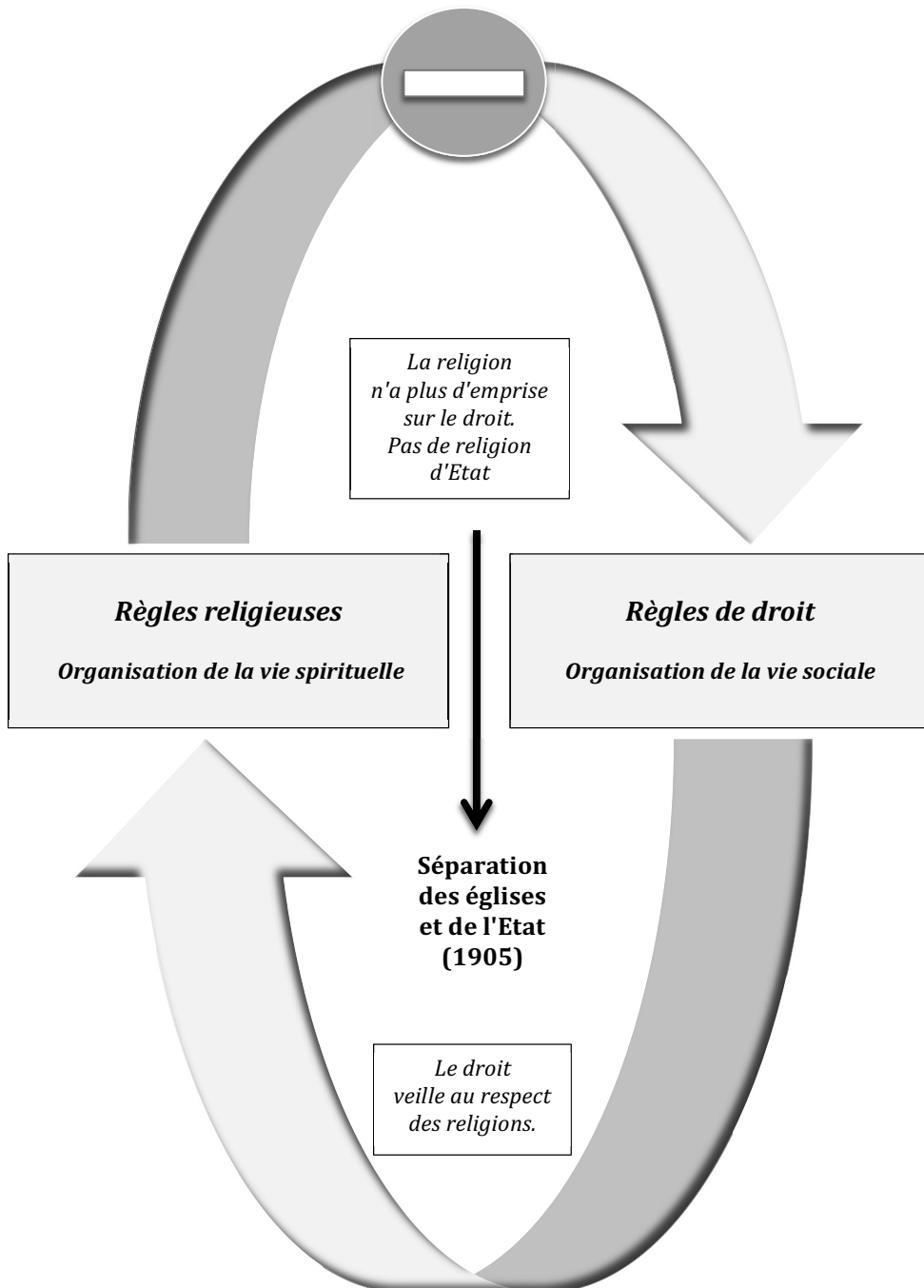
Le caractère laïc de notre droit explique qu'aujourd'hui deux « types de règles » coexistent : d'un côté les règles religieuses (qui n'ont pas disparu bien entendu), de l'autre les règles de droit. Cette coexistence prend souvent la forme d'une opposition : le droit s'affranchit de la religion - par exemple en autorisant le divorce, l'interruption volontaire de grossesse ou en ne réprimant plus l'adultère. Mais la coexistence s'entend aussi à bien des titres d'une superposition, d'une transposition d'un précepte religieux dans le droit - en fait, de la prégnance d'un héritage culturel dont le Parlement est l'interprète.

L'adultère est à lui seul emblématique de cette ambivalence entre opposition et transposition des règles religieuses et juridiques : depuis 1975, il n'est plus une infraction pénale (le droit s'étant de ce point de vue libéré de la religion), mais il constitue toujours une cause de divorce.

La laïcisation ne signifie pas le mépris, mais la neutralité du droit à l'égard des religions. Le droit veille donc, sans contradiction, au respect des religions et, le cas échéant, admet que des règles exclusivement religieuses produisent des effets de droit.

b) *Règles religieuses et règles juridiques*

La République française est laïque.



Le respect de la religion par le droit

Contrairement à ce que pourrait laisser supposer une approche sommaire (et donc erronée) de la laïcité, les dispositifs juridiques protecteurs de la religion ne sont pas paradoxaux : un Etat laïc n'a pas de religion... et les protège sans exclusive.

Plusieurs textes traduisent cette conception : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont l'article 10 dispose que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses », l'article 1^{er} de la Constitution en vertu duquel "La France assure l'égalité devant le loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances », l'article 9 CEDH qui garantit la liberté religieuse des individus. Cette liberté religieuse ne peut faire l'objet d'aucune restriction sinon 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 publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui - de sorte que l'interdiction du port du voile intégral dans un lieu public n'est pas attentatoire à la liberté religieuse (loi du 11 octobre 2010).

Le principe, fondamental dans une République laïque, du respect dû aux religions conduit même le droit à sanctionner - au sens de valider - certaines règles religieuses. Voici un fameux exemple tiré du droit social. Une institutrice avait été embauchée par un établissement d'enseignement catholique, puis licenciée au motif qu'elle s'était remariée après avoir divorcé. Ce licenciement était-il valable ou abusif ? La direction de l'école pouvait-elle, sans faute, congédier la salariée au nom du manquement à la règle religieuse de l'indissolubilité du mariage ? La cour de cassation l'a admis dans la mesure où l'institutrice s'était elle-même engagée implicitement par contrat à respecter cette norme religieuse : « lors de la conclusion du contrat par lequel l'établissement Sainte-Marthe s'était lié à Madame R., les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des apports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante » (Ass. Plén., 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 541).

Il résulte de cet arrêt que la règle religieuse n'est pas validée par le droit pour elle-même, mais parce que les obligations contractuelles, auxquelles le droit civil français donne force de loi (art. 1134 C. civ.), soumettaient les parties au respect d'une prescription religieuse.

En d'autres termes, c'est parce que le droit français confère au contrat la valeur d'une loi que la règle pourtant catholique de l'indissolubilité du mariage peut avoir une incidence juridique, la juridicisation contractuelle de la règle oblitérant son caractère religieux - ce qui signifie, *a contrario*, qu'un salarié ne peut pas invoquer une règle religieuse pour refuser de travailler dès lors que son contrat de travail ne l'y autorise pas expressément.