



HAL
open science

INTRODUCTION AU DROIT PRIVE

Xavier Lagarde

► **To cite this version:**

| Xavier Lagarde. INTRODUCTION AU DROIT PRIVE. Licence. France. 2019. hal-02291235

HAL Id: hal-02291235

<https://paris1.hal.science/hal-02291235>

Submitted on 20 Sep 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

INTRODUCTION AU DROIT PRIVE

(Automne 2019)

Par

Xavier LAGARDE

*Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne)
Directeur du Département de recherche « Sorbonne - Justice et procès »*

Le présent document est un support écrit du cours dispensé en première année de Licence à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne). Il est conçu pour être accessible à un public profane désireux de s'acclimater aux notions essentielles du droit et aux méthodes des juristes.

Il est volontairement écrit dans une langue qui comporte parfois des familiarités, à l'image du vivant qui est la matière première de la chose juridique.

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1.- Le droit et l'ennui

Il est rare qu'un jeune de 17 ou 18 ans entreprenne des études de droit, parce que, comme il l'a écrit dans sa lettre de motivation, « c'est vraiment sa passion ». Il n'allait pas raconter que le droit était son plan B, mais l'enseignant qui a vu son dossier de candidature et lu sa lettre a quand même un doute. Le droit n'est pas enseigné au lycée de sorte qu'il est une inconnue pour les nouveaux bacheliers. Hormis quelques personnages, les hommes de loi ne sont pas connus pour être de joyeux drilles. Dans la catégorie des intellectuels, les spécialistes des humanités, qu'ils soient philosophes, historiens, sociologues, laissent peu de place aux juristes. Quelqu'un qui a un peu de culture sait à peu près « de qui Descartes, Braudel ou Bourdieu sont le nom ». Kelsen et Carbonnier (des juristes) lui diront peut-être quelque chose. Il sera plus incertain à l'évocation de Pothier, Domat, Portalis et bien d'autres encore qui, au mieux, lui rappelleront des noms de rue. Les personnalités médiatiques ne servent pas non plus la cause du droit. Celles qui ont commencé leurs études en « faisant leur droit » en font généralement état sur un mode ironique en expliquant – ne riez pas, le gag est éculé – qu'après une année de droit, ils ont fait les autres de travers. Les patrons, « big boss » ou « start-uper », ont plutôt fait « commerce » ou « ingé ». Les « youtubeurs », on sait pas trop. Quoi qu'il en soit, l'étudiant de première année n'y peut rien, mais il lui est difficile d'être insensible à l'idée répandue que le droit est ennuyeux, qu'il requiert surtout de la mémoire et qu'a priori, son apprentissage ne mène pas sur les sentiers de la gloire.

La principale préoccupation du professeur qui entre dans un amphithéâtre de première année est donc de susciter l'intérêt de son auditoire qui, en attente à cet égard, est néanmoins conditionné pour en douter.

2.- Le droit et les enfants

Une entrée en matière possible est d'indiquer qu'à l'image de Mr Jourdain qui faisait de la prose sans le savoir, les étudiants pratiquent le droit depuis leur plus jeune âge. Dans les cours de récréation de la petite école, de la maternelle ou de la primaire, dans les aires de jeu ou dans les squares, les enfants ne sont pas les derniers à dire : « *c'est pas juste* », « *t'as pas le droit* », « *je vais le dire* », « *je fais ce que veux* », « *ça te regarde pas* ». Il arrive parfois que le langage soit plus fleuri, mais enfin, les mots du droit sont utilisés par les plus jeunes, sans qu'on sache bien pour quelle raison. A la limite, cette ignorance des causes n'est pas bien grave pour le juriste. Ce qui l'intéresse en premier lieu, c'est le sens que les enfants mettent dans ses expressions et ce qu'il révèle d'une approche intuitive du phénomène juridique. En effet, c'est une règle élémentaire que pour concevoir quelque chose, il faut d'abord en avoir l'intuition, puis tenter de rationaliser. On apprend cela au collège et c'est vrai pour toute la vie.

Petite subtilité au passage (vous pouvez passer et si vous ne comprenez pas, faites temporairement abstraction et revenez-y plus tard). De cette manière d'aborder le droit, quelques esprits bienveillants diront qu'elle « essentialise » le phénomène, qu'elle traduit une forme de « jusnaturalisme » (en gros, l'idée que le droit est un phénomène naturel comme l'eau de la pluie ou la lave des volcans) et qu'elle est une dénégation sournoise de la dimension culturelle et contraignante du droit. Bof... Dans un univers qui est censé être l'un des plus beaux espaces de liberté, puisqu'il est le lieu où l'esprit se meut à loisir, le jugement, la critique, voire le procès d'intention sont fréquents. Les intellectuels ne sont pas les derniers à soupçonner leur semblable. Bref, attention à ne pas prêter à la présentation intuitive du droit plus que ce qu'elle expose. Il ne s'agit pas de dire que le droit est dans la nature, comme les plantes vertes et les fruits rouges, mais que, naturellement, c'est-à-dire sans préparation spécifique, les enfants « parlent le droit ».

C'est un constat (« just facts ») suivi d'une méthode qui se donne pour objet d'analyser les faits observés et de mettre du sens là où il n'y a que des mots.

Reprenons les quelques expressions inventoriées en les traitant dans l'ordre inverse à celui de leur énoncé et ce, pour aller du plus simple au plus complexe :

- « *Çà te regarde pas* », ce qui veut dire en à peine plus élaboré, « *c'est ma vie, c'est pas la tienne* » et, en un peu plus réfléchi, « *il y a dans ma vie, une part à laquelle tu n'as pas librement accès* ». Cette proposition peut être dite en ces termes : « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». C'est encore du langage courant, dont le profane saisit le sens que l'enfant lui prête malgré lui, mais c'est déjà une règle de droit, écrite à l'article 9 du Code civil, l'un des textes (le Code) les plus importants du droit, dont l'existence et la structure (pas le contenu, souvent modifié) datent de 1804 (à l'époque, le boss c'est Napoléon et son « taf » - évitez ce très vilain mot, même dans votre langage quotidien - est de mettre un terme à la Révolution qui a certes mis fin à la Royauté, mais avec de sérieux « dommages collatéraux » ; le code civil, on y reviendra, a servi cet objectif de pacification de la société civile française) ;
- « *Je fais ce que veux* » exprime l'affirmation de sa liberté et du droit d'échapper à la contrainte d'autrui. S'il est ajouté, avec arrogance, « *je fais ce que je veux, quand je veux et où je veux* » (réponse que fait le « mélomane » un peu sourd à son voisin qui lui demande de « mettre moins fort »), la proposition sonne comme l'expression d'une liberté abusive qui s'exerce au détriment d'autrui. Il n'est pas besoin d'aller chercher bien loin dans les textes de droit pour y trouver la consécration de cette aspiration éprouvée dès l'enfance et de la conscience qu'elle n'est pas sans limite. Ainsi l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (on peut dire « la déclaration de 1789 », c'est plus court et tout le monde comprend), qui fait partie de notre Constitution, le texte le plus impérieux en droit français (proposition un peu approximative, mais admissible pour le moment), dispose-t-il que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » ;

Jusqu'ici, c'est assez simple et l'hypothèse que nous aspirons dès l'enfance au respect de principes qui ont une valeur juridique se vérifie aisément. Cependant cette observation nous révèle seulement que nous avons une conscience intuitive du contenu du droit, au moins de ses grands principes, par exemple, comme on vient de le voir, le respect de la vie privée ou la coexistence des libertés. Elle ne nous donne aucune indication sur notre intuition de ce qu'est le droit. Nous voyons le contenu, pas le contenant. Pourtant, de ce dernier, nous avons une perception, sans doute un peu grossière, mais que révèle les trois expressions qu'il nous reste à approfondir :

- « *Je vais le dire* ». On imagine la saynète. Max amène un ballon dans la cour de récré pour faire « une balle au prisonnier » et Paul lui pique pour faire un foot avec ses copains. Max tente de récupérer sa balle. Paul et ses potes lui font comprendre qu'il perd son temps et « qu'il a qu'à faire un badminton ». Du coup, Max « va le dire » au prof qui surveille la cour de récré. Le prof appelle Paul et lui demande de s'expliquer. Réponse de Paul : « mais c'est luiiii, Meusssieu, y nous soûle avec ses jeux de gonzesses ». Le prof se dit que Paul a besoin d'une leçon : 1.- Il a un comportement de petit prédateur ; 2.- Il tient des propos bêtes et sexistes. Résultat : Paul finit « au piquet » et Max fait son jeu avec Hugo, Valentine et cie. Que s'est-il passé ? Un différend entre Paul et Max, en droit, nous dit l'article 4 du code de procédure civile, un « *litige* » ; une explication devant un tiers, certes assez peu brillante, mais au moins Paul a dit ce qu'il avait à dire si bien que l'article 14 du même code a été respecté ; en effet, nous dit ce texte, « *nulle partie ne peut être jugée sans avoir été entendue ou appelée* » ; une sanction prononcée contre Paul et « *mise à exécution* » parce que, décidée par un tiers légitime (ici le « prof »), elle est

« *exécutoire* », selon l'expression qu'utilise l'article 501 (toujours du code de procédure civile). Notre prof aura probablement plus l'impression d'avoir sagement géré sa cour de récré que d'avoir fait du droit. Mais s'il a cette impression, c'est en fait qu'il a spontanément intégré la symbolique de la Justice, à savoir le Glaive et la Balance : on écoute les thèses en présence afin d'en balancer leur valeur respective, puis on tranche, avec l'efficacité que donne le maniement d'un glaive (on pourrait dire une épée, mais on dit un glaive, c'est comme ça).

- « *T'as pas le droit* ». C'est ce que Max a dit à Paul avant d'aller s'épancher auprès du prof. Pendant ce temps-là, Mina s'est moquée de Max, qui s'est fait piquer sa balle comme un bleu. Et Valentine a dit à Mina, « *ça se fait pas* », en laissant bien traîner le « a » de « pas ». Ces deux petites accroches, certes du niveau d'une classe de grande section en maternelle, sont néanmoins significatives de ce qu'un mioche (passez l'expression) de 5 ou 6 ans a intégré que dans l'ordre de la contrainte, il y a des différences à faire. Quand Max va se plaindre auprès du prof, Valentine garde pour elle ses états d'âme. D'ailleurs, il est possible que Sonia intervienne dans le débat pour dire à Valentine, que « *ouais, mais c'est pour rire* ». Le langage enfantin révèle la perception que ce qui est de droit, vaut de la même manière pour tout le monde, alors que ce qui ne se fait pas pour Valentine, est acceptable pour Mina et Sonia. Tout un chacun sait qu'il y a des choses qui se peuvent et d'autres non. Mais il y a ce qui vaut pour tous, le droit, et ce qui vaut pour partie d'entre nous, comme les mœurs ou la morale, par exemple.

Nouvelle petite subtilité avec la même observation que pour la précédente. Pour information, il est fréquent que dans les ouvrages de droit, il y ait des parties imprimées en gros caractères et d'autres en plus petits. Ces dernières se composent de développements, dont la compréhension n'est pas absolument nécessaire à court terme (en gros, pour valider son semestre), mais dont la lecture ne peut pas nuire. Elles permettent, dit-on, d'« aller plus loin » et, que ce soit utile immédiatement ou non, c'est toujours bien d'« aller plus loin », ou « plus haut », voire « plus profond ». Venons-en au fait. Il existe un adage « nul n'est censé ignorer la loi » (en latin, c'est plus classe et ça donne *Nemo censetur ignorare jus* ; précision en passant, en latin et à l'écrit – pléonasme, car le latin est une langue morte - il n'y a pas d'accent), généralement connu des profanes. Ils en sourient un peu car quand même. Vu le nombre de codes, de lois, de règlements, d'arrêtés, il est plutôt évident que tout le monde est ignorant de la loi. D'ailleurs, les juristes le savent bien eux-mêmes. Quand on leur pose une question à laquelle ils ne savent pas répondre, ils disent que ce n'est pas leur domaine et qu'il est impossible d'être omniscient. C'est donc bien la preuve que cet adage est une plaisanterie. Sauf que les juristes sont peut-être ennuyeux, mais pas totalement stupides. Nul n'est censé ignorer la loi signifie que nul ne peut se prévaloir de son ignorance du contenu de la loi pour justifier le comportement par lequel il la méconnaît. Cette règle est plutôt saine car elle permet de sanctionner la petite crapule qui a volé un deux-roues et croit malin d'expliquer au tribunal que : « oui monsieur, je l'ai emprunté, moi, c'est tout et je savais pas qu'un emprunt c'était considéré comme un vol...etc. » Mais au-delà de son bénéfique pratique, l'adage a une portée théorique considérable aux fins d'apprécier la spécificité du phénomène juridique. L'adage dit cette chose importante que la règle est la même pour tous, que l'on soit sachant ou ignorant. Ce qui vaut en droit, c'est d'abord ce qui vaut pour tous. On ne peut pas en dire autant des échelles de valeur qui se discutent et se disputent en politique ou encore sous l'angle des mœurs, de la morale ou de la religion. Et si vous n'en êtes pas convaincu, exposez sans fard et lors d'un dîner entre potes, votre point de vue personnel sur, au hasard, l'adoption par les couples homosexuels, les signes religieux ostentatoires, le suicide assisté ou encore la « gestion des flux migratoires » ; une chose est sûre, vous ne ferez pas l'unanimité. Par contre (expression parfaitement correcte, quoi qu'on dise), si vous exposez que « tout fait quelconque de l'homme oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer », ou encore que « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits », tout le monde va s'endormir, mais, c'est du droit et ça ne fâche pas.

- Restons encore quelques instants dans la cour d'école pour analyser ce que dit un enfant qui après s'être fait remettre en place part en boudant et verbalise son dépit d'un « *c'est pas juste* ». Au centre aéré (le mercredi, quand il n'y a pas école, mais qu'on s'y trouve encore) Valentine ne veut pas partager son « quatre heures » avec Mina qui n'a pas prévu de goûter. L'« anim » lui dit « *c'est pas bien* », ce qui sous-entend que Valentine a le droit de ne pas partager son goûter, c'est à elle et elle en fait ce qu'elle veut, y compris l'engloutir avec mauvaise conscience, mais que, malgré tout, elle s'honorerait à être plus généreuse. Vous le pressentez, l'« anim » tient à Valentine un discours moral. Paul exprime autre chose lorsque, après avoir été puni à recopier 25 fois (autrefois, c'était 50) « je ne bavarde pas en classe » alors qu'il s'est contenté de répondre à David qui n'arrêtait pas de le solliciter depuis ½ heure, il fait valoir plus ou moins discrètement que « *ce n'est pas juste* ». Paul dit que la sanction qui lui est appliquée tombe sur la mauvaise personne. Ce n'est pas l'affaire Dreyfus, mais à l'échelle de la petite école, c'est une « erreur judiciaire » (à vérifier quand même, parce que Paul bavarde tout le temps). La règle qui expose à une sanction celui qui trouble le bon déroulement du cours lui a été injustement appliquée et ce discours que Paul intériorise est bien d'ordre juridique. Le récit de ces petites séquences, l'une autour du goûter, l'autre du bavardage, autorise à risquer deux hypothèses : la première, déjà anticipée, est que droit et morale ne se confondent pas, la seconde est que l'idée du droit n'est pas détachable d'un idéal de justice.

Passage en petits caractères (maintenant, vous connaissez l'utilité du procédé). Les développements de ce point n° 2 sont exposés avec légèreté et vous vous demandez si tout cela est bien sérieux. Une chose est certaine, le droit que vous allez étudier dans peu de temps (dans quelques pages et pendant quelques années) est une affaire plus exigeante intellectuellement. Il reste que, même après 20 ans ou plus de carrière, même en exerçant dans une spécialité bien définie, un juriste ne doit jamais perdre de vue que les développements les plus ardues trouvent une résonance dans la vie de tous les jours. La technique juridique a pour fonction première de résoudre les difficultés d'individus qui ne la maîtrisent pas. Il faut donc rester au contact et maintenir le lien entre la science du droit et la justice intuitive. C'est une marque de talent, spécialement pour un avocat, que de savoir toujours tenir les deux bouts de la corde, les abstractions d'un côté, la situation concrète de l'autre. Une manière de tester son aptitude à ne pas être « trop perché », est de s'astreindre à exposer en 2 ou 3 phrases tirés du langage courant, voire familier, la solution déduite juridiquement (évidemment, il est recommandé que le juriste soit capable de faire le chemin en sens inverse et d'un étudiant, on attend avant tout qu'il maîtrise au plus vite la langue et les méthodes du droit).

Un exemple. A l'article 2316 du code civil, il est écrit la chose suivante : « *la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.* ». Vous n'avez peut-être pas compris et c'est un peu normal. Explication par l'exemple (ce qui, en général, n'est pas une bonne méthode, mais elle est acceptable à ce moment de vos études) : vous souscrivez un emprunt pour acheter une voiture (1^{ère} mauvaise idée, car le premier bienfait de cet achat sera de vous énerver dans les embouteillages, mais bon, vous avez le droit et même, plus précieux encore, c'est votre liberté ; 2^{ème} mauvaise idée, car vous empruntez beaucoup trop et vos premières payes vont être englouties par l'emprunt) ; comme votre banquier vous fait totalement confiance mais qu'il est prudent, il demande qu'un de vos parents, qui a des revenus réguliers, accepte de rembourser l'emprunt à votre place au cas où vous ne seriez plus en état de le faire (on dit « insolvable »). Le Banquier, dans le texte, c'est le « *créancier* ». Vous, vous jouez le rôle du « *débiteur principal* », tandis que celui de « *la caution* » est tenu par votre parent qui accepte de s'engager à vos côtés (Attention, la « *caution* » est ici une personne, celle qui est prête à payer à votre place ; rien à voir avec la « *caution* » que vous laissez au loueur lorsque vous louez un vélo ; dans ce dernier cas, le terme caution est impropre et il faut parler de « *dépôt de garantie* »). Vos finances traversent une passe délicate (autrefois, on disait « *vous êtes dans la gêne* ») vous en parlez à votre banquier et ce dernier accepte d'échelonner votre dette (au lieu de payer 100 tous les mois, sur les 2 ans d'emprunt qui restent à courir, vous allez payer 70 sur 3 ans). C'est ce qu'on appelle, dans le texte, une « *prorogation du terme* ». Vous retournez voir votre parent (« *la caution* ») et vous lui dites que, quand même, les banquiers sympas, ça existe. Votre parent n'est pas exactement du même avis parce qu'il vient de recevoir un recommandé dans lequel le Banquier lui écrit la chose suivante : « *le*

débiteur principal ne réglant plus que 70 sur 100, à chaque échéance, nous vous mettons en demeure (i.e. demandons) de bien vouloir nous régler le complément, soit la somme de 30, à chaque échéance et nous vous prions d'agréer... et blabla, et blabla ». Le Banquier fait tout simplement application de l'article 2316 du code civil en considérant que le terme accordé au débiteur principal (vous) « *ne décharge point la caution* » (votre parent doit donc payer les 30 qui font défaut chaque mois). Il vous reste à espérer que votre parent soit aussi « sympa » que votre banquier, car le même article 2316 énonce également que, « *en ce cas* » (la caution paie à votre place), la « *caution (...) peut (...) poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement* ». En résumé, vous considérez que cette affaire ressemble à un jeu de dupe : le banquier fait un cadeau (la « *prorogation du terme* ») à son client, mais il en fait payer le prix à la caution ; la caution règle à la place du débiteur, mais elle peut lui demander immédiatement le remboursement, ce qui rend bien illusoire le « cadeau » du banquier. Bref, en vous accordant un délai, le banquier vous a pris pour une pomme. En même temps, en pensant que le délai du banquier allait vous tirer d'affaire, vous avez été un peu naïf. Si la banque vous a demandé la caution d'un parent, c'est bien qu'elle souhaite être payée au cas où vous seriez insolvable. Elle vous a accordé un délai (la « *prorogation du terme* », on peut dire aussi un moratoire) parce que, réaliste, elle sait qu'on ne peut vous demander plus. Quant au recours de la caution, c'est un peu normal. La caution s'est engagée afin que vous obteniez votre crédit. Elle est maintenant appelée à payer à votre place et comme elle ne vous a jamais promis de vous faire cadeau d'une voiture, il est normal qu'in fine (à la fin), ce soit quand même vous qui passiez à la caisse (ce qui vous conduira à revendre la vôtre, « *humour de juriste* »).

Une incidente et une conclusion :

- L'incidente : vous apprécierez la concision de la langue juridique qui permet d'énoncer en une phrase une solution dont l'explicitation par un exemple et en langage courant requiert un exposé laborieux de plus de 20 lignes ;
- La conclusion : l'article 2316 du code civil est un texte qui fait partie de ce qu'on appelle « le droit des sûretés », lequel est généralement étudié en 4^{ème} de droit (M 1) et dont la compréhension requiert a minima une maîtrise du droit des obligations et du droit des biens. Il s'agit donc d'une matière qui présente un haut niveau de technicité juridique. Pourtant, et c'est cela qu'il faut à présent retenir, l'article 2316 de ce code pose une solution sur la justesse de laquelle on peut se déterminer assez simplement. On peut trouver le texte injuste en ce sens qu'il est incohérent pour créer l'illusion d'un délai de grâce, sans vrai délai pour le banquier, et sans grâce aucune pour le débiteur et la caution. Inversement, la cohérence du texte se défend en ce sens qu'elle maintient l'intérêt pour le créancier d'avoir une caution lorsque le débiteur s'avère insolvable. Quand le débiteur dira que le banquier n'a pas de parole, ce dernier lui répondra qu'une dette se rembourse. Pour approuver ou critiquer (les deux sont permis et même souhaitables, sinon faites autre chose que du droit) une solution juridique, il faut garder à l'esprit que les méandres de la technique conduisent à la fin (mais à la fin seulement) à des considérations relevant d'une conception commune et intuitive de la justice.

3.- Le droit et ses métiers

Avant de mettre un peu d'ordre dans cet agrégat d'impressions premières, demeurons quelques lignes encore dans l'incertitude. Les souvenirs de la petite école ont leur charme, mais enfin, c'est du passé et l'avenir se décline sur un mode professionnel. Les études de droit conduisent à l'obtention de diplômes dont l'acquisition permettra l'exercice de professions dites « réglementées », c'est-à-dire, des professions auxquelles on accède sous condition, notamment et spécialement, de diplôme. L'intérêt de présenter rapidement ces différentes professions est à la fois pratique et théorique. Pratique, en ce qu'il n'est pas inutile d'avoir une première idée des professions auxquelles les études de droit conduisent (les détails techniques sont exposés à l'occasion du cours d' « institutions judiciaires », ou d' « institutions juridictionnelles » ; il existe un excellent ouvrage, régulièrement remis à jour, de S. Guinchard, A. Varinard et Th. Debard, « Institutions juridictionnelles », publié aux éditions DALLOZ). Théorique, en ce sens que les différents métiers du droit sont autant de révélateurs des caractéristiques du phénomène juridique.

Pourquoi parler de « phénomène juridique » et pas de « droit » tout simplement ? C'est vrai que l'expression fait un peu cuistre, genre « Trissotin (*si vous ne savez pas qui est Trissotin, documentez vous, il n'est pas trop tard*) à la faculté de droit ». Elle fait penser à l'économiste qui évoquerait le « phénomène marchand » pour enseigner l'économie. Il ne faut pas prêter trop à l'expression et ne pas multiplier les « préalables épistémologiques », comme on dit dans les sciences humaines, avant d'expliquer ce dont on parle. L'emploi du mot « phénomène » explicite une méthode pour circonscrire un objet d'étude. L'utilisation de l'expression « phénomène juridique » signifie qu'on procède d'abord par observation du droit, comme on observe un phénomène naturel pour ensuite l'étudier. Evidemment, le droit ne nous tombe pas dessus comme une météorite (v. le passage en petits caractères du point 2). Il reste qu'au moment où nous entrons en société, le droit nous préexiste. Les enfants en ont une intuition. Mais de tout l'appareillage juridique (les professionnels, les règles, les procédures, etc.), nous ne savons pas grand-chose, sinon que « cela est », qu'il y a, par exemple, des règles, des juges et des avocats. Le droit n'est pas un phénomène naturel, mais à chaque individu qui entend le découvrir, il est de prime abord, aussi mystérieux qu'un phénomène. C'est cette donnée qu'il est utile de ne pas occulter et qu'on occulte lorsque la première phrase de l'introduction donne ex cathedra la définition du droit. Il n'y a pas d'erreur à procéder de cette dernière manière, mais en quelque sorte, quelque chose est gâché. Donner immédiatement une définition du droit, c'est considérer que son existence va de soi et qu'il n'y a plus qu'à en apprendre les méthodes et le contenu. Précisément, cette existence ne va pas de soi et il y a des sociétés, plus beaucoup certes, qui fonctionnent honorablement en se passant d'un droit, au moins sous la forme que nous connaissons. La première année de droit n'est probablement pas le moment idéal pour interroger le « pourquoi du comment ». Il faut pourtant que le doute laisse une trace. Le moyen pour y parvenir est d'admettre l'épaisseur de son ignorance et de prendre conscience du chemin à parcourir pour gagner en connaissance. En France, comme dans bien d'autres pays, le droit existe et s'étudie. Il faut donc se mettre à l'ouvrage. Il reste utile, quelques heures seulement, d'adopter à l'égard de son objet d'étude la prudence d'un entomologiste. D'où le « phénomène juridique » et pas tout de suite le « droit ».

Exercer un métier du droit, c'est travailler dans le domaine de *l'exécution*, dans l'ordre du *discours*, en soutien à *l'action*.

Les métiers d'exécution sont ceux dont l'exercice garantit l'effectivité du droit. L'Etat peut bien interdire une manifestation, celle-ci se tiendra si une police n'assure pas la réalité de l'interdiction. Un débiteur peut bien être condamné à rembourser ses dettes, cette condamnation restera lettre morte s'il n'est un huissier de justice habilité à saisir les comptes ou autres biens (la voiture, la rémunération, le bien immobilier, etc.) de ce débiteur. Les agents et officiers (dans la hiérarchie, l'agent est en-dessous de l'officier) de police judiciaire, qu'ils soient issus de la Police ou de la Gendarmerie nationale, et les huissiers de justice font bien d'autres choses que de mettre à exécution des décisions prises par des pouvoirs publics (par ex., le Préfet qui interdit une manifestation, le juge qui condamne un débiteur). Notamment, les uns comme les autres participent activement à la recherche de la vérité, les premiers à l'occasion de poursuites pénales (par ex., lorsqu'un crime a été commis, un juge est nommé pour instruire l'affaire, c'est-à-dire rechercher la vérité, et les officiers de police judiciaire l'assistent dans l'accomplissement de cette tâche), les seconds à l'occasion d'une action en justice devant des juridictions civiles aux fins de régler un litige (vous connaissez maintenant le mot) entre des personnes privées (il arrive qu'une personne publique soit déférée devant une juridiction civile, mais c'est assez rare et pour l'instant, laissez de côté). Par ex., si une entreprise considère qu'une autre se livre à son détriment à des actes de concurrence déloyale, il lui sera très utile de missionner un huissier de justice afin que celui-ci dresse constat de ces actes. En conséquence, si vous rencontrez un huissier de justice qui se promène dans un rayon de lingerie, féminine ou masculine (mais oui, les hommes aussi portent des sous-vêtements), qui plus est en prenant des photos, ce n'est pas un fétichiste, c'est tout simplement un auxiliaire de justice qui fait son travail et dont les constats permettront ultérieurement de savoir si les articles vendus sont de réelles créations ou de vulgaires contrefaçons (une contrefaçon, allez savoir pourquoi, c'est toujours vulgaire). Cette séquence n'est cependant pas l'ordinaire d'un huissier de justice et, plus souvent, il pratiquera des saisies ou des expulsions de personnes qu'on appelle des « occupants sans

titre », façon juridique de dire des squatters ou des locataires qui ne paient plus leurs loyers. L'huissier comme l'officier mettent à exécution ce qui a une valeur juridique, qu'il s'agisse d'un acte de l'administration ou d'une décision de justice. Ce sont des métiers du droit et l'exécution, au besoin par la contrainte, donc de force et contre le gré de ceux qui la subissent, fait ainsi partie du droit. C'est une donnée qui est contestée, avec des arguments solides (v. R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ 2013, et la présentation de l'ouvrage par l'auteur, D. 2014, 985). Pour l'heure, il vaut mieux retenir que l'exécution par la contrainte est un trait caractéristique du droit. Celui-ci peut s'épanouir sans la contrainte, mais sans cette dernière, le droit n'est plus.

L'ordre du discours est la partie la plus visible et par chance, la plus belle. Les avocats en sont les principaux animateurs. Ils plaident et parlent encore, même quand la cause est perdue. Et si la rigueur du droit n'autorise pas tous les propos, elle laisse assez de marge pour en toute occurrence permettre le discours. Ce n'est pas par hasard que l'avocat fait un bon personnage de fiction. Il porte l'humanité du droit et lorsqu'il s'exerce sa rhétorique au Palais (sous-entendu, de justice), son art et son talent sont de faire vivre à travers la cause qu'il défend les idéaux de justice et de vérité que la technique juridique voile si facilement. Certes, l'enjeu des audiences varie et l'éloquence n'atteint pas le même niveau selon qu'on plaide sur une fuite d'eau ou un drame industriel dont la presse s'est fait l'écho. Mais il faut se rendre au tribunal (les audiences sont publiques) pour saisir la tension. C'est à l'audience que la justice passe et quelle que soit l'importance du dossier, elle donne toujours des frissons, même petits. Les avocats qui n'ont pas le trac avant de plaider sont tout simplement ceux qui n'ont pas de talent. Leur plus fidèle ami/ennemi, lui aussi sujet de fiction, c'est le juge. Assis dans sa robe, d'autant plus rouge que son rang est élevé, il mène les débats, mais surtout il écoute et prend des notes. En principe, il ne laisse rien paraître, sauf une pointe d'agacement si la plaidoirie s'éternise. Puis à la fin de l'audience, il prononce la clôture des débats et fixe la date dite de « délibéré », c'est-à-dire la date à laquelle, après délibéré, le jugement sera mis à la disposition des parties (en droit, c'est fréquent, on utilise souvent un mot pour désigner quelque chose d'un peu différent de ce que le mot suggère ; il faut s'y faire). Concrètement, à l'issue d'une audience qui s'est tenue le 10 novembre, le président du tribunal lâche : « *délibéré au 20 décembre* », ce qui signifie que le 20 décembre, les parties pourront prendre connaissance du jugement écrit et que, préalablement, entre le 10 novembre et le 20 décembre, le ou les magistrats saisis du dossier auront forgé leur conviction et rédigé le jugement. Avocats et magistrats, telles sont donc les deux professions, à la fois les plus visibles du grand public et les plus caractéristiques de l'activité juridique. Que révèlent-elles du droit ? La place primordiale qu'y tient le langage, avec ses mots, pour dire les choses, révéler les émotions et faire entendre raison. C'est d'ailleurs le principal objet des études de droit que d'en maîtriser les rouages, les méthodes qu'il impose, les raisonnements qu'il autorise, partout où il se fait entendre : la famille, la nation, l'entreprise, la finance, la presse, l'hôpital, la prison, etc. Le droit est ainsi : il implique la contrainte, mais il comprend (au sens de contenir) un discours.

Le soutien à l'action. Beaucoup d'étudiants se voient bien « avocats d'affaires ». Les attentes pendant des heures devant une salle d'audience sur les murs de laquelle il y a trace d'au moins trois dégâts des eaux et dont les fenêtres, sales bien sûres, sont agrémentées d'une tringle qui n'a plus porté de rideaux depuis au moins dix ans, très peu pour eux. Une bonne négo en M&A (pour Merge and Acquisition, soit fusion et acquisition) dans le département corporate (droit des affaires, mais c'est plus classe de dire « je bosse en corporate » que « je suis affecté au département 'droit des affaires' » ; personne ne peut vous expliquer, mais une fois encore, pour le moment, c'est comme ça et un jour ça passera), accessoirement climatisé, d'une belle Law firm (Compagnie d'avocats) anglo-saxonne (ce qui veut dire anglaise ou américaine), tel est leur horizon. Un peu d'ironie, mais aucun reproche, ces futurs avocats seront très utiles à leurs clients. Ils leur permettront de mettre en forme leurs projets d'entreprise et les actes nécessaires à cette fin et d'assurer l'efficacité juridique de ces derniers, actes et projets. Un contrat bien « ficelé » est un contrat qui a le double mérite d'exprimer ce que veulent les parties,

également de prévenir les contestations qui peuvent en émailler l'exécution. La profession historiquement la première à venir en soutien à l'action n'est cependant pas celle d'avocat. Les avocats se sont mis au « conseil » (qu'on oppose au contentieux) et ils ont bien fait. Mais la profession première aux fins dit-on de « recevoir » (en gros, rédiger) les actes des personnes privées est le notariat qui, comme son nom l'indique, comprend les notaires. Cette profession est souvent critiquée en ce qu'elle s'exerce dans le cadre d'un *numerus clausus* (c'est du latin, pas du grec...), ce qui signifie que les notaires, ou plutôt les études notariales (un cabinet de notaires) sont en nombre limité par les pouvoirs publics. Il est vrai que ce monopole offre un certain confort professionnel à qui en bénéficie. Il fait des envieux, spécialement chez les avocats qui eux sont en situation de (rude) concurrence. L'envie et la jalousie sont des maux inévitables mais elles ne constituent pas des causes d'intérêt général. Les notaires sont en situation de monopole pour une raison incontournable : les actes qu'il reçoivent peuvent être mis à exécution, avec la même efficacité qu'un jugement. En termes un peu plus savants, le notaire bénéficie d'une délégation de l'autorité publique et il est normal que le détenteur légitime de cette autorité, l'Etat, sache exactement à qui il accorde une délégation. Concrètement et par exemple, la délégation d'autorité publique dont bénéficie le notaire signifie ceci : si une banque accorde un prêt immobilier (un prêt pour financer l'acquisition d'un bien immobilier) à un particulier et que ce prêt est « reçu » par un notaire, il devient un « prêt notarié » que la banque pourra mettre à exécution si l'emprunteur ne rembourse pas le prêt aux échéances convenues ; la banque peut donc saisir le bien immobilier et le faire vendre et s'approprier le prix de la vente sans qu'elle ait besoin d'obtenir préalablement un jugement de condamnation du débiteur. L'acte notarié (le prêt reçu par le notaire) a exactement (enfin à peu près) la même efficacité qu'un jugement émanant d'un tribunal institué par l'Etat. La Banque peut donc directement missionner un huissier (métier d'exécution, v. ci-dessus) pour obtenir le paiement forcé de sa créance (son prêt). Elle ne le pourrait pas si elle s'adressait seulement à un avocat pour rédiger le prêt ; d'où la grogne (injustifiée) des avocats.

Ce méandre pour évoquer les « luttes des classes » des professions du droit est significatif d'un des aspects du phénomène juridique. Le notaire a rang d'officier public, en ce sens que les actes qu'il rédige bénéficient de l'autorité publique. Pour autant, le notaire n'est pas un fonctionnaire et il exerce ce qu'on appelle une profession libérale, ce qui signifie que le notaire est rémunéré par ses clients et qu'il assume la responsabilité économique de son étude (on dit un « cabinet d'avocat », mais une « étude de notaire » pour désigner à la fois l'entreprise de ces deux professionnels du droit et le lieu où ils exercent leur art). Le point important est qu'historiquement (fin du Moyen-âge), le notariat s'est développé sans avoir été constitué par le pouvoir royal. L'Etat a progressivement pris le contrôle d'une pratique qui est née sans lui. La signification profonde de l'existence du notariat, et elle dépasse de loin le seul périmètre de cette profession, est que le droit peut exister sans l'Etat, qu'il peut en quelque sorte venir d'en-bas (« bottom-up », comme adorent dire les « managers », prononcer « manageaire », ç'est très chic), c'est-à-dire de la société civile, et pas seulement descendre d'en-haut (top-down, comme adorent, etc.), c'est-à-dire de la puissance publique. Pour saisir cette chose bien subtile, qui aurait pu être écrite en petits caractères, il faut se mettre en situation et, un instant, sortir de l'étude du notaire, car ce qui est totalement vrai chez le notaire dont l'intervention donne une efficacité maximale à l'acte qui est reçu, se vérifie également, même dans une moindre mesure, ailleurs que chez lui. Vous êtes jeune stagiaire dans le département corporate d'une big law firm (on s'y croit) et vous suivez une « négo » qui dure des jours et des jours. Après quelques nuits très courtes, les parties se décident à signer et vous le découvrirez en pratique, plus un « deal » (hé oui, il faut se faire à ce sublime anglicisme) est important, plus les parties signent tard dans la nuit. Etrange, mais empiriquement vrai. Quoi qu'il en soit, lorsque la signature intervient, tout le monde a parfaitement intégré que ce qui a été signé est désormais la loi des parties. Sans être juristes, les parties signataires savent que ce qu'elles ont signé a pour elle une valeur juridique et contraignante. Même chez les « grands », l'intuition du droit précède sa réalisation (c'est-à-dire le moment où, par exemple, les parties auront un litige sur la bonne exécution du contrat et plaideront devant un juge que le contrat vaut loi et que telle partie doit le respecter). Les juristes

ont une locution latine pour désigner cette réalité, c'est l'*opinio necessitatis*, qu'on peut traduire comme la « croyance en la nécessité » de ce que l'on fait, pour un contrat, la conviction (ou plus exactement la certitude que cela va de soi) de sa nature juridique et contraignante.

Contrainte et discours, tels sont donc les deux éléments structurants du phénomène juridique que perçoivent intuitivement les petits comme les grands, les profanes comme les professionnels.

4.- Le droit et ses définitions

On dit les juristes ennuyeux. C'est un peu injuste, mais il faut bien reconnaître qu'ils y mettent du leur. Car tout ce qui vient d'être dit, révélateur, soyons modestes, d'une proximité entre le droit et l'humain (et si l'humain vous ennuie, il vous reste les maths ; proposition bête et méchante, convenons-en, car la capacité des mathématiciens à comprendre des trucs aussi utiles qu'abscons mérite l'admiration de ceux qui en sont incapables, ce qui n'empêche pas un petit tacle de temps en temps, viril, mais correct), les juristes le conceptualisent en proposant dans les introductions au droit qui ont habituellement cours la définition suivante du droit : un ensemble de règles dont le caractère contraignant est garanti par l'Etat. Ce n'est évidemment pas faux (les universitaires adorent critiquer leurs collègues, mais quand même, ce sont des gens raisonnables). En même temps, ce n'est pas franchement attractif. « *Jeunes gens, si vous voulez vous ennuyer, demandez le programme* ». Il est pour autant normal que le passage de l'intuition à la définition soit un peu desséchant. Maintenant qu'il faut se mettre à l'étude et comprendre avec précision la matière à étudier, le moment est venu, en quelque sorte, de « calmer sa joie ».

Plus sérieusement, l'observation du phénomène juridique par l'analyse de la connaissance intuitive du droit (ce qui a été fait au point 2 et 3) permet d'en saisir les ressorts humains desquels il tire sa dynamique : la crainte et la confiance suivies de la contrainte et du discours, le glaive et la balance, puis, derrières, le gendarme et l'avocat (que l'argot désigne aimablement comme le « baveux », pour celui qui est toujours « bavard », même quand son client est pris la main dans le sac). Ce travail permet d'identifier l'espace intellectuel et émotionnel dans lequel les individus situent le droit ou encore, pourrait-on dire, de quoi se nourrit la conscience juridique. Prendre la mesure de cette réalité est une nécessité à la fois pour bien apprendre, en même temps pour le vivre et le pratiquer. Si les mots l'emportent sur les choses et si le vivant s'efface derrière la règle, l'apprentissage de cette dernière est à périr d'ennui. Plus grave, cette dérive est la meilleure manière de fabriquer de « mauvais juristes ». L'avocat et le juge, les deux figures du droit les plus séduisantes aux yeux du profane, sont en permanence confronté au dilemme du juriste : est-ce le temps de parler, est le temps de contraindre ? La technique du droit permet de lever l'hésitation. Mais il faut une grande part de discernement dans son maniement, le sens du tempo, comme disent les musiciens. Pourquoi ? Tout simplement pour que le propos du professionnel du droit fasse écho dans la conscience juridique du profane et qu'ainsi ce dernier le reçoive et l'accepte, bon gré malgré. Il faut « *persuader sans convaincre* » disait Rousseau. Il reste que ceci ne fait pas une définition du droit. Approcher ce qu'est le droit pour les individus ne donne pas une idée suffisamment construite de ce qu'est le droit pour les professionnels qui en manient le langage et les techniques. Il est donc de bon entendement qu'il y ait un décalage (pas un abyme, sinon l'alchimie donne une explosion) entre la perception et la définition du droit. Finalement, toutes ces choses savantes, c'est un peu comme le froid réel et le froid ressenti.

Ce qui précède est un horizon. Au premier plan, il y a désormais le droit, celui qui est en même temps l'objet des études de droit et l'expertise des professionnels du droit et c'est bien lui qu'il faut définir. La définition d'usage (*un ensemble de règles dont le caractère contraignant est garanti par l'Etat*) est acceptable, mais il semble utile d'y introduire deux modifications aux fins de ne pas exagérer l'écart entre intuition et connaissance.

La première part du constat que la référence aux règles est trop réductrice. Un contrat, une décision de justice ne sont pas des règles. Un avocat qui plaide défend d'abord une cause et les règles dont il réclame l'application sont l'un des éléments de son discours dont la totalité se déroule pourtant dans l'enceinte du Palais. C'est un débat qui occupe les théoriciens du droit que de savoir si tout ce qu'on trouve en droit est toujours lié, de près ou de loin à une règle, qu'il s'agisse de l'édicter, de l'interpréter ou de l'appliquer. C'est un débat qui mérite d'avoir lieu. Pour autant, il y a un moment où les circonvolutions théoriques aux fins de réduire tout ce qui est de droit à une règle atteignent un tel degré d'abstraction que le juriste d'un peu d'expérience y perçoit inévitablement l'artifice. L'observation pour ainsi mettre à distance une querelle théorique significative est sans doute un peu courte et pas forcément très glorieuse. On lui reconnaîtra le bénéfice d'une excuse pédagogique. A présent, on retiendra donc que le droit n'est pas seulement un ensemble de règle, mais qu'il est plutôt un *ensemble de dispositifs*, parmi lesquels les règles, qui ont une place éminente, mais aussi les jugements, les contrats, également bien d'autres choses dont la présentation viendra au moment opportun. « Dispositif », ce n'est pas extraordinairement précis, mais en tout cas, ce n'est pas réducteur. Comme diraient les logiciens, ce qu'on perd en compréhension, on le gagne en extension.

La seconde modification tient au fait que la définition classique exagère la dimension contraignante du phénomène juridique et occulte sa part discursive. Le droit réduit à un ensemble de règles contraignantes n'a guère plus de saveur que le règlement intérieur d'une résidence d'étudiants (« Prière de laissez cet endroit aussi propre que vous l'avez trouvé », ce qui, soit dit en passant, n'est généralement pas très exigeant eu égard à l'état des « collectifs » ; « ne pas provoquer de nuisances sonores après 22 h. » ; au fait, avant, on peut ?...). Or, le détour par l'examen d'une approche intuitive du droit a révélé la place éminente qu'y occupent le débat et le délibéré. En droit et sur une même question, deux thèses sont toujours théoriquement défendables, ce sont celles que plaident les deux avocats des parties qui s'opposent à l'occasion d'un procès (Au passage : celui qui prend l'initiative du procès s'appelle le demandeur et celui contre qui le procès est engagé s'appelle le défendeur ; à ne pas confondre avec le défenseur qui est la personne, généralement un avocat, mais pas toujours, assurant la défense d'une partie ; dans un procès où chacune des parties est défendue par un avocat, le demandeur et le défendeur ont donc chacun leur défenseur). Au reste, avant de consacrer l'une ou l'autre, ou un peu des deux à la fois, le juge hésite et balance, en un mot, il délibère. Le juge n'est pas un gardien de la paix, il fait plus qu'appliquer la consigne. Que cherche-t-il ? N'ayons pas peur des grands mots : la solution juste, c'est-à-dire celle qui repose sur une appréciation exacte de la réalité des faits, et sur une justification solide (en principe une règle, mais encore-faut-il bien l'appliquer) de la solution retenue. Bien sûr, le juge est un être humain et, sauf s'il a perdu la raison, il se sait faillible. Mais enfin, son objectif n'est pas de rendre une décision injuste, il est bien de tendre vers une solution juste. C'est un peu paradoxal, mais c'est ainsi, la finalité du discours juridique est en quelque sorte un idéal qui ne peut être atteint. Il faut prendre la direction du soleil sans espérer le toucher, ce qui est somme toute plutôt raisonnable (souvenez vous d'Icare...). Sauf à appauvrir excessivement la matière juridique, il importe donc d'introduire, avec toutes les précautions requises, la notion d'*idéal de justice* dans la définition du droit.

D'où la définition proposée :

« Un ensemble de dispositifs dont le caractère contraignant est garanti par l'Etat et dont la mise en œuvre tend vers un idéal de justice »

Cette définition conduit à approfondir l'étude des **éléments** qui constituent la matière juridique, (I) et invite à s'interroger sur les **fondements** (on peut aussi dire les finalités) du droit (II).

I.- LES ELEMENTS DU DROIT

Les dispositifs juridiques ont pour traits communs d'être assortis d'une contrainte. Quels sont ces dispositifs (I.A.) et en quoi consiste la contrainte (I.B.), telles sont les deux questions à traiter.

*

I.A.- LES DISPOSITIFS

On en rencontre essentiellement deux : les normes générales et les normes individuelles.

1°) Les normes générales

5.- Généralités

L'habitude a été prise d'utiliser indifféremment le terme « règle » et l'expression « norme générale ». En effet, pendant longtemps, les deux catégories ont été tenues pour équivalentes et on pouvait dire que les règles sont des normes générales et que les normes générales sont des règles. Simplement, avec le temps, il est apparu que cette équivalence ne pouvait plus fonctionner de manière exclusive. Soit les articles 9 et 1240 du code civil. Le premier énonce que « *chacun a droit au respect de sa vie privée* ». Le second dispose que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* ». Ces deux textes constituent des normes générales, mais entre les deux, il y a une différence. L'article 9 alloue un droit à tout individu sans poser de conditions ; c'est une norme sans conditions (inconditionnée), ce qui fait d'elle un principe. L'article 1240 est d'une facture un peu moins rustique. Il fait obligation à un responsable de réparer le dommage causé à la victime à la condition que cette dernière établisse la réalité de son dommage, la faute du responsable, et un lien de causalité entre la faute et le dommage. C'est une norme conditionnée et c'est donc une règle. En droit et même si les choses évoluent, les normes générales qui font l'ordinaire du juriste sont des règles. Les principes prennent cependant de plus en plus de place.

6.- Les règles

Les règles présentent 4 caractéristiques. Elles sont abstraites, générales, permanentes et conditionnées (ou conditionnelles ; dans le langage courant, les deux adjectifs n'ont pas le même sens, mais en droit, les deux sont utilisés de manière équivalente).

La règle est *abstraite* en ce sens qu'elle se saisit d'une situation à travers quelques traits caractéristiques susceptibles de se reproduire à l'infini ; on peut dire que ces traits caractéristiques sont sans historicité en ce sens qu'ils ne sont pas situés dans le temps et dans l'espace. L'article 1240 du code civil: tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

De l'abstraction, se déduit la *généralité* (son caractère applicable à un nombre potentiellement illimité de situations) et la *permanence* de la règle (son caractère indéfiniment applicable tant qu'elle n'a pas été abrogée).

La règle est *conditionnelle* ou, dit-on aussi, *hypothétique*, en ce sens qu'elle déduit un effet de droit d'un ensemble de conditions abstraitement définies. On peut la présenter sous la forme « si..., alors... ». Par ex., si une faute cause un dommage, alors l'auteur de la faute doit réparation à la victime du dommage.

Les profanes pensent un peu vite que les *effets de droit* (ou *effet juridique*) sont nécessairement des obligations (le responsable doit réparation) ou des interdictions (dans un lieu public, il est interdit de fumer). En réalité, les effets de droit sont infiniment plus variés. Ces effets peuvent être :

- Des *prescriptions* : commandement ou obligation (par ex., celle de réparer le dommage que l'on a causé), interdiction (cf. le code de la route), permission ou autorisation. Parce que la liberté est le principe, chacun peut faire ce que la loi n'interdit pas, d'où il suit qu'en première lecture, une règle permissive est une curiosité. Il n'y a pas besoin d'une règle pour être libre. Il arrive cependant que des comportements autrefois interdits, par ex. l'interruption volontaire de grossesse, soient ensuite autorisés, sous conditions ; c'est alors que l'effet de la règle consiste en une possibilité offerte à celui auquel elle s'applique. Ainsi l'article L.2212-1 du code de la santé publique dispose-t-il qu' « *avant la fin de la douzième semaine de grossesse* », « *la femme enceinte qui ne veut pas poursuivre une grossesse peut demander à un médecin ou à une sage-femme l'interruption de sa grossesse* ». Dans un tout autre domaine, on peut également citer l'article L. 410-2 du code de commerce selon lequel « *sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services (...) sont librement déterminés par le jeu de la concurrence* ». L'affirmation de cette liberté est nécessaire car jusqu'en 1986, les prix étaient contrôlés par le gouvernement (ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945).
- Des *habilitations* : pouvoir est donné à une personne de faire quelque chose. Cela peut paraître assez mystérieux, car si les individus sont libres, leur liberté implique nécessairement le pouvoir d'agir (la liberté est même définie par certains philosophes comme une puissance d'action). Par exemple, la liberté d'aller et venir signifie peu de chose si les individus ne sont pas habilités à sortir de chez eux (cas d'une personne assignée à résidence ou à un quartier). Pour autant, l'attribution d'un pouvoir est une nécessité, au moins dans deux cas. Première hypothèse, la personne libre est sans pouvoir d'action parce qu'elle n'en a pas les moyens physiques ou mentaux (personne gravement malade ou atteinte d'un handicap lourd) : dans ce cas, il faut bien que quelqu'un (par ex. un tuteur) puisse agir à sa place et pour son compte (signer un bail pour la loger, par ex...) ; cette personne doit alors être habilitée et il faut une règle dont l'application permettra son habilitation. Deuxième hypothèse, la personne libre se sent si bien à son aise qu'elle se verrait bien agir, non seulement pour elle-même, mais également pour les autres. C'est le chef d'entreprise qui développe un projet et engage de ce fait ses équipes (donc ses salariés) à le réaliser. C'est aussi l'association qui prétend faire procès à tel industriel dans l'intérêt de ses membres, mais aussi, pense-t-elle, de tous ceux dont elle dit porter la cause. Il est de nombreuses hypothèses dans lesquelles le droit permet que la liberté de tel un puisse s'exercer de telle manière qu'elle engage tel autre. Cependant, cette liberté prend alors le nom de pouvoir et son exercice est potentiellement attentatoire à la liberté d'autrui de telle sorte que, là comme ailleurs, il faut une règle prévoyant l'habilitation de qui prétend agir pour autrui.
- Des *déclarations*. Ce troisième type d'effet de droit est encore plus inattendu pour le profane. Même d'ailleurs pour certains juristes qui, là comme ailleurs, avec des arguments qui se soutiennent, considèrent que ces effets ne sont pas vraiment des « effets juridiques » (ce qui oblige quand même à des détours théoriques très compliqués et dont le bénéfice n'est pas évident). Pour faire simple (car la matière est complexe), une règle de droit a pour effet une déclaration lorsque, dans certaines conditions, elle énonce « ce qui est » (on peut dire, plus scientifiquement, elle « attribue un état »). Cela signifie que le droit ne se contente pas de dire ce qui doit être, mais également de décrire les choses telles qu'elles sont. Exemple : « *L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* » (article 312 du code civil), ce qui signifie : si un enfant naît ou est conçu alors que sa mère est mariée, il est le fils du mari de sa mère. La règle se contente donc de dire qui est le père de l'enfant, elle établit le lien de filiation entre l'enfant et le mari de la mère, ou encore, autre façon de dire la même chose, elle attribue à l'enfant de la femme mariée, l'état d'enfant du mari de sa mère. A quoi cela sert ? Posez la question à un enfant né sous X et qui est à la recherche de sa filiation biologique ; vous aurez la réponse. Cet état de la personne, sa filiation, est constitutif de son identité et pour vivre, plus encore pour vivre en société (ce qui est notre lot commun), il est nécessaire d'en avoir une. L'ordonnement d'une société, à quoi sert un peu le droit, suppose de

donner à chacun une identité (ce qui ne veut pas dire que cette identité nous enferme). Il faudra y revenir.

7.- Les principes

Chez les juristes, le terme de principe est polysémique et pour compliquer les choses, on l'utilise tout le temps. En droit, il y a toujours un principe et des exceptions et selon un éminent théoricien du droit (Henri Battifol, 1905-1989), c'est même à cela qu'on le reconnaît (Principes de base de philosophie du droit, LGDJ, Paris 1979, p. 254 et s.). Par exemple, l'article 1103 du code civil énonce que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits.* » C'est une règle (si un contrat a été valablement formé, alors il crée des obligations à la charge de ceux qui l'ont conclu ; par ex., le client d'un banquier qui contracte un emprunt doit le rembourser), dite de principe, en ce que, normalement, tout contrat valablement formé oblige ceux qui l'ont conclu. Mais il y a des exceptions : par exemple, si l'une des parties est impécunieuse, l'article 1343-5 du code civil prévoit que « *le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur et en considération des besoins du créancier, reporter ou échelonner, dans la limite de deux années, le paiement des sommes dues* » ; ou encore et la situation est différente de celle de l'impécuniosité d'une des parties, l'article 1195 du même code dispose que « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant* ». Dans cette configuration, le terme « principe » est important, mais il sert uniquement à préciser la caractéristique d'une règle. La règle de principe est la règle qui s'impose à défaut de solution contraire. On peut dire « le principe » au lieu de la « règle de principe ». C'est une économie de langage acceptable, mais attention au choix des mots, car ceux-ci sont trompeurs. Le principe n'est ici rien de plus qu'une règle et ne caractérise pas une norme d'un genre spécifique.

Le principe, entendu comme une espèce de norme différente de la règle, s'entend d'une *proposition générale inconditionnée* ou inconditionnelle (tout compte fait, je préfère inconditionné). Les principes les plus caractéristiques de cette définition sont les normes qui consacrent des droits et libertés fondamentaux reconnus aux individus sous la seule condition de leur existence. Ce qui veut dire qu'en réalité, ces normes sont inconditionnées (a priori, ceux qui n'existent pas n'ont pas besoin de droits) et c'est bien là leur trait caractéristique. Il suffit de naître pour avoir droit. Ainsi la Déclaration de 1789 débute-t-elle par l'affirmation que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits (...)* », poursuit-elle en indiquant que « *ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression* », que « *l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* », puis que « *tout homme (est) présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* », encore que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.* », le reste de la même constitution. Ces normes sont bien plus que des grands principes affirmés avec d'autant plus d'énergie qu'ils seraient bien inutiles en pratique. Ils font partie de notre droit et les juges veillent à leur respect.

En pratique, l'application de la règle de droit donne des résultats plus sûrs que la mise en œuvre des principes. Deux exemples, pas très drôles, mais révélateurs de la gravité du droit :

- Armand séjourne en clinique et en ressort avec une infection nosocomiale. Le dommage (la maladie résultant de l'infection) est certain et le lien de causalité avec le séjour (c'est le propre des infections nosocomiales) également. La clinique est-elle responsable ? Tout dépend du point de savoir si elle est fautive, ce qui suppose de vérifier que les services de la clinique ont bien suivi les protocoles de désinfection en usage. A la fin, il est jugé que la clinique n'est pas responsable, dès lors « *qu'une faute ne saurait résulter de la seule présence, dans l'organisme du patient, d'un germe habituellement retrouvé dans les infections nosocomiales et que cette circonstance ne constitue pas, à elle seule, la preuve que les mesures d'asepsie nécessaires n'ont pas été prises ; que l'origine précise de l'infection n'a pu être*

identifiée, que l'expert ayant examiné le protocole suivi par le praticien n'a pas identifié de faute de celui-ci dans l'accomplissement des soins, qu'une faute de la clinique ne peut être présumée aux motifs qu'il y aurait nécessairement eu une défaillance du service dans la désinfection des locaux et l'asepsie des instruments chirurgicaux » (extrait et inspiré de Cass. civ. 1^{ère} 16 novembre 2016, Pourvoi n° 15-24.715). La décision est sévère, mais elle est prévisible. En matière d'infection nosocomiale, il n'y a pas de risque zéro et la clinique ne peut répondre de dommages alors qu'elle a pris toutes les précautions en usage dans le monde médical pour contenir au mieux le risque. Par ailleurs, même si c'est une autre histoire, il existe un organisme (Acronyme ONIAM pour « Office national d'indemnisation des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales ») qui pourvoit à l'indemnisation des personnes subissant un dommage à l'occasion d'un acte de soins et alors qu'aucune responsabilité ne peut être établie (v. par ex. Cass. civ. 1^{ère} 19 juin 2019, Pourvoi n°18-20.883, Publié au Bulletin).

- Armand a séjourné en clinique parce qu'en novembre 2015, il a été pris dans les fusillades du Bataclan. Il en est ressorti moralement traumatisé, de surcroît avec des éclats de balle, à extraire de son tibia. Quoi qu'il en soit, alors qu'il était sur une civière à proximité du lieu du drame, un drap blanc recouvrant ses jambes, il a été pris en photo par un reporter. Sur la photo, qui paraît en une d'un hebdomadaire et qui est ainsi visible à l'affiche dans tous les kiosques à journaux, le visage d'Armand apparaît, sans traces de blessures certes, mais identifiable et médusé. Armand veut faire interdire cette parution qu'il n'a pas autorisée, d'autant qu'il n'a pas voulu que ses jeunes enfants, gardés ce soir là par leurs grands-parents, soient mis au courant de l'épreuve qu'il a subie. C'est son choix et il demande le respect de sa vie privée. Il invoque donc le principe posé par l'article 9 du code civil (« *chacun a droit au respect de sa vie privée* »). La rédaction de l'hebdomadaire lui répond qu'elle aussi a un droit, celui que consacre l'article 10.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (on a le droit d'écrire CEDH, c'est l'usage et c'est plus court ; vous observerez que dans l'acronyme, le S a été chinté, mais c'est parce que Méphistophélès ; à situation dramatique, humour absurde), lequel texte fait partie de notre droit et dispose que « *toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière* ». La rédaction du journal fait ainsi valoir qu'elle a le droit « à la liberté de communiquer des informations » et ajoute qu'au reste, la photo est respectueuse de la personne d'Armand qui n'apparaît pas ensanglanté et dont le visage symbolise la dignité des victimes. La situation est difficile. Chacun se prévaut, non sans argument, d'un droit d'égale valeur. Comment trancher ? Pas simple car là où la règle donne une méthode pour résoudre la difficulté, les principes permettent seulement d'en poser les termes. En tout cas, dans une configuration comparable à celle ici décrite, la Cour de cassation a rendu la décision suivante :

Vu l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble les articles 9 et 16 du Code civil ;

Attendu que la liberté de communication des informations autorise la publication d'images des personnes impliquées dans un événement, sous la seule réserve du respect de la dignité de la personne humaine ;

Attendu que pour juger illicite la publication, par l'hebdomadaire " P... ", d'une photographie représentant Mme X..., victime, lors de l'attentat survenu à Paris à la station Saint-Michel du RER, le 25 juillet 1995, l'arrêt attaqué retient que, si la liberté d'expression et les nécessités de l'information rendaient légitime le compte rendu de l'événement, la protection du droit à l'image de Mme X... commandait que la reproduction de sa photographie, prise sans son autorisation, ne permette pas son identification ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que la photographie était dépourvue de recherche du sensationnel et de toute indécence et qu'ainsi, elle ne portait pas atteinte à la dignité de la personne représentée, la cour d'appel a violé les textes susvisés

Cass. civ. 1^{ère} 20 février 2001, Pourvoi n° 98-23.471, Bull. civ. I n° 42

On a le droit de ne pas être totalement convaincu. C'est un point sur lequel nous reviendrons.

Il reste qu'en pratique, le juriste travaille essentiellement avec des règles. Mais il ne doit jamais perdre de vue qu'il existe des principes dont l'application peut contrarier le jeu des règles de droit. En jouant avec les mots, on pourrait dire qu'en principe, les normes sont des règles, mais que par exception, certaines normes sont des principes (si vous avez compris, vous êtes bienvenus dans le monde des juristes). Les propos qui suivent valent d'ailleurs plus pour les règles que pour les principes (cf. ci-dessus le passage en petits caractères).

8.- La sécurité juridique

Le fait que le droit se compose de normes générales et spécialement de règles offre aux individus la sécurité juridique. Cette proposition a une signification pratique et théorique.

D'un point de vue pratique, la sécurité juridique signifie que les individus sont en mesure d'avoir une quasi-certitude (c'est un peu optimiste, mais si c'était totalement vrai, il suffirait d'un algorithme pour faire du droit...) sur la façon de se comporter conformément au droit. Tout le monde ne connaît pas la règle, mais quiconque se préoccupe d'agir conformément au droit est en mesure, fût-ce avec l'aide d'un professionnel, d'identifier les règles applicables à sa situation et, en conséquence, le comportement conforme. C'est d'ailleurs ce que signifie l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* » (v. *supra* les petits caractères du n° 2). Les juristes ne sont pas nigauds au point de penser qu'il faut connaître toutes les règles de droit. L'adage signifie simplement que nul ne peut se prévaloir de son ignorance de la règle pour justifier sa méconnaissance. Il n'y a pas d'excuse d'ignorance dès lors qu'il existe en quelque sorte une règle du jeu préétablie et qu'à la condition de faire l'effort d'en prendre connaissance, il est possible d'agir en conformité avec la règle. Cette exigence de sécurité juridique est tellement forte que le Conseil constitutionnel¹ consacre l'objectif « *de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* ». La formule est récurrente, mais sa formulation la plus complète figure dans une décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002 dont l'un des considérants est ainsi rédigé : « *le principe de clarté de la loi, qui découle de l'article 34 de la Constitution, et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la loi, qui découle des articles 4, 5, 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, lui imposent, afin de prémunir les sujets de droits contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002* ». Si les individus doivent respecter les règles de droit, au moins le Parlement (l'un des plus gros fournisseurs de règles) doit-il leur rendre la politesse et rédiger les règles de manière intelligible.

Tout le monde est contre le harcèlement sexuel, même ceux qui le pratiquent. C'est un peu comme la fraude fiscale. Les récentes affaires sont à cet égard significatives de ce que souvent, tel est pris qui croyait prendre. Quoi qu'il en soit, par une décision n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, le Conseil constitutionnel a décidé l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal punissant le délit de harcèlement sexuel. Est-ce à dire que les sages du Conseil constitutionnel (on peut écrire CC) soient des harceleurs qui s'ignorent ? Certainement pas. Le texte abrogé par le CC était ainsi rédigé : « Le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Pour décider l'abrogation du texte, voici les motifs retenus par les hauts conseillers :

¹ Petit conseil : dès que vous voyez apparaître le nom d'une institution (la cour de cassation, le conseil constitutionnel, le conseil d'Etat, etc.) dont le nom vous dit quelque chose, mais dont vous n'avez pas une idée très précise (vous n'êtes pas capable d'en donner une définition), prenez le réflexe d'aller sur le site **officiel** de l'institution en question. Pour toutes ses institutions, il suffit d'en taper le nom sur n'importe quel moteur de recherche et un lien vous amène au site officiel. Une page d'accueil vous propose une présentation synthétique de l'institution qui suffira largement à vous y retrouver. Gardez toujours en tête que vous ne serez jamais omniscient et certainement pas du premier coup.

« 4. Considérant que, dans sa rédaction résultant de la loi du 22 juillet 1992 susvisée, le harcèlement sexuel prévu et réprimé par l'article 222-33 du nouveau code pénal, était défini comme « Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions » ; que l'article 11 de la loi du 17 juin 1998 susvisée a donné une nouvelle définition de ce délit en substituant aux mots « en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes », les mots : « en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves » ; que l'article 179 de la loi du 17 janvier 2002 susvisée a de nouveau modifié la définition du délit de harcèlement sexuel en conférant à l'article 222-33 du code pénal la rédaction contestée ;

5. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

La fin de la décision s'appuie sur un principe propre au droit pénal. Pour autant, le motif par lequel les conseillers relèvent l'insuffisante définition des éléments constitutifs du délit reflète bien l'exigence d'intelligibilité de la loi. Dit familièrement, le dragueur impénitent doit savoir où est la limite. Certains ont naturellement du tact et de la délicatesse et ne se sentent pas vraiment concernés par ce type de comportement. Mais il y a des « gros lourds » et tous ne sont pas des délinquants. Le législateur ne peut donc se contenter de leur dire de ne pas trop en faire. Il doit être plus précis sur la définition des actes de harcèlement, par exemple en indiquant que ces actes s'apparentent à des *ordres, des menaces ou des contraintes*. L'article 222-33 a depuis été réécrit et dans sa dernière version, ultimement modifiée par une loi n°2018-703 du 3 août 2018, il est nettement plus explicite :

« I. - Le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

L'infraction est également constituée :

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition.

II. - Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers. »

Le lecteur peut être rassuré, les « gros lourds » qui multiplient les textos salaces sont toujours dans le viseur. Mais au moins, les choses sont dites avec clarté. Le harcèlement requiert ainsi que l'on « impose » son comportement ou ses propos, qu'on les répète ou qu'on exerce une « pression grave » (par ex. : pas de canapé, pas de promotion, voire plus de travail), qu'on dégrade la personne ou qu'on crée une situation inappropriée (par ex., dans une relation hiérarchique, le supérieur complimente régulièrement le préposé sur son physique, dans son bureau toutes portes fermées et en s'asseyant à ses côtés ; le propos n'est pas dégradant, mais la situation est « intimidante » et il est permis d'envisager la qualification de harcèlement).

Toujours d'un point de vue pratique, la sécurité juridique implique également que la loi ne soit pas rétroactive. C'est-à-dire qu'elle ne s'applique pas à des faits antérieurs à son entrée en vigueur. Sinon, ceux qui se sont conformés à la loi apprennent par la suite et sans y pouvoir rien, que leur comportement n'est plus conforme. Il n'y a alors plus de sécurité juridique. C'est un point sur lequel il y aura lieu de revenir, mais il n'est pas inutile

D'un point de vue théorique, la sécurité juridique signifie que les règles de droit échappent partiellement aux soubresauts de l'activité politique. Pour dire les choses plus doctement,

L'existence de règles est ce qui marque la différence entre le droit et la politique. Le propos peut surprendre dans la mesure où le droit vient en principe de la loi et que le citoyen ayant un minimum d'instruction civique croit savoir (et il a raison) que la loi est votée par le Parlement, lequel se compose d'élus de la République. A première vue, ce sont donc les politiques qui font le droit. D'ailleurs, certains juristes n'hésitent pas à définir le droit comme un simple exercice de mise en forme de l'action politique. En 1981, un député un peu (en fait très) sectaire avait proclamé à l'Assemblée nationale, à l'attention d'un député de l'opposition qu' « *il avait juridiquement tort pour être politiquement minoritaire* » (à l'époque, la Ministre pour l'égalité avait de son côté déclaré à la tribune de l'assemblée : « je suis pour l'égalité entre les sexes et je prendrai moi-même les mesures » ; l'Assemblée était essentiellement composée d'hommes et ils ont beaucoup ri ; comme quoi, toutes les époques ont leur charme). Cette phrase déplaisante est fort heureusement fautive. Pour le comprendre, il faut revenir un peu plus de deux siècles en arrière, au temps de la Révolution française. A l'époque, il fallait sans doute « briser les chaînes » de l'époque royale, mais enfin, la nécessité de faire des milliers de morts n'était peut-être pas avérée. Après quelques séquences bien sanglantes (la Convention, les chouans, la conjuration des égaux...), les français aspirent à la paix civile. Ils prennent un peu de temps et font finalement de Napoléon leur champion. Napoléon fera la guerre à l'extérieur, mais à peu près la paix à l'intérieur (la paix civile, c'est cela). L'un des outils de cette pacification de la société française tient à l'adoption du code civil, sorte de pacte social implicite des français. A l'époque, pour faire plaisir à l'Empereur, certains juristes flagorneurs ou pas très courageux disent d'ailleurs qu'ils enseignent le « Code napoléon » et non le « Code civil ». Même si la proposition est un peu caricaturale (la réalité est toujours plus complexe), c'est bien l'édification du monument du droit français (le code civil) qui symbolise le mieux la fin des outrances révolutionnaires. Portalis, le père intellectuel du Code civil écrit ceci dans le Discours préliminaire (un des plus grands textes de la littérature juridique) destiné à présenter le projet de code civil :

« A chaque instant, les changements naissent des changements ; et les circonstances, des circonstances. Les institutions se succèdent avec rapidité, sans qu'on puisse se fixer à aucune ; et l'esprit révolutionnaire se glisse dans toutes. Nous appelons esprit révolutionnaire, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autres considérations que celles d'un mystérieux et variable intérêt d'État.

Ce n'est pas dans un tel moment que l'on peut se promettre de régler les choses et les hommes, avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, et d'après les principes de cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes.

Aujourd'hui la France respire ; et la constitution, qui garantit son repos, lui permet de penser à sa prospérité. De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la propriété, et la garantie de toute paix publique et particulière : si elles ne font pas le gouvernement, elles ne maintiennent, elle modère la puissance, et contribue à la faire respecter, comme si elle était la justice même. »

En opposant la séquence révolutionnaire, au cours de laquelle « tout est politique », et la paix civile à venir sous l'empire de bonnes lois, Portalis pointe ce qu'il faut comprendre de la différence entre droit et politique. Il est bien évident que le rôle du pouvoir politique est, notamment, de voter des lois. Il est d'ailleurs heureux que celles-ci évoluent avec le temps, la volonté du changement et sa réalisation n'étant que l'expression de notre liberté collective. Mais il est tout aussi nécessaire que certaines règles demeurent et qu'une partie de notre droit se maintienne pour que la cohésion sociale (autre façon de dire la paix civile) demeure. Tel est le message que nous livre Portalis, toujours aussi exact, plus de deux siècles après :

- Le propos est exact d'un point de vue empirique en ce sens que l'expérience révèle que la structure du code civil demeure à l'identique depuis son adoption et que les articles les plus importants du code n'ont pas été modifiés (sur la propriété, la force obligatoire des contrats, la responsabilité pour faute, etc.) ; l'expérience permet d'ailleurs d'étendre le

constat au-delà du devenir du code civil ; les grandes réformes, qu'elles portent sur la laïcité (1905), la liberté de la presse (1881), la liberté des prix (1986), la durée du travail (1936, puis 1997), le mariage pour tous (2013), s'imposent avec le temps ; elles font partie de notre droit pour ne plus être exposées au risque d'une remise en cause à court terme ;

- Le propos est exact d'un point de vue théorique. Une règle est une proposition abstraite et de ce fait générale et permanente, avons nous dit. Le fait est que si la règle change tout le temps, la généralité et la permanence deviennent illusoire. La règle s'applique si peu de temps qu'en pratique, elle concerne finalement tellement peu de personnes qu'on peut même les dénombrer et les identifier. Un exemple (inspiré de faits réels) pour comprendre. Imaginons qu'un gouvernement juge qu'un groupe de presse, parfaitement identifié, détient trop de parts de marché et que sa position est excessivement dominante. Il fait voter une loi qui empêche de détenir plus de 40% de parts de marché, quand le groupe dans le viseur en détient 41%. La loi est votée à proximité de la date des élections. Le groupe tient bon et le lendemain des élections, la nouvelle majorité abroge immédiatement la loi qui a été votée. Théoriquement, cette loi éphémère a posé une règle générale interdisant à un groupe de presse, en principe quel qu'il soit, de détenir plus de 40 % du marché. Cependant, cette proposition n'a qu'une valeur théorique et en réalité, la loi n'a été que le vecteur d'une décision politique contre un groupe de presse. C'était en quelque sorte une règle « pour de faux ». Ainsi, la généralité de la règle n'est effective, donc le droit n'existe, qu'à la condition que le contenu de la règle ait à minima une certaine pérennité. Nous avons là en quelque sorte la preuve que l'existence du droit requiert sa séparation d'avec l'action politique.

Ripert, l'un des penseurs juristes les plus importants du XXème siècle, écrivait ainsi que « *tout juriste est un conservateur* ». Son propos n'était pas de dire que les juristes sont des vieux réacs réfractaires à toute innovation, même s'il est vrai que, parfois, mais c'est un propos à oublier sitôt qu'il aura été lu, certains sont un peu la caricature d'eux-mêmes. Le propos de Ripert, certes provocateur, est de définir l'esprit juridique en ce sens qu'à ses yeux, la fonction du droit et donc de ceux qui ont pour métier de le systématiser est avant tout de conserver l'intégrité du corps social malgré les changements politiques. Ces derniers sont un bienfait en ce qu'ils marquent la vitalité d'une société qui a « brisé les chaînes » et refuse durablement un avenir en forme de répétition d'un passé confit par la tradition. Mais si la société veut survivre à ses changements, son organisation doit reposer sur une dissociation du temps long et du temps court. Ripert écrit ainsi en disciple de Portalis qui, en décrivant l'esprit révolutionnaire, pointe ce qu'est la politique sans le droit. La politique sans le droit, c'est l'absence de règle, c'est le fait qu'à chaque changement de dirigeant, tout change. Il n'y a pas de règles générales et abstraites car les règles posées ne valent que pour le temps de celui qui gouverne. Au reste, il y a pire que la politique sans le droit, c'est la force à l'état brut. Ici le pouvoir n'a même plus de légitimité idéologique ou démocratique. Le pouvoir est celui du plus fort. C'est ce qu'on trouve dans les gangs et les mafias.

Comme le droit est une machinerie bien complexe et pleine de paradoxes, il suppose des normes générales, et qui le soient vraiment, mais également des normes individuelles qui en sont tout le contraire.

2°) Les normes individuelles

9.- Présentation

Les anglais ont coutume de dire qu'on ne règle pas un cas particulier avec une règle générale. Ce qui, malheureusement pour nos esprits cartésiens, n'est pas complètement faux. Une personne agit en responsabilité contre une autre. L'application de l'article 1240 du code civil, qui pose une règle générale, implique de s'interroger sur l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité entre les deux. Jusque là tout est clair. Mais au fait, c'est quoi une faute ? Et si l'on sait répondre, comment s'assurer que le défendeur (vous savez maintenant qui il est) a bien commis la faute qui lui est reprochée par le demandeur ? Le passage de la règle abstraite au cas concret ne se fait pas mécaniquement. Il faut une phase de délibéré pour qu'en fin de compte un juge retienne (ou ne retienne pas) que le défendeur est bien responsable. Ce qui donnera lieu à un jugement dans lequel il sera dit que X doit tant de dommages et intérêts à Y. Ce jugement, c'est une norme individuelle. Il n'y a d'ailleurs pas que la nécessité de juger qui oblige à l'édiction de normes individuelles. L'administration ou la gestion suppose des décisions individuelles. Il existe des règles qui encadrent le droit de faire construire un édifice sur un terrain dont on est propriétaire. La personne qui veut construire doit ainsi obtenir un permis de construire de l'Administration. S'il existe des règles générales qui encadrent la délivrance d'un permis de construire, il n'en reste pas moins que la personne qui veut construire chez elle doit obtenir un permis qui vaudra pour elle et la construction qu'elle entend réaliser. La délivrance du permis de construire (on pourrait en dire autant du permis de conduire) procède d'une décision de l'administration et c'est aussi une norme individuelle. Enfin, il faut agir, trouver un logement, louer une voiture, conduire son entreprise, engager celle que l'on dirige ou travailler pour celle qui emploie, etc. En toutes ces matières, il existe des règles, mais aucune règle de droit n'a jamais dirigé une entreprise, ni d'ailleurs la vie de qui que ce soit. Chaque jour, de nombreux actes se font librement et créent de la contrainte. L'entreprise qui investit dans une nouvelle gamme de produit conclut pour ce faire de nombreux contrats (emprunt, licence d'un brevet, embauche, sous-traitance, etc.) et ceux-ci l'engagent. Il y a, là encore, des normes individuelles. Quelles en sont les caractéristiques et quels rapports entretiennent-elles avec les normes individuelles ? Telles sont les deux questions à traiter avant de catégoriser les différentes normes individuelles.

- *Les caractéristiques des normes individuelles.*

Si elles sont individuelles, elles ne sont donc pas générales. Elles s'appliquent ainsi à un nombre limité de situations et de personnes. Attention, il n'y en a pas forcément qu'une de telle sorte qu'un peu curieusement une norme individuelle peut être collective. Par exemple, un juge qui ordonne l'expulsion d'occupants sans titre (vous savez, les zadistes un peu trop chevelus) vise l'ensemble des occupants. Pour autant, ce n'est pas une norme générale en ce sens que le juge vise les occupants au jour où il se prononce. On peut donc identifier qui est concerné : les personnes présentes sur la zone déterminée par le jugement le jour où les CRS viennent les déloger. Si cette norme collective demeure individuelle (franchement, cette complexité terminologique n'est pas très heureuse, mais il faut bien faire avec puisque c'est l'usage), c'est qu'en réalité, et tel est le trait caractéristique de la norme individuelle, cette norme est concrète. Ce qui oppose la norme individuelle à la norme générale, c'est avant tout que la première est concrète, là où la seconde est abstraite. Il faudrait d'ailleurs dire la norme concrète plutôt que la norme individuelle. Mais au fond, peu importe le mot, pourvu qu'on ait compris la chose. *La norme individuelle est donc celle qui, concrète, s'applique à une situation définie dans le temps et dans l'espace et qui, de la sorte n'est pas susceptible de se reproduire à l'infini.* Les exemples du jugement, du permis de construire et du contrat illustrent le propos.

La norme individuelle est-elle permanente ? C'est un point qui se discute, mais il paraît opportun de retenir qu'elle l'est. La règle est permanente, dit-on, non pas en ce qu'elle est insusceptible de disparaître, mais en ce qu'aussi longtemps qu'elle n'a pas été abrogée, elle est indéfiniment susceptible d'application. On dit en droit qu'il n'y a pas d'abrogation par désuétude. En langage

courant, cela veut dire qu'une règle ne s'use pas, même quand on ne s'en sert pas. On ne peut pas en dire autant de toutes les normes individuelles qui ont généralement une « durée de vie ». Deux observations conduisent cependant à retenir le principe de permanence des normes individuelles :

- Tout d'abord, certaines d'entre elles sont, comme les règles, à l'abri de la désuétude ; ainsi des jugements qui, aussi longtemps qu'ils ne sont pas remis en cause par l'exercice (strictement encadré) d'une voie de recours, demeurent sans changement ;
- Ensuite, même lorsque les effets d'une norme individuelle sont circonscrits dans le temps (par ex. un bail de 9 ans), il reste que leur caractère contraignant ne peut pas être ignoré de ceux auxquels ils s'appliquent tant que le terme de la norme n'est pas échu ; dans l'exemple retenu dans la parenthèse, le bailleur (celui qui loue) ne peut pas mettre dehors le preneur (le locataire) tant que le bail (la location) n'est pas parvenu à son terme (9 ans après la date de conclusion) ; sauf si le preneur ne paie pas ses loyers, mais il faut une procédure judiciaire pour parvenir à l'expulsion du locataire.

Les normes individuelles n'ont pas exactement le même type de permanence que celle qui vaut pour les normes générales. Mais entre ces deux formes de permanence, il y a plus de points communs que de différences. Pour les normes générales comme pour les normes individuelles, il faut qu'un événement se produise pour les faire disparaître

- *Le rapport entre les normes individuelles et les normes générales*

C'est une question difficile et en cette période de découverte du droit, elle peut être mise entre parenthèse. La définition traditionnelle du droit (ensemble de règles...) occulte les normes individuelles. Ce qui surprend dans la mesure où aucun auteur ne nie l'existence de normes individuelles et la nécessité de bien les distinguer des normes générales. L'explication théorique tient au fait que les normes individuelles sont généralement présentées comme des applications des normes générales. Aussi bien s'agit-il d'un phénomène juridique second qui en réalité participe de l'exécution de la règle et en révèle le caractère contraignant. Par exemple, un jugement est une norme individuelle qui permet l'exécution d'une règle. Cette présentation n'est pas fautive et après tout, elle a la vertu pédagogique de la simplicité.

Pour autant, elle est réductrice. Lorsqu'un juge tranche un litige, il interprète la règle, il apprécie les faits qui lui sont soumis et il fait bien plus qu'appliquer la règle. D'ailleurs et quitte à anticiper sur des choses qui s'apprennent bien plus tard dans les études de droit, un jugement qui comporte une erreur produit malgré tout ses effets. C'est une solution classique que « *l'irrégularité dont peut être entachée une décision judiciaire (...) ne fait pas obstacle à ce que cette décision acquière l'autorité de la chose jugée* (NdA : un des principaux effets d'un jugement), *si elle n'a pas été attaquée par les voies de recours* » (v. par ex. Cass ; civ. 2^{ème} 27 mai 2004, Pourvoi n° 03-04.070, Bull. civ. II n° 243). Le juge dispose ainsi de marges de manœuvres et ce qui importe en premier lieu est qu'il règle le litige dont il est saisi. Les normes générales sont pour lui des boussoles qui lui permettent de se décider de manière réfléchie et d'éviter l'arbitraire. Mais la norme individuelle dont le juge est l'auteur n'est pas l'application mécanique d'une règle. De manière plus marquée, l'Administration qui délivre un permis ou encore l'université qui décerne un diplôme n'appliquent pas des règles, elles exercent avec une large autonomie des pouvoirs qui leur ont été conférés. C'est encore plus vrai pour les parties qui concluent un contrat (une vente de voiture, la construction d'un bâtiment, un emprunt, etc.) dès lors que, sous certaines conditions, elles déterminent librement le contenu de la norme individuelle qui leur sera applicable. On peut certes dire que l'autorité publique qui exerce ses pouvoirs applique la règle qui l'a dotée de ces derniers, comme les individus qui usent de leur liberté contractuelle font application de celle-ci en concluant un contrat. Mais ces deux dernières propositions sont approximatives et artificielles. Les règles sont conditionnelles si bien que leur application doit conduire à admettre qu'au cas où les conditions de la règle sont réunies, l'effet de droit prévue par celle-ci se produit. Lorsqu'une administration exerce ses pouvoirs, l'administré ne sait pas si l'autorisation espérée sera délivrée. Lorsque deux parties concluent un contrat, nul ne peut prédire, sauf les parties, quel en sera le contenu. Celui-ci dépend d'un choix de son auteur de sorte que la norme individuelle ne se déduit pas d'une norme générale. Entre la première et la seconde, une décision s'intercale.

Historiquement, Carbonnier (1908 – 2003), l'un des juristes dont l'œuvre a fortement marqué la pensée juridique au XX^{ème} siècle, a écrit dans *Flexible droit* (LGDJ, Paris 2001 ; nouvelle parution en 2013, 1^{ère} éd. 1969) que la règle et le jugement sont deux phénomènes primitifs. Le propos peut être généralisé aux normes générales et aux normes individuelles. Il est impossible de dire qu'en droit, les premières ont précédé les secondes ou inversement. Pour autant, il est certain que la coexistence des deux phénomènes est la marque d'un progrès du droit. L'encadrement de la norme individuelle par la norme générale, de manière plus ou moins lâche, limite l'arbitraire et l'injustice. Le père du catholicisme libéral, Lacordaire a eu cette phrase que l'on répète à l'infini (un peu trop quand même) : « entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ». Traduction possible : la norme générale limite les excès de la norme individuelle.

Les normes individuelles sont les instruments juridiques du jugement, de l'administration, enfin de l'action.

10.- Juger

Juger, c'est rendre un jugement, en première approche, dire à l'occasion d'une situation conflictuelle qui a tort ou raison. Il faut ici prendre le mot dans son sens de décision de justice. Le terme « jugement » a également un sens plus précis : c'est une décision rendue par un tribunal de première instance. On le distingue d'un arrêt, décision rendue par une juridiction d'un rang supérieur, cour d'appel ou cour de cassation. Le terme jugement est ainsi générique et spécifique. Le contexte de son utilisation permet aisément d'identifier quelle acception est retenue.

Le jugement est en principe la norme individuelle la plus proche d'une norme générale. Il est peut-être la seule norme individuelle, formellement présentée comme la stricte application d'une règle de droit. Ainsi dit-on que le jugement est réductible à un syllogisme judiciaire, dont la majeure est l'exposé de la règle, la mineure, le constat de la réalité des faits correspondant aux conditions de la majeure, la conclusion, le prononcé de l'effet de droit. Par exemple (toujours le même pour être sûr de la bonne compréhension du mécanisme), à l'occasion d'un litige portant sur la responsabilité du défendeur, le jugement se présentera formellement de la manière suivante :

- Majeure : *si par sa faute, une personne cause un dommage à autrui, elle en doit réparation à la victime* (article 1240 du code civil);
- Mineure : Paul a roulé en trottinette électrique sur le trottoir – *c'est une faute* - et a fauché Julie -*lien de causalité* - au moment où elle sortait de chez elle si bien qu'il lui a cassé la clavicule -*c'est un dommage corporel* - ;
- Conclusion : Paul doit réparation à Julie du dommage qu'il lui a causé.

La mécanique du syllogisme ou encore la méthode hypothético-déductive, les deux expressions sont synonymes, est moins implacable qu'elle ne semble en première lecture. Elle sous-entend, trois, voire quatre séquences, au cours desquelles, le juge saisi du litige doit faire des choix :

- *Interpréter* la règle et, dans l'exemple choisi, définir plus précisément le comportement constitutif d'une faute. Ce travail d'interprétation est simplifié s'il existe une autre règle qui interdit le comportement reproché au défendeur. S'il n'en existe pas, le travail du juge est plus complexe et ce même s'il est question d'une chose somme toute assez prosaïque. A un repas de famille, lancez le débat sur les trottinettes électriques et vous aurez une petite idée des considérations contradictoires qui occuperont l'esprit du juge lorsqu'il lui reviendra de définir ce qu'est un comportement diligent (non fautif) au guidon de cette « nouvelle mobilité ».
- *Vérifier* la réalité des faits. Et si Julie s'était cassée la clavicule en tombant du trottoir après avoir pris peur en voyant Paul arriver sur sa trottinette ? En tout cas, c'est ce que dit Hugo, le pote de Paul qui le suivait (lui aussi sur une « nouvelle mobilité»). Mais Mina,

la copine de Julie, a tout vu du trottoir d'en face et après avoir dit à Hugo, « t'es un bouffon », elle témoigne de la véracité des dires de Julie. Qui dit vrai ? Au juge de faire la part des choses. Pour ce faire, il dispose de ce qu'on appelle un pouvoir souverain d'appréciation, ce qui signifie qu'il se décide en fonction de son intime conviction au regard des différentes preuves produites et qu'il doit motiver son choix, par exemple, dire que lequel des témoignages lui aura paru le plus convaincant.

- *Qualifier* les faits établis. La qualification est l'opération intellectuelle par laquelle le juge se prononce sur la concordance entre les conditions abstraitement définies par la règle et les faits concrets du litige (la trottinette d'Hugo, la clavicule de Julie, etc.). Là comme ailleurs, le travail de qualification peut être délicat. Dans l'exemple retenu, la difficulté pourrait porter sur le lien de causalité. Que décider si, en fait, la clavicule de Julie présentait une fragilité antérieure à l'accident ? C'est un point, la qualification (pas la clavicule), sur lequel il y aura lieu de revenir.
- *Mesurer* les effets. Dans certain cas, l'effet de droit est qualitativement ou quantitativement défini par la règle. Mais il est fréquent que l'effet comporte une part d'indétermination laissée à l'appréciation du juge. L'exemple choisi donne une illustration des variantes qui s'attachent possiblement à un effet de droit. La responsabilité de Paul, si elle est retenue, l'oblige à réparer le dommage subi par Julie. Il est pour autant certain que Paul ne va pas réparer le dommage de Julie en lui rachetant une clavicule. Il va donc l'indemniser. De combien ? Au juge de dire ce que vaut la clavicule de Julie. Pas si simple.

Une question débattue est celle de savoir si le syllogisme judiciaire correspond réellement au raisonnement suivi par le juge ou s'il n'est qu'une exigence formelle à laquelle se soumet le juge après s'être déterminé en considération de son sens naturel de l'équité. Aucun des deux termes de cette alternative ne correspond à la pratique judiciaire. Il est certain que le juge a en premier lieu une intuition de l'issue du procès. Pour autant, cette sorte de flair judiciaire n'exprime pas un sens personnel de l'équité. Le magistrat, même débutant, a reçu une solide formation juridique. Avant de rendre son premier jugement, cela fait au minimum 8 ans que son intelligence professionnelle est au service du droit. Sa conscience de la solution juste et équitable a déjà pris les couleurs de la loi. De la sorte et sauf dérive partisane, le juge ne règle pas le procès selon son humeur. De surcroît, son éthique de magistrat le conduit ensuite à vérifier l'exactitude de ses intuitions. La méthode la plus éprouvée consiste à mettre en forme un syllogisme, ce qui oblige à identifier une règle, la majeure, susceptible de justifier en droit la solution que son expérience de juriste lui a permis d'envisager. Le syllogisme constitue ainsi une étape dans la construction du raisonnement judiciaire. C'est l'ultime effort intellectuel avant la rédaction du jugement.

On retiendra que la norme individuelle de jugement est *une norme par laquelle son auteur règle un différend en considération d'une norme générale qu'il interprète et applique à des faits passés.*

11.- Administrer

Le terme fait penser à l'action de l'Administration, l'Etat et les collectivités publiques. Cette résonnance sonne juste, mais il lui manque quelques harmoniques. En droit, il est aussi question d'administrer une succession, une entreprise en difficulté, un ensemble de biens, etc. Administrer, c'est décider pour autrui, c'est, par exemple, décider d'interdire une manifestation, de nommer tel fonctionnaire, de sanctionner tel autre, de délivrer une autorisation d'ouvrir un café, une clinique, un restaurant, etc. Aussi commun soit le terme, la chose qu'il désigne suscite une double curiosité :

- Tout d'abord, quelle différence faire entre juger et administrer puisque le juge et l'administration ont pour qualité commune d'imposer leur point de vue à d'autres qu'à eux-mêmes ; la différence tient essentiellement au fait que le juge intervient principalement dans un contexte conflictuel, son office étant d'apurer le passé litigieux des parties alors que l'administration décide en l'absence de contentieux et délibère en se projetant vers l'avenir (par ex., la délivrance d'un permis de construire tient compte

de l'insertion de la construction dans l'environnement et des effets bénéfiques qui peuvent s'y attacher) ;

- Ensuite, quelle est la légitimité du décideur qui prend parti pour autrui. « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* » nous dit l'article premier de la Déclaration de 1789. Qu'est-ce qui, en droit, justifie que quelqu'un puisse imposer son point de vue à autrui ? La réponse est dans le même article qui ajoute une deuxième phrase : « *les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Ainsi est-ce au nom de l'utilité commune, on peut dire l'intérêt général, que l'Administration est habilitée à décider pour autrui.

Il faut cependant relever que l'Administration n'est pas la seule entité habilitée pour ce faire. Par exemple, l'administrateur d'une entreprise en difficulté est amené à prendre des décisions qui affectent les personnels de cette entreprise et notamment la plus désagréable pour ces derniers, à savoir un plan social emportant licenciement de partie d'entre eux. Si l'administrateur procède ainsi, ce n'est pas pour causer du tort aux salariés concernés, c'est qu'il pense nécessaire au sauvetage de l'entreprise d'en alléger la charge salariale. Il a peut-être tort, mais c'est ainsi qu'il raisonne. Il se détermine en considération d'un intérêt, en l'espèce celui de l'entreprise, distinct du sien propre. De la même manière, le tuteur qui administre les biens d'un incapable, décide pour cet incapable, mais dans l'intérêt de ce dernier. D'où, soit dit en passant, l'interdiction de ce qu'on appelle les « conflits d'intérêts », caractérisés lorsque l'administrateur est dans une situation où il pourrait être tenté de faire prévaloir ses propres intérêts. Par exemple, le tuteur de l'incapable s'apprête à faire vendre l'un des biens immobiliers de ce dernier et ce parce que les besoins de son entretien (assistance d'une tierce-personne, par ex.) requiert de la trésorerie. Cependant, le tuteur se porterait bien acquéreur de ce bien, ce qu'il ne peut faire car il trouverait un intérêt personnel à la réalisation d'une vente qu'il doit mener à bien dans le seul intérêt de la personne dont il administre les biens.

La norme individuelle d'administration peut donc être définie comme *la norme par laquelle, en considération d'un intérêt distinct du sien propre, son auteur décide pour autrui*.

12.- Agir

Le matin, les gens se lèvent et achètent du pain. S'ils connaissent bien le boulanger, il lui laisse une ardoise qu'ils viennent régler à la fin du mois (généralement, c'est plutôt en sens inverse, mais enfin, c'est bien connu, le petit commerce est une grande cause qui se passe de bénévoles). Puis ils prennent les transports. Certains autochtones des grandes agglomérations, qui habitent pourtant en centre-ville, trouvent encore intérêt à utiliser une machine à quatre roues, toutes motrices, tractée ou propulsée par un moteur puissant et sonore, qui occupe 10 m² de l'espace public et disperse des particules fines, le tout pour parcourir seul dans cet espace, avec pour unique bagage une serviette au format A4, quelques kilomètres à la vitesse moyenne de 8 km/h, 9 quand il n'y a pas trop de circulation. Il en résulte des embouteillages, des klaxons, de la pollution et des insultes. Sinon, la plupart des gens se déplacent normalement. Pour autant, il aura fallu préalablement acheter l'outil de son déplacement ou souscrire un abonnement pour se transporter un peu plus vite qu'à pied. Les gens partent donc de leur logement, dont ils se sont portés locataires ou qu'ils sont entrain d'acheter (grâce à un emprunt), pour se rendre sur le lieu de leur travail, qu'ils exercent pour leur propre compte (le médecin, l'avocat, la cordonnière, le fleuriste, la bistrotière, le coiffeur, etc.) ou par l'occupation d'un emploi pour lequel ils ont été embauchés. Le soir, plutôt en fin de semaine, ils ont un *after* et généralement, comme c'est *chill*, tout ceci se termine dans un restaurant dont l'addition donnera lieu à paiement, par carte, même si le patron est un bon copain. Et puis les gens dorment, enfin ils font ce qu'ils veulent. Tout ceci se fait naturellement, mais pas totalement par l'opération du saint esprit.

La baguette et le logement, le transport et le travail, le loisir et même le repos, ne doivent leur existence paisible qu'en conséquence d'un ordonnancement complexe dont la plus petite unité, le jeton pourrait-on dire, prend la forme juridique d'un contrat, qu'il ait pour objet une vente,

une location, une prestation de service (transport, restauration, etc.), un emprunt, un emploi, un instrument de paiement. *Pour agir, il faut contracter.* Celui qui achète sa baguette et tend sa carte pour un paiement sans contact ne vit sans doute pas l'instant comme une séquence juridique ; il est entrain de visualiser le moment où le beurre légèrement fondant se mélangera à la mie de la baguette encore chaude et à la confiture bio de fruits rouges. Maintenant, il sait aussi qu'au cas où un client prend la baguette et part en courant sans tendre sa carte, son boulanger un peu sanguin surgira de derrière sa caisse, lâchera une bordée d'injures et se lancera à la poursuite du client qui s'est cru aux restos du cœur. On contracte sans s'en rendre compte, mais on sait qu'à ne pas contracter, on serait un voleur.

Le contrat est la forme juridique la plus répandue de l'action. Il n'en n'épuise pas le registre. Celui qui se projette dans un avenir dont il ne sera plus et décide par voie de testament ce qu'il adviendra de ses biens manifeste son désir que ses volontés soient respectées même si son corps n'est plus à même de les soutenir. C'est encore une forme d'action car cette dernière se caractérise par deux traits : une volonté et en conséquence de la manifestation de cette dernière, une transformation de la réalité selon les désirs exprimés. Le plus petit dénominateur commun de l'action au sens juridique du terme est ainsi *l'acte juridique*, habituellement défini comme *la manifestation de volonté d'un individu en vue de créer des effets de droit*. L'acte juridique est usuellement opposé au fait juridique, fait dont les effets de droit n'ont pas été voulus par son auteur. Par exemple, l'auteur d'une faute est responsable à l'égard de la victime. La responsabilité est un effet de droit, mais il n'est pas ce que souhaitait l'auteur de la faute. Au reste pour parvenir à la norme individuelle qui condamne le responsable à réparer le dommage subi par la victime, il faudra un jugement. Le fait ne suffit donc pas à créer la norme, par opposition à l'acte juridique dont les effets de droit, donc la norme individuelle, correspondent au contenu souhaité par l'auteur de l'acte.

Naturellement, d'aucuns diront encore que la norme individuelle issue d'un acte juridique ne peut avoir d'existence juridique s'il n'existe pas une règle générale qui habilite les individus à créer ce type de normes. De la sorte, ces normes individuelles sont dans la dépendance de normes générales dont elles ne sont qu'une application. Il est donc inexact d'élever les actes juridiques au rang de norme juridique. Le contrat illustre l'objection. Si un contrat crée une norme individuelle applicable à ceux qui l'ont conclu, c'est bien par ce que l'article 1103 du code civil (règle) dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* ». L'examen de cette objection conduit à revenir (v. *supra* n° 9) sur la question du rapport entre norme générale et norme individuelle. La question se pose ici avec d'autant plus d'acuité que la norme individuelle a pour origine des personnes privées. Or, la France est un pays de culture étatiste et ce marqueur culturel est tellement fort que certains esprits ne conçoivent pas que le droit puisse en quelque sorte venir d'en bas. Si les individus peuvent créer du droit par leurs accords, c'est nécessairement que cette capacité procède d'un octroi délivré par la puissance étatique et donc venu d'en haut.

Il est permis de penser que ces conceptions sont idéologiquement marquées. Au reste, ce qui surprend, c'est qu'il faille s'expliquer sur le bien fondé de conceptions contraires. Les Etats qui ont la main sur toutes choses sont connus pour être totalitaires et il n'est pas de culture communément admise qu'il faille les tenir pour des modèles. En réalité, les Etats libéraux reconnaissent aux individus une capacité d'action parce que les pouvoirs publics, reflets de la société civile dont ils tiennent leur puissance, ont intégré qu'il est impossible qu'il en aille autrement. Une société d'hommes libres peut temporairement admettre que l'Etat tienne tout. Par exemple, au lendemain de la seconde guerre mondiale, les français ont admis le rationnement, soit un encadrement par l'Administration de ce que leur vie comportait de plus quotidien (se nourrir). Il est d'ailleurs probable qu'après une période au cours de laquelle les pouvoirs publics n'étaient plus que l'ombre d'eux-mêmes, sous la coupe de forces d'occupation, les français n'ont pas si mal vécus cette renaissance d'un Etat souverain. Mais sitôt que les choses reprennent leur cours et que chacun retrouve confiance, l'Etat se retire naturellement et laisse aux individus la maîtrise de leurs destinées. Et c'est bien pourquoi, ceux-ci peuvent alors créer des normes individuelles, sans que l'Etat ait a priori connaissance du contenu qu'en dessineront les parties.

De ces deux analyses, laquelle est la plus exacte ? Le lecteur a compris que l'auteur donne la préférence à la seconde, comme il admet que la première se soutient. La coexistence de deux thèses contraires est le propre des humanités (on dit aussi sciences humaines ou de l'homme). Est-ce à dire que tout est relatif, qu'en conséquence, point n'est besoin de raisonner et qu'il suffit de voter sur la conclusion pour consacrer la thèse qui recueille la majorité ? En réalité, l'incertitude dans laquelle les sciences de l'homme se meuvent conduit à la conclusion exactement inverse. C'est un principe éthique qui est à la vie intellectuelle ce que la tolérance est à la vie démocratique. Le chercheur en humanités n'y a sa place que s'il cherche la vérité, comme n'importe quel autre scientifique. Mais comme l'a écrit le philosophe des sciences K. R. POPPER (*La Logique de la découverte scientifique*, 1935, trad. fr. 1973, rééd. Payot, coll. « Bibliothèque scientifique », 1995), la vérité d'une proposition tient paradoxalement à son caractère falsifiable. Cela signifie qu'elle doit se déduire de données objectives susceptibles d'être discutées dans leur réalité même. Une proposition ne peut prétendre à la vérité que si elle laisse place à la contradiction. Il est donc admissible de soutenir que, sauf démonstration contraire, la seconde analyse est plus exacte que la première.

Ces deux analyses convergent néanmoins sur un point. La norme individuelle est en partie autonome de la norme générale en ce que son contenu n'est pas déterminé par une simple application de cette dernière. Si les contrats tiennent lieu de loi, celle-ci ne dit rien de leur contenu, librement défini par les parties.

La norme individuelle d'action est issue d'un acte juridique et résulte ainsi *d'une manifestation de volonté de son ou de ses auteurs en vue de créer des effets de droit*, concrètement d'une volonté de changement effectif de sa ou de leur propre situation.

*

I.B.- LA CONTRAINTE

13.- Présentation

C'est à la fois simple et compliqué. Simple en ce sens que le caractère juridique d'un dispositif, d'une norme générale ou individuelle, se reconnaît à son caractère contraignant. Un contrat est une norme individuelle appartenant à la catégorie des dispositifs juridiques parce qu'il contraint ceux qui l'ont conclu à l'exécuter. A défaut d'exécution, des sanctions seront prononcées et mises à exécution, au besoin avec le concours de la force publique, autrement dit l'Etat. Deux traits caractérisent donc la contrainte au sens juridique du terme : la sanction (1°) et la garantie de l'Etat (2°).

La question de la contrainte présente cependant un niveau de complexité qu'il serait dommage de ne pas mesurer dès l'entrée dans les études de droit. La présentation des règles de droit, principales catégories des normes générales, a mis en évidence la variété de leurs effets. Le profane pense en premier lieu que ces effets sont prescriptifs (*supra* n°6) et il a raison. Le professionnel lui apprend qu'il en est d'autres et que certaines règles se contentent d'autoriser des déclarations (par ex. : l'enfant né ou conçu alors que sa mère est mariée a pour père le mari de sa mère). Au reste et sous l'angle de la contrainte, la législation contemporaine pose de réelles difficultés d'analyse. Examinons les propositions suivantes : pendant la seconde guerre mondiale, l'Etat allemand, aux mains du parti nazi, a perpétré le génocide des juifs ; à la libération, les principaux acteurs de cette abomination ont été condamnés pour crimes contre l'humanité. Ces deux phrases énoncent des vérités historiques et elles n'ont pas vocation, au moins en première lecture, à intégrer la catégorie des dispositifs juridiques. Pourtant, l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, inséré par la loi dite GAYSSOT du 13 juillet 1990, considère que constitue un délit (une faute pénalement sanctionnée) le fait de contester l'existence de ces crimes commis pendant la seconde guerre mondiale. Cette loi a été votée alors qu'à l'époque, certains aspirants universitaires perdaient de vue l'exigence de vérité et déliraient sans complexe sur l'inexistence du génocide des juifs (v. sur le sujet, l'excellent livre de P. VIDAL-NAQUET, dont

les deux parents sont morts en déportation, *Les assassins de la mémoire, un Eichmann de papier et autres essais sur le révisionnisme*, éd. La Découverte, Paris 1987). Toute époque a ses abrutis qui croient s'élever au-dessus de la pensée commune quand ils s'enfoncent dans les abîmes de la tromperie. En 1990, le mal venait de la gravité du déni et de sa provenance dès lors que certains intellectuels, de petits calibres certes, mais ayant tout de même trouvé un strapontin universitaire, avaient intégré la cohorte de ces minables. Quoi qu'il en soit, une loi comme la loi GAYSSOT, qu'on appelle loi mémorielle, donne une coloration juridique à une proposition historique. Où est alors la contrainte ? Une réponse simple est de dire que cette loi mémorielle interdit de professer des contrevérités historiques et que la violation de cette interdiction reçoit une sanction à l'exécution de laquelle la force publique prêtera au besoin main forte. La réponse est un peu trop simple. La loi mémorielle ne vise pas toutes les dénégations, mais seulement celles qui portent sur certaines atrocités (génocide, esclavage) historiquement identifiables. L'interdiction d'en nier l'existence n'a de sens que si cette dernière est élevée au rang de vérité juridique (quoi qu'en dise le CC, v. ci-dessous). Sinon, l'atteinte à la liberté d'expression que constitue la répression du déni serait sans fondement et comme telle disproportionnée (v. la décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012 qui rappelle à propos des lois mémorielles que « *les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » et déclare contraire à la Constitution la loi qui prévoit de punir « *d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ceux qui « ont contesté ou minimisé de façon outrancière* », *quels que soient les moyens d'expression ou de communication publiques employés, « l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française* »). Or, appliquée à la vérité, quel peut être le sens de la contrainte ?

Il y a un degré zéro de la contrainte susceptible de s'appliquer à toutes choses, en ce compris des mots qui composent un récit. Cette forme primitive de la contrainte se découvre aux premières intuitions du phénomène juridique. Parmi leurs joies et leurs peines, les individus font le tri. Ils en gardent pour eux, ils en révèlent d'autres. Certains se marient fort discrètement, quand d'autres font la fête. Juridiquement, l'effet est le même, mais la légitimité de partager ce bonheur légalement consacré pousse certains à ne pas compter. Il faut les cloches, les robes, les traînes, les petits fours et les pièces-montées, les plus fines bulles et les meilleurs tanins. Par cette exagération, les jeunes mariés racontent en fait à leurs invités une histoire simple : ce qui vaut pour eux, vaut pour tous. Les noces sont ainsi la bande annonce de l'acte de mariage. Quelle que soit l'ampleur des festivités, celles-ci ne disent rien de plus que l'acte d'état civil. L'union de deux personnes est désormais opposable à tous et c'est bien cette opposabilité *erga omnes* (à tous, en français), qui est la marque la plus infime de la contrainte au sens juridique du terme (l'idée que l'opposabilité est le signe distinctif de la juridicité a été soutenue dans une thèse demeurée non publiée ; v. C. Kouchner, *De l'opposabilité en droit privé*, Th. Nanterre 2004). Un des conjoints peut bien être infidèle. Même si l'article 212 du code civil rappelle que « *les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* », ce texte n'empêche pas les accrocs. L'état de personnes mariées fait cependant ressentir une contrainte contre laquelle les amants ne peuvent lutter. Même à juger que la relation conjugale s'est détériorée au point d'autoriser les entorses, la liaison d'un conjoint avec un tiers sera toujours une relation adultère. C'est comme cela, ce n'est pas autrement.

La contrainte se comprend donc doublement. L'acception la plus simple consiste à retenir que la contrainte s'imprime dans la sanction d'un comportement déviant. L'acception la plus complexe, plus discrète, mais plus profonde, met en avant la reconnaissance imposée dont procède la contrainte. Sur cette seconde acception, un parallèle est permis avec le phénomène religieux. Durkheim l'identifie par l'opposition du profane et du sacré qui en est la signature quelle que soit la religion concernée. Le laïc accède au monde profane cependant qu'il en est un autre, l'espace du sacré, qui lui est interdit. Sauf les clercs, qui pour intercéder, en fréquentent les marges, cet espace est identiquement inaccessible à tous. Quiconque tente l'intrusion, commet le blasphème. Dans l'organisation de la vie en société, le droit substitue la religion. Il l'évince sans ménagement, de sorte que tout un chacun peut critiquer le droit sans risquer l'anathème, sauf celui de quelques folliculaires en perdition, mais çà, ce n'est franchement pas grave. Pour autant, un peu à la manière d'un ferrailleur qui récupère à la casse une ou deux pièces d'un vieux moteur, le juriste extrait du phénomène religieux la nécessité qu'il y est des choses qui sont ainsi et ne se discutent pas. *Le droit laïcise la sacralité en ce qu'il impose erga omnes l'existence de tout ce qu'il consacre.*

*

1°) La sanction

L'acception retenue est ici la plus simple. La sanction s'entend donc d'une conséquence de la méconnaissance d'une norme générale ou d'une norme individuelle, précision étant faite que cette sanction est au désavantage de l'auteur de cette méconnaissance. On peut identifier deux types de sanction.

14.- Les sanctions civiles

Les sanctions civiles tendent à la réparation ou plutôt la restauration de la situation telle qu'elle aurait dû être si la norme avait été respectée.

On en distingue trois grands types :

- *L'exécution* qui consiste à contraindre le contrevenant à se conformer à la norme. Par exemple, un juge ordonne l'exécution forcée d'un contrat, si bien que la sanction exécutée, la situation sera conforme à ce qu'elle aurait dû être puisqu'en fine, le contrat sera exécuté.

- La *responsabilité* qui consiste à faire supporter à l'auteur de la violation de la norme la charge de la réparation du dommage qu'il a pu causer (article 1240 du code civil, ex art. 1382). Comme l'énonce avec justesse et concision la Cour de cassation, « *la fonction de la responsabilité civile est de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* » (Cass. civ. 1^{ère} 2 juillet 2014, Pourvoi n° 13-17.894, Bull. civ. I n° 119).

- La *nullité* qui consiste à effacer rétroactivement les effets d'un acte juridique qui s'est formé en violation des règles qui lui sont applicables. Un contrat n'est légalement formé que si les parties y ont consenti de manière libre et éclairée. Il s'ensuit, par exemple, qu'est entachée de nullité, pour défaut de consentement éclairé (on parlera plus précisément de dol) la vente d'un bien immobilier intervenue sans que le vendeur ne révèle à l'acquéreur la construction prochaine d'une station d'épuration sur le terrain voisin, alors même que l'acquéreur a indiqué qu'il entendait faire du bien son logement principal. Et comme le rappelle la Cour de cassation, « *l'annulation d'une vente entraînant de plein droit la remise des parties en l'état où elles se trouvaient antérieurement à sa conclusion* », il s'ensuit « *la restitution du prix en même temps que la reprise de la chose vendue* » (Cass. civ. 1^{ère} 6 février 2019, Pourvoi n°17-25.859, Publié au bulletin).

La sanction civile ne frappe pas trop durement celui qui la subit. Il y a une certaine indulgence du droit à l'égard du contrevenant. La violation d'une norme mérite une réaction, mais le droit anticipe que cette séquence est inéluctable. « *Que celui qui n'a jamais pêché jette la première pierre* ». Ainsi le droit laïcise-t-il la formule évangélique. C'est une position modérée et raisonnable. Y a-t-il un seul conducteur qui peut se flatter d'avoir toujours respecté le code de la route ? Y a-t-il un seul professionnel qui ne se soit jamais trompé ? Y a-t-il un seul vendeur qui en toute occurrence ait toujours tout dit de la chose vendue ? La réponse se déduit de la question. La perfection est le monde des raseurs ou des illuminés. *Les sanctions civiles consistent donc à rétablir une situation dans l'état où elle serait si les normes avaient été respectées.* Elle n'ont pas pour objet de pénaliser la personne même du contrevenant.

15.- Les sanctions pénales

C'est en cela que la sanction civile s'oppose aux sanctions pénales dont la finalité punitive est le trait caractéristique. *L'objet de la sanction pénale* n'est pas de rétablir la légalité d'une situation, mais *d'infliger un tort à la personne en infraction avec la norme*. On fait mal à qui fait mal. La sanction pénale ressemble à la vengeance, mais elle s'en distingue significativement :

- Tout d'abord, elle tient à distance la maxime « œil pour œil, dent pour dent » qui est au principe de la vengeance ; la sanction pénale est proportionnée si bien, pour être concret, que le chauffard ayant causé un accident dont la victime principale subit une amputation

n'est pas censé prendre rendez vous chez un bourreau chargé de lui réserver le même sort ;

- Ensuite, la sanction n'est pas administrée par la victime ; dans l'instant où elle est agressée, celle-ci peut se défendre, c'est la légitime défense ; mais la victime ne peut se faire justice à elle-même ; elle peut faire œuvre de police (se défendre), mais elle ne doit pas faire justice (punir) ;
- Enfin, la sanction est prononcée et exécutée au nom de la société toute entière, et non de la seule victime ; la société, représentée par l'Etat (le Ministère public, dit encore le Parquet, dans le jargon du Palais, personnifié par le Procureur ou l'Avocat général lors du procès pénal), prend fait et cause pour la victime principalement parce que la faute commise par le délinquant est une atteinte à l'intégrité de la société. Le criminel sème la terreur et la paix civile ne s'en accommode pas.

D'où la mise à mal du délinquant au moyen de sanctions pénales. Ces dernières font office de châtiment pour le coupable et d'épouvantail pour l'honnête homme. Telles sont leur fonction à la fois répressive et préventive de la commission d'infractions (des fautes pénales : rouler trop vite, voler, blesser, tuer...). Soit leur prononcé porte un tort au patrimoine de l'auteur de l'infraction et la sanction pénale est alors une *amende*. Soit la personne même du délinquant est atteinte par l'effet d'une privation de liberté et la sanction pénale consiste alors dans une *peine d'emprisonnement*.

Par nature, la sanction pénale est oppressive puisqu'elle porte atteinte aux libertés de l'individu, sa liberté patrimoniale en cas d'amende, sa liberté d'aller et de venir en cas d'emprisonnement. La sanction pénale est cependant nécessaire car s'il est mal de voler et de tuer, il faut bien se faire entendre et les bonnes paroles ne suffisent pas à prévenir les infractions. Mais il faut de la mesure car en de mauvaises mains (un despote pas éclairé du tout), la sanction pénale devient le vecteur d'une police politique. D'où le *principe de légalité des délits et des peines* (en latin : *nullum crimen, nulla poena sine lege*) que consacre en ces termes, l'article 7 de la Déclaration de 1789 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». Ce principe ne suffit cependant pas. Il arrive que des parlementaires démocratiquement élus pensent faire le bien du peuple en l'asservissant. Qui sévit sait souvent se faire élire. Aujourd'hui, on appelle cela une « démocrature » (condensé de démocratie et de dictature). En conséquence, comme l'énonce l'article 8 de la même Déclaration, « la Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». L'évidente nécessité de la sanction pénale varie avec le temps. Il y a encore trente ans, par exemple, nul n'imaginait qu'un chef d'entreprise puisse être exposé au prononcé d'une sanction pénale, en conséquence de suicides de ses salariés. Aujourd'hui, on ne comprendrait plus que la « majorité sexuelle » (l'âge à partir duquel un mineur est réputé à même de consentir librement à des relations sexuelles, soit 15 ans ; article 227-25 du code pénal) soit appréciée différemment selon la nature homosexuelle ou hétérosexuelle de la relation ; ce qui était pourtant le cas avant 1982. Chaque époque a ses nécessités et on ne se baigne jamais dans le même fleuve. Il y a pourtant des constantes ; l'eau n'est jamais la même, mais le fleuve est toujours là. En principe, le législateur ne prévoit de sanction pénale qu'à la condition que le comportement réprimé (l'infraction) soit constitué d' :

- Un *élément matériel* significatif d'une atteinte à une valeur éminente, c'est-à-dire au principe de toute paix civile ; le plan du code pénal est révélateur des trois principales valeurs que les sanctions pénales préservent : la personne, les biens, la nation et l'Etat ; voilà pourquoi, à travers les âges, le meurtre, le vol et l'espionnage appellent toujours la répression ;
- Un *élément moral* significatif de l'intention du délinquant de porter atteinte à la paix civile, en tout cas de choisir délibérément son intérêt propre sans égard pour le préjudice causé à autrui ; en termes simples, mais partiellement exacts, pour être pénalement sanctionné, il faut l'avoir fait exprès ; celui qui fraude le Fisc sait ce qu'il fait, comme le chauffard, d'ailleurs, qui met sciemment en danger la vie d'autrui.

Tels sont les éléments sans lesquels il n'y a pas de sanction pénale.

2°) La garantie de l'Etat

16. – La contrainte étatique et le « mou » du droit.

Rien n'est plus banal que de souligner le caractère étatique de la contrainte juridique. Cela signifie que *l'Etat affecte ses services, justice et police, afin que ceux-ci permettent l'effectivité des sanctions civiles et pénales*. Quand une peine d'emprisonnement a été prononcée, avec « mandat de dépôt » selon l'expression consacrée, les policiers qui encadrent la personne condamnée lui font comprendre que la destination prochaine est une maison d'arrêt. Et contrairement à ce que pensent quelques braves gens mal informés, les prisons ne sont pas des hôtels 4 étoiles, ne serait-ce qu'en raison du fait qu'on n'y choisit pas sa chambre et que « *vue sur jardin* » ou « *vue sur mer* », « *chambre individuelle* » ou « *chambre double* », « *Queen or Kingsize* », ne font pas partie de l'offre à la clientèle. C'est cela l'effectivité de la sanction garantie par l'Etat.

Il est cependant devenu courant, même dans les ouvrages les plus élémentaires, de mettre en évidence l'apparition de normes juridiques dépourvues de sanctions étatiques. On appelle cela le « droit mou », un peu comme on dit d'un être pusillanime qu'il est « mou du genou » (pas de mauvaise blague, même si ça vous démange ; « mou du genou » = « le genou tombe facilement à terre » et cette genuflexion à courte échéance est la marque d'une soumission sans combat). Plus smart, l'expression de « *soft law* » fait également son entrée dans le langage des juristes. De quoi parle-t-on ? Des recommandations, des chartes, des « recueils de bonnes pratiques », et tout un amas de productions faites de bonnes paroles où l'on jure qu'on fera les choses bien et qu'on se gardera d'en commettre de mauvaises.

Dans les couloirs des hôpitaux, on trouve facilement une affiche pour indiquer que « *la personne hospitalisée est traitée avec égards* » et que « *l'établissement prend les mesures qui assurent la tranquillité des personnes et réduisent au mieux les nuisances liées notamment au bruit et à la lumière, en particulier aux heures de repos et de sommeil* » (extraits de « *Charte de la personne hospitalisée* », document officiel disponible sur le site *solidarités-sante.gouv*). Le malade est content de l'apprendre et en même temps, il est sceptique. D'abord, il imagine mal qu'il soit affiché que « *la personne hospitalisée est traitée sans égards...* » et que peu importe sa tranquillité. Il lui semble que la proposition de la charte est une évidence au point qu'elle confine à l'effet d'annonce, voire à la complaisance. Ensuite, il découvre généralement que le texte est punaisé (la punaise est rouillée et recouverte d'un vieux papier collant, du « scotch » qui, peut-être, un jour, a été transparent) sur un mur de sa chambre lorsqu'un personnel hospitalier y pénètre le matin, aux alentours de 5h47, allume les deux néons fixés au plafond, à l'équerre de la tête du patient et dont la capacité d'éblouissement ne faillit jamais, malgré l'inéluctable tremblement qui les affecte. Un ou deux tiroirs claquent, pour être sûr qu'après bruyante ouverture, ils soient bien refermés, d'où le doublement de la nuisance sonore, in fine multipliée par trois lorsque claironnent quelques propositions bienvenues : « *alors, en pleine forme aujourd'hui* », « *température* », « *on vous emmène à la prise de sang* », « *pas de café ce matin, le médecin a dit non* » (en même temps, tant mieux, le café est imbuvable)... Ainsi la personne hospitalisée apprend-elle que « *l'établissement prend les mesures qui assurent la tranquillité des personnes et réduisent au mieux les nuisances liées notamment au bruit et à la lumière, en particulier aux heures de repos et de sommeil* ». Soit elle y croit et alors elle est vraiment malade, soit son hospitalisation ne l'a pas encore privé de son discernement, ce qui l'amène à penser que quand on sert un café de cinquième zone, on évite de la ramener. Et là, les choses sont dites gentiment, parce que, quand même, les lignes qui s'écrivent sont celles d'un travail universitaire.

Que penser du droit mou, pardon du « *soft law* », et de l'incidence de son existence sur la définition du droit ? La réponse est en forme d'alternative, à deux termes.

Soit il est peu de choses, c'est-à-dire une communication plus ou moins bienvenue d'instances qui en attendent un surcroît de reconnaissance et un bénéfice d'image. Ce peut être l'hôpital,

mais aussi une grande entreprise, dont les produits ont une vertu environnementale qui se cherche, ou encore dont les réseaux sont peu regardants tout en étant bien intrusifs. D'ailleurs, quelque organisation que ce soit produit aujourd'hui sa charte et le « soft law » se développe au rythme où se déverse le plastique dans les océans. Dans ces multiples occurrences, la tentative d'intégrer le droit mou dans la sphère juridique, pour soutenir ensuite l'existence de phénomènes juridiques sans contrainte étatique, laisse un peu sur sa fin. C'est en quelque sorte se faire l'idiot utile de communicants qui n'en demandaient pas tant. Le propos est un peu polémique, il est vrai. Pour autant, l'élévation au rang de normes juridiques de propositions formulées avec d'autant plus de vanité qu'elles portent d'artifice, ne peut être admise au seul motif que leur auteur prétend les porter à pareille hauteur. C'est un point qui permet de valider l'étude des sources des normes juridiques (v. infra 1^{ère} partie), on n'est pas seul à décider de ce qui est de droit.

Soit, pris en quelque sorte à leur propre piège, les producteurs de droit mou se voient opposer leur prose et sont par exemple sanctionnés pour n'en avoir pas suivi les préconisations. Un exemple pour comprendre. C'est l'histoire d'une compagnie pétrolière qui affrète (comprenez qui « loue avec chauffeur », même si c'est un peu plus compliqué que cela) un navire pour transporter ses marchandises. Même si elle pourrait figurer dans un livre pour enfant, c'est une histoire vraie (Cass. crim. 25 septembre 2012, Pourvoi n° 10-82.938, Bull. crim. n° 198). Une bonne tempête et le navire tout plein de pétrole fait plouf, qu'est-ce qui reste ? D'abord, des kilomètres de plages polluées, des cormorans qui crèvent englués dans des flaques de pétroles — pour les poissons, c'est pas beaucoup mieux, mais ça se voit moins —, des bénévoles qui collectionnent les lumbagos et les pathologies dermatologiques en ramassant la m... sur nos cotes. Ensuite, une compagnie de transport maritime qui « entretient » — c'est un peu dur à prononcer — une flotte de tanker dans un état déplorable et qui envisage le procès à venir comme un mauvais moment à passer ; en gros, les juridictions françaises vont nous pourrir l'existence pendant 10 ans, mais dans trente ans, on sera toujours là et d'ajouter, comme un chanteur populaire, « ce qui ne me tue pas, me rend plus fort ». Enfin, une compagnie pétrolière dont le président se déclare meurtri par le « préjudice du siècle » et exprime ses regrets avec une émotion d'autant plus palpable qu'il y a force caméras et qu'il tient la compagnie de transport pour unique responsable. La compagnie pétrolière est un champion industriel qui fait l'honneur de la France et qu'il dirige avec l'humilité qu'imposent les charges de sa fonction. La compagnie aux destinées de laquelle il préside, extrait et raffine des « produits carbonés », issus d'« énergies fossiles » (ça sonne tout de suite plus propre) avant de les exporter dans un « espace mondialisé ». Elle répond de cette activité, mais ne peut endosser les fautes commises par une autre entreprise exerçant avec cynisme un métier, le transport, qui n'est pas le sien. Elle plaide donc qu'elle ne peut être jugée responsable d'une faute qui n'est pas la sienne. Ce n'est pas « hyperclasse », mais juridiquement, ça se tient. Sauf que les compagnies pétrolières n'en sont pas à leur première marée noire. Pour continuer à vendre du diesel (*Diesel n° 5*, celui qui a la meilleure odeur), mieux vaut être irréprochable en amont. La compagnie pétrolière s'est donc dotée d'un code de bonne conduite qui répond au doux nom de « vetting » (pour contrôle). Schématiquement, la compagnie met en place des processus d'agrément des navires affrétés dont la durée varie selon leur ancienneté. En gros, plus le navire craint, plus court est l'agrément. Les « navires poubelles », très peu pour elle, en tout cas pas longtemps. En l'espèce, la compagnie s'est cependant assise sur ce dispositif et « *il est établi que l'affrètement de l'E... (le navire) est intervenu bien après la date limite de l'agrément* ». La compagnie plaide avec l'élégance d'un tanker des années 70 (celui qui a coulé) « *pour justifier cette situation, que ce délai n'est qu'indicatif, qu'il s'agit d'une règle qu'elle s'est imposée à elle-même, qu'il lui était loisible d'affréter des navires que le service Vetting n'avait pas inspectés* ». Le brillant « storytelling » (le « narratif ») qu'ont vendu les conseillers de crise dont la compagnie pétrolière s'est assortie les talents est donc le suivant : le « vetting », c'est du droit mou et on s'en fout. Nos magistrats ont plus d'un tour dans leur sac et le service public à la française a de beaux restes. La Cour de cassation administre un « pan sur le bec » de qui faisait le coq et elle juge sans trembler :

- « Qu'une inspection du navire, réalisée dans le cadre de sa mission de contrôle de conformité aux exigences de sécurité et de protection de l'environnement, dénommée « vetting », si elle avait été correctement effectuée dans les conditions et dans les délais prévus par les procédures internes, aurait dû mettre en évidence, d'une part, les faiblesses de l'E..., inapte à naviguer en Atlantique par périodes de tempêtes, d'autre part, l'absence de renouvellement du certificat de classe au-delà d'un délai de deux mois, enfin, la présence d'anomalies permettant de suspecter l'existence de plus graves désordres » ;

- Qu'en conséquence, « ces constatations de fait caractérisaient une faute de témérité (...) à la charge de la société T... SA (la compagnie pétrolière NdA), et qu'il en résultait que son représentant avait nécessairement conscience qu'il s'ensuivrait probablement un dommage par pollution ».

Le lecteur de cet arrêt comprend ainsi que le droit mou s'est sensiblement renforcé dans la tempête. La pâte a durci et les tribunaux l'ont extrait de la torpeur qu'entretenait la mollesse de son environnement pour l'élever au rang de norme juridique. La conclusion est sans doute expéditive et une étude plus approfondie justifierait des nuances. Pour autant, la proposition issue du code de bonne conduite est bien devenue, du fait de l'intervention des juges, une norme dont la méconnaissance expose son auteur à une mise en jeu de sa responsabilité, soit l'une des sanctions civiles spécifiquement consacrées par le droit. Lorsque le soft law s'apparente à une norme juridique, c'est en fait que les propositions qu'il contient sont telles que leur irrespect emporte le prononcé d'une sanction dont l'Etat, ici les juges, garantit l'effectivité. Le développement du droit mou mérite que les juristes y réfléchissent, mais il ne justifie pas une modification de la définition du droit.

L'intervention de l'Etat pour en garantir l'effectivité constitue donc bien l'un des traits caractéristiques de la norme juridique. La proposition mérite d'être étayée aussi bien d'un point de vue théorique que technique (et non pas « d'un point de vue taquetique-que-tèquenique »)

17. – La contrainte étatique ; aspect théorique.

Les intellectuels disent parfois des bêtises, on appelle cela de l'intelligence lettrée. Mais certains d'entre eux font parfois très fort et ce qu'ils écrivent est un don pour l'humanité. Nos sociétés modernes doivent ainsi une fière chandelle à Hobbes (1588-1679). Ce philosophe anglais dispose d'une réputation mitigée et son œuvre majeure, *Léviathan*, parue en 1651, est parfois considérée comme le point d'appui théorique de tous les régimes autoritaires. Il suffit de lire l'auteur pour comprendre que tel n'est pas le cas, au besoin en s'aidant des excellentissimes analyses de l'un des meilleurs interprètes de la Pensée des Lumières, Pierre Manent (auteur contemporain et jusqu'à ce jour, en pleine forme ; v. not *Naissance de la politique moderne, Machiavel, Hobbes, Rousseau*, Paris, Rééd. 2007, Gallimard, coll. Tel).

Un cours de droit n'est pas un cours de philosophie et sous l'angle de la pensée sociale et politique, sans doute y a-t-il mieux, en tout cas plus à jour, que l'œuvre de Hobbes (v. par ex. l'œuvre de H. Arendt, 1906-1975, dont la pensée politique intègre la difficulté de concevoir comment le totalitarisme peut s'imposer dans un univers pourtant démocratique ; parmi ses œuvres, d'une lecture exigeante mais accessible, on citera, *Les origines du totalitarisme*, 1^{ère} éd. anglaise en 1951, *Condition de l'homme moderne*, 1^{ère} éd. Anglaise en 1958 ; l'œuvre d'H. Arendt a été traduite en français et elle est éditée en format poche notamment aux éditions Le Seuil ou Calmann-Lévy). Pour un juriste moderne, Hobbes est celui qui démontre le mieux la nécessité théorique de lier le droit et l'Etat. Hobbes a subi les guerres de religion, il en a vu les horreurs, éprouvé les fuites. Aussi bien est-il convaincu et nous a-t-il définitivement convaincu que le droit de Dieu n'est jamais que le droit de son Dieu et que l'essence divine dont les fidèles le dotent conforte leur conviction de l'imposer à tous. Le droit divin est celui de quelques uns pour croire qu'il vaut pour tous. Il est en conséquence le vecteur de la guerre civile, nulle religion n'étant assez forte pour s'imposer durablement, fût-ce par la terreur. La violence est hermaphrodite. Il y a donc urgence à mettre Dieu sur le banc de touche et lui substituer un autre patron, capable de mettre tout le monde d'accord.

Comment faire ? En posant d'abord le bon diagnostic. C'est à ce moment que les intelligences se distinguent. Le coup de génie de l'excellent Hobbes est de dire l'exact contraire de ce que tout le monde pense, puis, et c'est ce qui le distingue d'un abruti qui tweete des « fakenews », à démontrer qu'il dit la vérité. C'était un peu moins vrai à l'époque, mais nous pensons tous qu'entre les hommes, il y a peut-être une égalité en droit (par ex., tout le monde vote, même si on trouve que cette généralité ne devrait pas s'appliquer à son voisin, dont chaque réunion de copropriété démontre l'ineffable balourdise), mais qu'en tout état de cause et en fait, l'inégalité règne en tous lieux. Comment croire le contraire ? 10 élèves devant le même problème de math ne rendent pas la même copie et si les mêmes courent un 100 mètres, aucun n'arrive en même temps (sauf exception, mais statistiquement, les chances que les temps des ex-aequo soient strictement identiques sont les mêmes que celles de gagner à l'Euromillions). Contre l'évidence, Hobbes inverse le propos. Il peut bien y avoir des inégalités en droit, des nobles et des roturiers, des patrons et des ouvriers, des petits et des puissants, mais en fait, nous sommes tous égaux. Devant la mort, c'est une évidence et même un lieu commun, voire un propos de comptoir. Pour convaincre d'une égalité de fait, il faut approfondir et admettre, au risque de la sidération, une égale aptitude à donner la mort. S'il est en droit une inégalité de puissance, il est en fait une égalité de nuisance. Hobbes écrit ainsi : « *pour ce qui est de la force corporelle, l'homme le plus faible en a assez pour tuer l'homme le plus fort, soit par une machination secrète, soit en s'alliant à d'autres qui courent le même danger que lui* » (*Léviathan*, Chap. XIII). Hobbes a en tête l'hypothèse du régicide qui, pour frapper la tête, vient souvent d'en-bas. L'auteur du crime pointe aux premiers barreaux de l'échelle sociale mais il suffit d'une occasion pour lui permettre d'un trait d'en rompre les derniers. Les années récentes confirment l'acuité de cette intuition. En 2015 et 2016, la France a découvert sur un mode traumatique les ravages que peuvent causer quelques misérables fanatisés. Et même, il a suffi qu'un homme prenne le volant d'un camion pour provoquer la mort de plus de 80 personnes. Il est donc bien vrai, aussi sinistre soit la constatation, que l'aptitude à faire violence se moque des hiérarchies.

Un corps social qui réclame la paix n'a d'autre choix qu'un consensus sur une égale confiscation de la violence. Tout un chacun doit admettre qu'en toutes hypothèses, même en celles qui appellent une sanction sévère, le recours à la force n'est à la disposition de personne, sauf d'un seul (le fameux Léviathan de Hobbes) en situation de monopole absolu. Hobbes encore, à propos du Léviathan : « *une personne unique telle qu'une grande multitude d'hommes se sont faits, chacun d'entre eux, par des conventions mutuelles qu'ils ont passées l'un avec l'autre, l'auteur de ses actions, afin qu'elle use de la force et des ressources de tous, comme elle le jugera expédient, en vue de leur paix et de leur commune défense* » (*Léviathan*, chap. XVII) Le détenteur du monopole de l'exercice de la violence légitime (la force publique), le Léviathan moderne, n'est autre que l'Etat, quelle que soit du reste la forme de son gouvernement. Et c'est bien pourquoi, nul ne peut se faire justice à lui-même et que pareille besogne revient en exclusivité aux instances étatiques, police et justice. Deux observations complémentaires :

- La constitution du monopole étatique repose bien sur un consensus social en ce sens qu'au moins implicitement, les individus admettent dans leur immense majorité leur nécessaire abstention, même devant les situations les plus abjectes. A cet égard, l'intégration par les individus de ce consensus est possible car, toujours lui, comme Hobbes le relève avec optimisme et lucidité, « *la prudence n'est que de l'expérience, laquelle, en des intervalles de temps égaux, est également dispensée à tous les hommes* » (*Leviathan*, Chap. XIII). En clair, il n'est pas besoin d'un haut niveau d'instruction pour comprendre la nécessité de s'en remettre à une puissance qui surpasse toutes les autres. La séquence des attentats de 2015 et 2016 est à cet égard significative. Ces derniers ont été commis par des fanatiques se prévalant d'une version apocalyptique de leur religion, en l'espèce l'Islam. Si la société française n'avait atteint le degré de maturité nécessaire à sa consolidation, il en eût résulté d'inévitables représailles, aussi sanglantes que ne le furent les premières tueries. La nuit de la Saint Barthélémy n'aurait été probablement que le lointain premier épisode d'une mauvaise série. En France, il n'en a rien été et les français ont maintenu leur confiance dans leurs forces de police et leurs institutions

judiciaires. C'est peut-être un miracle, mais c'est une réalité. Le « consensus de Hobbes » n'est donc pas une abstraction.

- La nécessité d'un monopole de détention de la force publique est une proposition d'ordre juridique. C'est un point discuté. Hobbes est un auteur de philosophie politique et de bons auteurs considèrent que sa proposition d'un Léviathan est également d'ordre politique. D'ailleurs, ajoutent-ils, le droit peut exister sans l'Etat. Témoin, le droit international qui régit les relations entre Etats, alors même qu'il n'y a pas de Léviathan dominant ces derniers. Soit, mais le droit international n'est jamais aussi efficace que lorsque les Etats se dotent d'une institution, par exemple l'Organisation Mondiale du Commerce, susceptibles de leur imposer ses décisions. Dans sa forme la plus aboutie, le droit suppose en conséquence une instance propre à imposer ses sanctions quelle que soit la puissance de qui les subit. Et l'idée qu'il faut concentrer toutes les forces entre les mains d'un seul afin que s'observe la paix civile espérée dans un monde de droit est en provenance directe de l'œuvre de Hobbes. D'ailleurs et on le lui a reproché, ce dernier marque une certaine indifférence à l'égard des différentes formes de gouvernement. Le Léviathan s'accommode de la monarchie comme de l'aristocratie, la démocratie n'est jamais qu'un plus, pas une nécessité (*Léviathan*, chap. XIX). Ce n'est pas une proposition politique, c'est un constat. En effet, la paix civile par l'effet d'un Léviathan s'obtient par le seul effet du consensus sur le monopole de la force publique, quelque déplaisir que suscite chez les uns et les autres l'action du gouvernement qui gère les affaires de l'Etat. La période contemporaine montre encore le discernement de ce penseur. Notre époque voit prospérer des régimes autoritaires, parfois appelés « démocratie », en ce que, malgré les excès et les protestations, les populations consentent de guerre lasse à leur plus ou moins longue pérennité. Ce phénomène révèle qu'une même population peut dans des proportions significatives abhorrer le gouvernement qui dirige le pays tout en admettant que la remise en cause de son action ne justifie pas la révolte au point d'anéantir la structure étatique qui, par le seul effet du Léviathan, accomplit à minima sa mission de maintien de la paix civile. En un mot, quelles que soient les politiques conduites, un Etat qui assure le minimum juridique a de bonnes chances de se maintenir.

On retiendra donc que la contrainte étatique est constitutive du phénomène juridique. Elle n'est pas un accessoire qui se serait en quelque sorte accroché au droit par l'effet d'un accident de l'histoire. Ou alors, c'est que cet accident marque la naissance du phénomène juridique, au moins dans sa forme contemporaine. En tout cas, pour l'heure, l'Etat n'a pas encore trouvé de *Liévathan* de substitution.

18.- La contrainte étatique ; aspects techniques

C'est encore une drôlerie de la sphère juridique, mais la contrainte étatique y semble à géométrie variable. Il est d'usage de distinguer :

- *Les règles impératives*, dites aussi *règles d'ordre public*, auxquelles il est interdit de déroger ;
- *Les règles supplétives*, applicables à défaut de manifestation de volonté contraire.

Cette distinction est d'une utilisation constante dans la pratique juridique. Ainsi, lorsqu'une loi nouvelle entre en vigueur (par exemple, la réforme du droit des contrats), il est d'usage de se demander si les règles que cette loi édicte sont impératives ou supplétives. Il faut donc bien intégrer le sens de cette distinction.

Les individus ont une aptitude à faire des actes juridiques (v. supra point n° 12), rédiger leur testament, acheter une maison et conclure toutes formes de contrats sur bien d'autres objets encore. Dans le monde des affaires, les sociétés commerciales n'existent en quelque sorte que pour cela tant leurs instances représentatives (gérants, PDG, etc.) passent de temps à conclure des contrats (emprunt, achats, emploi, vente, etc.) aux fins de développer l'activité de leur entreprise. C'est principalement dans cet espace où les volontés individuelles sont créatrices de droit que la distinction entre règle impérative et règle supplétive prend du sens. Les parties qui sont aptes à faire des actes juridiques ne peuvent déroger aux règles impératives. Par exemple, une entreprise qui vend ses produits à des particuliers doit respecter les règles du code de la consommation, protectrice des intérêts du consommateur. Elle ne peut introduire dans ses contrats des clauses qui seraient contraire à ces règles, précisément parce que celles-ci ont un

caractère impératif. Au contraire, les parties à un contrat sont libres de déroger aux règles dites supplétives, en réalité la plupart des règles légales applicables aux contrats. Par exemple, les parties à un contrat disposent de marge de manœuvres importantes pour fixer les circonstances dans lesquelles il sera mis fin à leur relation contractuelle. Pour autant, il existe des règles supplétives applicables à défaut de précision (on dira stipulation) dans le contrat sur ces circonstances.

Première question : à quoi servent les règles supplétives ? Les règles impératives, on comprend. La volonté a du bon mais le libéralisme a ses limites. Il est nécessaire de poser des bornes, par exemple, pour interdire à une personne désireuse d'avoir un enfant d'aller en acheter un dans quelque zone misérable, ou encore à une entreprise de faire fabriquer ses produits par des ouvriers sous-payés. Mais les règles supplétives, ah quoi bon ? Puisque les parties sont libres de déterminer les termes de leur rapport, y a-t-il quelque utilité à prévoir une solution de rechange ? Il y a une double utilité pratique :

- Tout d'abord, en cas de litige, il est important de décider au regard de normes qui ont été écrites d'avance (on dira préconstituées) ; si les parties n'ont rien prévu, la règle supplétive offre ainsi une norme de substitution dont l'application évite l'arbitraire du juge ;
- Ensuite, en l'absence de litige, l'existence de règles supplétives facilitent les échanges ; en pratique, il est en fait assez rare que les parties prennent le temps de tout prévoir ; elles se mettent d'accord sur l'essentiel et se reposent pour le reste sur la solidité d'un appareillage normatif constitué des règles supplétives.

Seconde question : les règles supplétives sont-elles bien des règles de droit puisqu'il est permis d'y déroger sans s'exposer au prononcé de sanctions étatiques ? Oui, les règles supplétives sont bien des normes juridiques et il n'est pas nécessaire pour l'admettre de réviser la définition de ces dernières. La règle supplétive s'applique à défaut de volonté contraire. La volonté pèse ainsi sur les conditions de la règle, pas sur ses effets, dont le caractère contraignant n'est pas remis en cause. Concrètement, cela signifie que la règle supplétive s'impose aux parties si ces dernières se sont abstenues d'en exclure l'application lors de la formation de l'acte juridique. Si elles ne trouvent pas d'accord à cet égard, elles subiront les effets de la règle sans pouvoir s'y soustraire compte tenu de son caractère supplétif.

*

19.- Le droit, les mœurs, la morale et la religion.

La contrainte étatique est d'ailleurs ce qui distingue la norme juridique d'autres dispositifs, perçus comme une contrainte par les individus, certes avec plus ou moins d'intensité. Il s'agit des mœurs, de la morale et de la religion. Quelques lignes pourraient ici suffire et c'était au reste l'usage dans les cours d'introduction au droit, encore jusqu'au début des années 80. Le professeur exposait de manière débonnaire qu'il est mal élevé de se décommander la veille d'un dîner prévu de longue date, mais que, bien entendu, on ne fait pas procès d'un tel désagrément. On apprend à mieux choisir ses relations. Le droit n'est pas tout et chacun perçoit spontanément la différence de nature entre le droit et la courtoisie. La messe était dite et l'on passait aux choses sérieuses.

Tempora mores, cette façon d'aborder le sujet a pris quelques rides. Quiconque est habitué à prendre des initiatives publiques, par exemple un professeur dans un amphithéâtre, sent qu'il n'a plus la liberté de ton d'il y a quelques années. Il faut ne pas froisser, ne pas humilier, ne pas blasphémer alors même qu'aucune norme juridique n'impose cette retenue. D'où vient alors la contrainte, sinon de dispositifs qui sans être de droit, sont néanmoins pesants ? Les mœurs, la morale et la religion ne sont pas du droit, mais elles partagent avec lui le caractère contraignant. D'où la situation de concurrence, plus vive aujourd'hui qu'elle ne le fût hier. Cette situation et la

façon dont le droit s'en accommode justifient une attention renouvelée. Enoncer que ces contraintes informelles ne sont pas du droit est en quelque sorte une évidence. Il n'est pas besoin de s'y attarder. Au contraire, il faut prendre le temps d'examiner comment en quelque sorte, elles mordent sur la part du droit. C'est qu'en réalité, il n'y a pas à proprement parler d'empiètement. Elles remontent à la surface pour être au fondement du droit.

*

* *

II.- LES FONDEMENTS DU DROIT

20.- Droit positif et droit naturel.

La question des fondements du droit constitue l'un des marronniers des introductions au droit. Il faut bien reconnaître que pour être banale, la question présente un caractère incongru. Si le droit se singularise par la reconnaissance étatique des contraintes qu'il impose, la cause est entendue. Le fondement du droit, c'est l'Etat, à charge pour les juristes de présenter de manière raisonnée l'ensemble des dispositifs issus de la production normative des autorités publiques. Cette attitude résignée s'appelle le positivisme qui consiste à étudier, comme son nom l'indique, le droit positif, c'est-à-dire le droit tel qu'il est au moment où on l'étudie. Le programme est à périr et s'il reflétait réellement la suite, il vaudrait mieux aller voir ailleurs. Heureusement, si la plupart des juristes disent qu'ils sont positivistes, en réalité, ils ne le sont pas. Ou plutôt, s'ils étudient le droit d'aujourd'hui, le droit positif, donc, ils le font d'une manière qui révèle une conception du droit et de ses fondements.

C'est qu'en effet, à l'état chimiquement pur, le positivisme n'existe pas.

Tout d'abord, *d'un point de vue théorique*, aucun auteur ne peut sérieusement dire qu'il se contente d'exposer le droit tel qu'il est, dans sa vérité première et dernière. Sinon, il faudrait se contenter de recenser les textes, de les recopier puis d'indiquer les décisions de justice rendues en application de ces textes. Ces recensions sont faites dans les codes annotés ou encore dans les banques de données disponibles en ligne. Ces outils sont très utiles, mais c'est bien connu, « la technique ne pense pas » et cet agrégat de données ne forme pas une connaissance du droit. Cette dernière suppose une réflexion qui s'ajoute aux données brutes. A minima, il faut mettre de la cohérence et donc identifier les principes structurants d'une matière. L'ensemble s'ordonnera ensuite autour de ces principes, des règles qui en découlent, de leurs conditions et de leurs effets, mais aussi des exceptions nécessaires, de celles qui le sont moins, etc. Il importera donc de s'interroger sur la raison d'être de chaque règle afin de déterminer comment elle s'insère dans l'ensemble auquel elle appartient. Intellectuellement, l'affaire est déjà plus stimulante. Elle ouvre des perspectives, elle crée des incertitudes et donne des marges de manœuvre. Ces dernières sont essentielles car le droit privé sert le plus souvent à l'occasion de litiges. Chacun est prié d'argumenter au lieu de se battre. Si le droit ne donnait que des certitudes, les discussions ne pourraient prendre forme et faute de matière, le débat virerait au duel. Un droit qui fonctionne est un droit qui comporte une part de flou (c'est même le titre d'un ouvrage d'un éminent auteur, professeur honoraire au Collège de France ; v. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF 1986). Le droit, c'est toujours un peu tordu, et heureusement.

Un exemple pour s'en convaincre. L'article 1103 du code civil dispose que « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits* » (vous allez finir par le savoir). Cette disposition fonde légalement le principe de la force obligatoire des contrats qui, en droit civil, constitue un principe structurant. Sa consécration par le droit positif ne date pas d'hier et elle

est au reste assez universelle. Le principe peut recevoir trois justifications, a priori complémentaires :

- La première est philosophique : elle retient que le principe posé par l'article 1103 du code civil est le seul qui autorise une contrainte respectueuse de la liberté humaine ; c'est qu'en effet, puisque le contrat est un accord de volonté, les obligations qui en sont issues sont librement voulues par ceux qui y sont tenus.
- La seconde est morale ; elle met en avant la fidélité comme vertu et elle ancre la contrainte issue du contrat dans le nécessaire respect de la parole donnée ; *Pacta sunt servanda*, dit-on en latin.
- La troisième est économique ; la création de richesses repose sur le dynamisme des échanges ; ces derniers prennent la forme de contrat et le besoin de confiance des acteurs économiques requiert la sûreté des obligations issues du contrat ; en un mot, un banquier ne prête qu'avec l'assurance d'être remboursé.

En 2016, le législateur introduit à l'article 1195 du code civil la règle suivante : « *si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant.* » Exemple : un pompiste indépendant distribue de l'essence d'une marque donnée. Il fixe le prix à la pompe, mais pas le prix auquel il achète l'essence qui remplit les cuves de sa station. Le producteur décide du prix d'achat, ce qui résulte d'ailleurs des termes du contrat de fourniture qui lie le pompiste au producteur. Une énième crise pétrolière se produit, le prix du baril flambe et les prix d'achat s'en ressentent. Notre pompiste peut toujours augmenter le prix à la pompe, sauf qu'à quelques kilomètres de sa station, une centrale de grande distribution a décidé de vendre « à prix coûtant ». Plus personne ne lui rend visite et, sauf baisse du prix d'achat, notre pompiste s'apprête à mettre la clef sous la porte. L'article 1195 lui sauve la mise (enfin, c'est un peu plus compliqué en pratique) car en raison de « *l'exécution excessivement onéreuse* » du contrat de fourniture, le pompiste peut normalement demander « *une renégociation du contrat* » au producteur. Etape suivante : cet article 1195 fait-il exception au principe de la force obligatoire du contrat et faut-il le présenter comme une sorte d'incohérence en forme de concession aux nécessités de l'équité (ne pas laisser tomber le pompiste) ?

- Sous l'angle philosophique, la réponse est positive car la contrainte contractuelle est d'une perfection théorique telle que seule une certaine conscience du réel peut justifier qu'elle cède ;
- Sous un angle moral, la réponse est déjà plus nuancée ; il faut sans doute avoir une parole, mais à l'impossible nul n'est tenu et le producteur qui demande l'impossible à son distributeur fait preuve d'une intransigeance telle qu'il serait immoral de le laisser faire ;
- Sous l'angle économique et là comme ailleurs, la nuance est de mise ; le bon contrat est celui qui s'exécute et rien ne sert de vendre si l'on n'est pas payé ; en même temps, lorsque le contrat est au long cours (comme un contrat de fourniture de produits pétroliers), il est économiquement souhaitable d'en assurer la pérennité et il est sans doute préférable de consentir des aménagements plutôt que de précipiter la faillite d'un distributeur, ce qui en fait a toujours un coût et pas seulement pour le failli ; à la condition que les parties aient anticipé la possibilité d'une renégociation, cette dernière présente donc l'avantage économique de permettre l'équilibre et la viabilité de la relation contractuelle dans la durée.

Fin de l'épisode : Etudier le droit positif, c'est faire ce qui vient d'être exposé à propos des articles 1103 et 1195 du code civil, de manière plus approfondie, plus systématique et en toutes matières. Cela suppose d'identifier les fondements des règles et d'avoir une idée de ce dont on parle. Le positivisme, ce n'est finalement pas la règle telle qu'elle est, mais telle qu'on la comprend et, d'une certaine manière, telle qu'on l'idéalise.

Qui plus est, un positivisme mal compris est *une impossibilité pratique*. Roubier, théoricien du droit, exposait que personne ne peut se satisfaire d'un divorce entre ce qui est de droit et ce qui

est juste (*Théorie générale du droit*, Paris 1951, n°24, Rééd. Dalloz 2005). Il écrivait ainsi : « *les hommes ont une foi ardente dans l'existence de la justice, et leur cœur ne se résignera jamais à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique* ». Le droit ne peut donc se réduire à une accumulation de textes adoptés par des autorités compétentes et appliqués avec la rigueur technique de professionnels. Pour que ses solutions soient admises, il faut malgré tout que ses destinataires aient le sentiment que passe à travers elles un esprit de justice. La contrainte juridique n'est acceptable que si la loi emmagasine une puissance supérieure à la vigueur du vote dont elle est issue et les jugements une autorité qui force le respect au-delà de ce qu'inspire le seul suivi de la méthode judiciaire. Mieux vaut une injustice qu'un désordre est une maxime supportable exceptionnellement, par exemple, lorsque les circonstances impliquent de décréter l'état d'urgence. Durablement, elle ne l'est pas. Les esprits se révoltent lorsque la règle paraît injuste. Les mouvements sociaux en sont la plus nette illustration. Le scénario est aujourd'hui bien connu. Un gouvernement fraîchement élu fait passer une réforme, puis une seconde, puis une troisième. Une partie de la population s'agace de ses réformes successives, pourtant toutes dotées d'une indiscutable légitimité politique puisqu'elles sont le fait d'une majorité confortablement élue. La troisième est celle de trop et s'ensuivent des troubles, plus ou moins violents. Quoi que l'on pense de ces derniers, ceux-ci révèlent un sentiment d'injustice et confirment l'intuition que le droit ne se réalise pleinement qu'à la condition de ne pas être perçu comme injuste. L'œuvre de cohésion sociale en laquelle le droit s'accomplit requiert qu'un lien s'établisse entre l'idée du droit et un idéal de justice. Pour exprimer cette donnée sociologique, les juristes expliquent que le droit positif ne peut se passer d'un *droit naturel*. Cette dernière expression est bien délicate à définir. Elle signifie littéralement que le droit doit résulter de la nature des choses, ce qui ne veut pas dire grand chose car chacun a sa conception de ce qui est naturel. Quand certains jugent que la nature des choses commande que la conception des enfants procède d'une relation charnelle, d'autres estiment au contraire naturel que toutes personnes en désir de parenté puissent également bénéficier des progrès de la biologie. En tout cas, la référence au droit naturel, on dit parfois au *jusnaturalisme*, porte cependant l'aspiration communément partagée que le droit doit être ce pour quoi il est fait, une justice au quotidien, une équité au naturel, un idéal au contact du réel.

21.- L'idéal de justice, une exigence formelle

La question des fondements du droit se présente ainsi comme une impasse : incontournable, elle est sans solution. Le droit ne peut se passer de fondations, cependant que nul ne s'accorde sur les matériaux à utiliser et sur la manière de les poser. Nous ambitionnons un droit juste et sommes incapables de nous entendre sur une idée de justice. Pascal moquait d'ailleurs cette « *plaisante justice qu'une rivière borne* ». Ce faisant, il brocardait la posture idéaliste, poursuivant ainsi : « *Rien suivant la seule raison n'est juste en soi, tout branle avec le temps. La coutume est toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue* » (*Pensées*, 294, éd. Brunschvicg). Kant pointait de son côté l'insuffisance des juristes que leur science limitée empêche d'être à la hauteur de leurs ambitions. Kant prêtait ainsi aux *jurisconsultes* la capacité d'énoncer « *ce qui est de droit, c'est-à-dire, ce que disent et ont dit des lois en un certain lieu et une certaine époque* » pour ajouter que « *la question de savoir si ce qu'elles prescrivaient était juste et celle de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste lui resteront obscures, s'il n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ses jugements dans la simple raison afin d'établir la fondation pour une législation empirique possible* ». Plus sèchement encore, il poursuivait en écrivant : « *une science purement empirique du droit est une tête, qui peut être belle ; mais il n'y a qu'un mal, elle n'a point de cervelle* » (*Introduction à la doctrine du droit*, § B, trad. Philonenko, Vrin, Paris 1986).

Il faut bien reconnaître qu'au Panthéon des juristes, deux philosophes méritent une place d'honneur. Hobbes est le premier pour avoir mis en évidence le lien nécessaire entre la paix civile et le monopole de la force publique (v. supra n°17). Kant est le second sur la liste. Il est né en 1724 à Königsberg, en Allemagne. Après un (très) court séjour en-dehors de sa bonne ville natale, il y demeure, s'y instruit et y enseigne tranquillement jusqu'à son décès, 80 ans plus tard.

Pas franchement un aventurier, mais assurément un grand penseur. Kant offre en effet aux juristes une conception du bien (on peut traduire un idéal de justice) qui dispense de s'entendre a priori sur un contenu. L'exposé le plus accessible de sa pensée se trouve dans ses *Fondements de la métaphysique des mœurs* (un ouvrage de « vulgarisation » paru en 1785), au début desquels, il fait l'inventaire de toutes les qualités humaines, courage, intelligence, etc. pour conclure qu'aucune n'est bonne en soi. En quoi, il n'a pas vraiment tort. Placez l'intelligence et le courage entre les mains d'un tyran et observez le résultat. Il convient donc d'identifier quelque principe qui soit « bon en soi », c'est-à-dire détachable de toute sensibilité, de toute contingence et finalement de tout contenu. C'est le fameux « *impératif catégorique* », expression qui colle à la peau du « sage de Königsberg » et qui constitue, selon les termes, la condition d'une « Bonne Volonté », c'est-à-dire une volonté qui veut le Bien (comprenez le « juste »). Cette proposition philosophique, qui est une *œuvre de raison*, présente un double intérêt pour la compréhension des fondements du droit.

Tout d'abord, elle convainc qu'il est théoriquement possible d'adosser un système juridique sur un idéal de justice sans qu'il soit nécessaire de s'entendre sur le contenu de cet idéal. Celui-ci répond à *une simple exigence formelle de perfection qui sous-entend qu'à minima, son éventuelle substance se constitue dans le respect du principe de non-contradiction*. Idéalement, une chose et son contraire ne peuvent raisonnablement coexister, même s'il est vrai qu'en réalité, la contrariété se porte plutôt bien. Par exemple, quelques communicants faussement naïfs expliquent qu'entre financiers et travailleurs, il ne peut y avoir que du « donnant-donnant », chacun apportant à l'autre ce qui lui manque. En pratique, chacun sait que l'articulation des intérêts en présence est souvent chaotique et que le droit contribue le plus souvent à la formalisation de compromis boiteux, sous-entendu, pas toujours très cohérents. Mais peu importe. Il est nécessaire de poser l'hypothèse d'un idéal de justice et de concevoir la possibilité d'un droit dont la forme serait exclusive de toute contradiction, ici et maintenant. C'est un pari intellectuel qui stimule l'analyse du droit positif. L'impératif de non-contradiction impose la cohérence et la permanence. Le juriste au contact du droit positif sait bien qu'à cette aune, le compte n'y est pas. Mais il est incité à faire mieux, à mettre de l'ordre là où a priori, il n'y a que de l'incohérence, à identifier les continuités, même lorsque les réformes s'enchaînent. Ainsi, les juristes trouvent-ils dans la compréhension mesurée d'un idéal de justice, la justification de leur recherche permanente de cohérence et de permanence.

Celles-ci ne sont pas synonyme d'immobilisme. Un examen des grandes réformes de ces dernières années montre qu'elles ont à peu près toutes été conduites à l'aune de cette double exigence de cohérence et de permanence. Deux exemples parmi d'autres : le marché du travail, les retraites.

- Concernant le premier, il a été exposé que ce marché, articulé autour d'une multitude de contrats de travail — CDI, CDD, intérim, apprentissage, formation en alternance... — était devenu illisible et qu'en conséquence, il convenait de le réformer. Pour vaincre les incohérences, on a ainsi proposé un contrat de travail unique. Et pour justifier un assouplissement des contraintes pesant sur la rupture de ce lien, il a été exposé que dans un contexte de globalisation, caractérisé par une concurrence exacerbée, la protection des salariés à l'égard du risque de chômage devait être assuré par d'autres voies que par une réglementation rigoureuse du licenciement. Celle-ci, a-t-on dit, constitue un frein à l'embauche et elle est, de la sorte, contreproductive dans la lutte contre le chômage. Et puis, a-t-on ajouté, elle exagère les inégalités entre les salariés, entre ceux qui ont accès à des carrières linéaires se déroulant au long d'un contrat à durée indéterminée et ceux qui restent en-dehors de cet écriin et sont de la sorte cantonnés dans la précarité. Peu importe ici l'exactitude du raisonnement. C'est la rhétorique qui importe. Et celle-ci, comme on le voit, tente de convaincre que le maintien des règles existantes a pour effet de trahir l'idéal d'une sécurité économique garantie à l'ensemble des salariés. Ainsi fonctionne le principe de permanence qui, pour assurer la réalisation des idéaux, requiert la modification des règles qui les mettent en œuvre.

- Cohérence et permanence sont également les deux atouts maîtres des réformes des retraites. La réforme des régimes spéciaux s'est en quelque sorte construite autour de la maxime « à travail égal, retraite égale ». Si le droit à pension se constitue tout au long de la vie active, il est incohérent qu'il diffère d'un sujet à l'autre alors même que ces derniers auraient eu une existence

professionnelle comparable. Et puis, si l'on veut sauver le régime de retraite par répartition, il importe de modifier les règles en l'état du vieillissement de la population ; d'où l'allongement pour tous de la durée de la cotisation. D'aucuns proposent d'ailleurs d'aller plus loin et estiment que pour sauver les retraites « tout court », il faudrait introduire une dose de capitalisation. Quelle que soit la solution proposée, la structure du raisonnement ne change pas. Pour préserver les principes, il faut changer les règles.

Ensuite, l'impératif catégorique que Kant isole comme unique principe d'un souverain bien donne aux juristes une méthode pour aborder *la question de son contenu*, ou encore de sa substance. La maxime a fait le tour des manuels de philosophie de terminale : « *agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle* », ce qui donne, en plus synthétique, « *agis de telle sorte que ton action puisse servir de règle universelle* ». Cet impératif répond astucieusement et même un peu plus à la question si ardue : que puis-je vouloir de bien qui soit reçu comme tel par tous, tout en sachant que sur le bien, tous à peu près divergent ? La réponse est presque tautologique : une volonté est bonne si la règle qui la guide peut valoir pour tous. Elle est cependant plus qu'une lapalissade. L'utilisation du verbe « pouvoir » et de l'adjectif « universel » donne en effet de l'épaisseur à l'impératif catégorique. Elle le constitue en test de légitimité de n'importe quelle maxime, quel qu'en soit le contenu. Quoique formelle, l'injonction du philosophe invite ainsi le lecteur à donner de la matière aux règles de justice. Par exemple, il est probable que le respect de la parole donnée subisse avec succès le test tant il est probable qu'elle « puisse servir de règle universelle ». La preuve par l'absurde se fait aisément. En effet, si nous nous mentons les uns les autres en permanence, aucune vie commune n'est sérieusement envisageable. Si nous nous donnons donc comme maxime de mentir, en tout cas de ne pas tenir notre parole, nous nous condamnons à une vie solitaire ; la maxime ne vaudra que pour son auteur. Le respect de la parole donnée est ainsi la condition de notre *sociabilité*. Il est aussi presque certain que l'impératif catégorique implique une égale *dignité* des individus. Kant le suppose lui-même en proposant cette maxime complémentaire : « *Agis toujours de manière à traiter l'humanité aussi bien dans ta personne que dans celle des autres, comme une fin et jamais comme un simple moyen* ». L'instrumentalisation d'autrui, le traiter comme une chose et non comme une personne, est assurément injuste car il est théoriquement impossible de l'universaliser. Plus largement, l'exigence de dignité est celle qui porte l'ensemble des droits fondamentaux, spécialement ceux que consacrent la Déclaration de 1789 et la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'homme.

Les fondements du droit ne puisent pas tous dans la pensée de Kant. Celle-ci offre cependant une grille de lecture convaincante pour rendre compte de la réflexion des juristes sur les fondements du droit positif. Elle nous permette de poser deux repères :

- Tout d'abord, le droit s'adosse à un idéal de justice, expression d'une raison formelle et universelle ;
- Ensuite, l'exigence de justice ainsi comprise conduit à promouvoir un double impératif de sociabilité et de dignité.

Cette analyse des fondements du droit permet de mieux comprendre quel rapport le droit entretient avec les faits sociaux qui, comme lui, pèsent sur les individus : les mœurs, la religion et la morale. Le point essentiel est que fondé sur la raison, le droit n'offre à aucun d'entre eux la légitimité d'un fondement. **Les mœurs (1°)** ne sont que des comportements et il leur manque l'idéalisme que requiert une œuvre de justice. **La religion (2°)** tutoie les idéaux, mais par conviction plutôt que par raison. **La morale (3°)** raisonne, mais elle exige toujours trop et rate le coche de l'universalité. Maintenant, rien n'interdit au droit de faire une place à ces compagnons de route. Les mœurs, la morale et la religion n'ont pas que du mauvais, elles créent du lien social et tiennent la dignité pour quelque chose. **Elles peuvent donc nourrir la raison juridique, elles l'alimentent sans jamais s'y substituer.**

1°) Les mœurs

22.- Qu'est-ce que les mœurs ?

Il n'est pas simple de définir les mœurs, spécialement s'il s'agit de les distinguer de la morale (v. par ex. sur cette question, G. Gurvitch, *Problèmes de la sociologie de la vie morale*, in *Traité de sociologie*, p. 975 et s., rééd. PUF coll. Quadrige 2007). On peut retenir que les mœurs sont *des comportements spontanés que leurs auteurs dotent implicitement d'une utilité sociale*. Elles ont un caractère contraignant en ce sens qu'à les suivre spontanément, on s'indigne volontiers de leur absence de suivi. Elles sont sans valeur morale en ce sens qu'à bien y réfléchir, leur relativité est admise. Elles ne se déduisent pas d'un idéal, mais d'une commodité commune. Les mœurs se construisent sur l'opposition du normal et du pathologique et non sur celle du bien et du mal.

Les mœurs vestimentaires illustrent bien cette compréhension minimaliste de la notion. Spontanément, chacun s'habille quand il sort de chez lui, même quand il fait très chaud. Tout un chacun comprend d'ailleurs qu'une personne qui expose sa nudité en public soit invitée (fermement) à mettre un terme à cette exposition. Les supporters avinés qui ont traversé un terrain de foot « toutes faces visibles » savent quelque chose de la fermeté de l'invitation, spécialement lorsqu'elle est distribuée par les vigiles du club. Quoi qu'il en soit, la nudité n'est pas une immoralité, elle est, entre autre, un sujet esthétique et même une pratique quotidienne dans les camps de nudistes. Simplement, tout le monde ne se voit pas tous nus dans la rue. La gêne de la majorité rend inconcevable la généralisation de cette pratique. Il est donc socialement utile que chacun s'habille.

L'exemple de la nudité révèle deux choses :

- La première est que la cloison entre les mœurs et la morale, voire la religion, n'est pas parfaitement étanche ; même s'ils ne sont pas la majorité, d'aucuns mettront de la valeur et pas seulement de l'utilité dans l'interdit de la nudité ; de la décence, pour les uns, de la sacralité pour d'autres ; il reste que la convergence des comportements se déduit en pratique du plus petit dénominateur de la conviction commune, qu'en société, l'habillement est préférable à la nudité ;
- La seconde est que le droit ne se désintéresse pas des mœurs ; le nudiste prié d'aller se rhabiller doit savoir qu'aux termes de l'article 222-32 du code pénal « *l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public* » est un délit potentiellement sanctionné d'une peine d'un an d'emprisonnement ; l'exhibition sexuelle au sens de ce texte, c'est néanmoins un peu plus que le port du « plus simple appareil » et la norme juridique n'est donc pas le décalque d'une norme sociale déduite de l'observation des mœurs ; la militante Femen « *qui a volontairement dénudé sa poitrine dans une église qu'elle savait accessible aux regards du public* » s'est ainsi rendue coupable du délit d'exhibition sexuelle (Cass. crim. 9 janvier 2019, Pourvoi n°17-81.618, P.), mais tel n'est pas le cas de l'élégant personnage qui « *a fait un geste obscène en direction d'une des personnes présentes en prenant son sexe entre ses mains à travers son short* » (Cass. crim. 4 janvier 2006, Pourvoi n° 05-80.960, P) ; comprenne qui pourra, sauf à retenir qu'entre le droit et les mœurs il y a, *a minima*, l'épaisseur d'un short et l'opacité d'un tissu...

23.- La liberté des mœurs

En principe, le droit laisse *les mœurs* au niveau qui est le leur. La norme sociale n'a pas le rang de norme juridique. On peut s'indigner des mœurs sexuelles d'une personne connue du grand public pour prétendre à d'éminentes responsabilités, on peut souhaiter qu'elle n'ait pas l'avenir espéré et même voter contre ceux qui en connaissance de cause, en ont fait leur homme, mais en droit, on ne peut rien. La déviance n'est pas une délinquance et tout autre choix du législateur serait à la fois injuste et inutile.

- Il serait injuste d'élever les mœurs au niveau d'une règle juridiquement contraignante dès lors que le comportement de chacun relève d'un principe de liberté. L'article. 4 de la

Déclaration de 1789 énonce que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et cette liberté serait théorique s'il fallait supporter les seuls comportements qui ne heurtent personne. Le droit n'est pas le vecteur d'un « contrôle social » et s'il le devient, comme dans d'autres régions du monde, il n'est plus le droit d'un Etat démocratique, garant des libertés fondamentales.

- Il serait de surcroît inutile que le droit prête main forte aux mœurs. Intuitivement, la solution inverse se pourrait concevoir. Après tout, les mœurs sont socialement utiles et la cohésion sociale n'est pas indifférente au droit. Il serait donc naturel qu'en vue d'atteindre cet objectif, le droit prenne appui sur le donné sociologique que constituent les mœurs. Sauf que dans une société démocratisée de longue date, dont les membres s'accommodent avec tolérance de la diversité des mœurs, une telle stratégie, en premier lieu liberticide (v. *supra*), serait de surcroît contreproductive. Si les mœurs varient d'une communauté l'autre, au point de s'opposer, leur consécration juridique suppose une sélection préalable ; la division est inéluctable. Qui plus est, s'il est des mœurs communes, la sanction sociale est souvent plus efficace que ne le serait la sanction juridique. Cette dernière est assez lourde à mettre en œuvre, notamment parce qu'en principe et préalablement (et c'est heureux), il faut que justice passe. La sanction sociale opère mécaniquement. Le résultat est parfois sévère, spécialement dans une société médiatisée, mais au moins est-ce efficace.

Un mot de plus sur la sanction sociale des mœurs. Quelle est-elle ? Une désapprobation ayant pour effet, au moins temporairement, une forme d'ostracisme. Par exemple, la personne dont les mœurs sexuelles font la une des journaux est automatiquement placardisée. Sa mise à l'écart la prive durablement d'une sociabilité ouverte. La peine n'a pas de caractère juridique, mais la sanction pèse. Cette mécanique fonctionne aussi bien dans les sociétés archaïques dont l'ordonnement repose principalement sur le respect de la tradition que sur les « réseaux sociaux » les plus modernes. Sans elle d'ailleurs, les réseaux par lesquels prospère le commerce en ligne ne pourraient fonctionner. C'est une illusion de penser que l'acheteur (ou le locataire) insatisfait fera procès à son vendeur, alors que le premier habite en France et le second en Australie. La sanction juridique est de fait inexistante. Pour autant, sauf l'hypothèse marginale de la malhonnêteté, il n'est pas de l'intérêt du vendeur australien de mal servir son acheteur français (et réciproquement). Tout simplement parce que le passage par le réseau marque l'entrée dans une communauté d'individus soudée par la seule réputation. Que l'un d'entre eux déroge aux procès implicitement convenus, sa réputation est faite et son exclusion immédiatement amorcée. Le dispositif fonctionne sur le même modèle que les mœurs. Le respect conditionne l'appartenance.

24.- L'effacement des « *bonnes mœurs* ».

C'est donc par exception que, de temps à autre, les mœurs font une percée dans l'univers juridique. Elles le font sous une dénomination précise, celle de « *bonnes mœurs* ». L'article 6 du Code civil indique ainsi qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Concrètement, cela signifie que les juges disposent d'une marge d'appréciation pour identifier des comportements relevant des mœurs susceptibles d'être élevés au rang d'une norme juridique et même d'une règle impérative (v. *supra* n°18). L'expression « *bonne mœurs* » figure dans le texte d'origine du Code civil (qui date de 1804). Elle sent bon la lavande, voire la naphthaline et semble faire référence, au moins en première lecture, à un résidu de pudibonderies dont le XIXème siècle avait le secret. C'était au temps où Madame Bovary comme Les Fleurs du mal heurtaient la morale publique. Aujourd'hui, qu'en est-il alors que plus personne n'oserait le ridicule de réclamer l'interdiction de ces vers sublimes :

*Et son bras et sa jambe, et sa cuisse et ses reins,
Polis comme de l'huile, onduleux comme un cygne,
Passaient devant mes yeux clairvoyants et sereins ;
Et son ventre et ses seins, ces grappes de ma vigne,
S'avançaient, plus câlins que les Anges du mal,
Pour troubler le repos où mon âme était mise,
Et pour la déranger du rocher de cristal
Où, calme et solitaire, elle s'était assise.*

Il faut prendre garde aux limites de la raillerie. Il est au XIX^{ème} siècle des éditeurs qui poussent cette littérature alors d'avant-garde. Simplement, l'état de la société est tel que certains comportements blessent le plus grand nombre. La référence aux « bonnes mœurs » n'est sans doute pas exempte de moralisme, mais elle doit être prioritairement comprise comme un standard permettant au juge d'interdire les comportements qui bousculent par trop les mœurs les plus communément admises. Les « bonnes mœurs » sont ainsi les mœurs qu'il est bon de respecter aux fins de maintenir la cohésion sociale. Le droit s'en méfie, mais, pragmatisme oblige, il lui faut bien sacrifier de temps à autres aux nécessités du contrôle social.

Les esprits libres peuvent être rassurés, la notion de « bonnes mœurs » s'est considérablement asséchée avec le temps. Il est bien entendu qu'elle renvoie pour l'essentiel aux pratiques sexuelles et qu'au lendemain du Code civil, sont considérés comme contraires aux bonnes mœurs, tout ce qui évoque la sexualité, pour elle-même et en-dehors de sa fonction reproductive, et plus encore, tout ce qui permet ou valorise les pratiques autres que celles d'un couple hétérosexuel marié. Les ébats adultères de Madame Bovary n'ont donc pas leur place dans les salons bourgeois du XIX^{ème}. De cette sorte de camisole comportementale, il ne reste plus rien. Entre adultes consentants, nous admettons que tout est permis, ou presque. Qu'on en juge. C'est l'histoire de Jean, 95 ans, marié avec Simone depuis 62 ans et dont l'unique enfant issu de son mariage s'appelle Micheline. Jean est en pleine forme mais juge raisonnable, à 95 ans donc, de rédiger son testament. Ce qu'il fait en léguant sa fortune (la formule manque un peu de rigueur, mais elle est acceptable pour les besoins de l'exposé) à Muriel, 31 ans, sa maîtresse depuis 3 ans. A « *feel good story* » donc, puisqu'à 92 ans, Jean a rencontré Muriel, 28 ans, et ils sont tombés dans les bras l'un de l'autre. Soit, mais Muriel est plutôt « *cash* » et elle a fait savoir à Jean, c'est écrit, que « *"Pas d'argent, pas d'amour"* ». Jean veut de l' « amour » et Simone et Micheline, « ben tant pis ». On se doute qu'au décès de Jean, à 96 ans, Simone et Micheline font la tête et qu'elles comptent bien faire comprendre à Muriel que le règlement de la succession ne se fera pas suivant les usages d'une maison close. Micheline et Simone plaident donc que le testament de Jean est contraire aux bonnes mœurs et doit être annulé pour méconnaître les dispositions de l'article 6 du code civil. Elle font valoir, plutôt habilement, que si Jean était libre de ses inclinations, quel que fût son âge, il est contraire aux bonnes mœurs de léguer sa fortune aux seules fins de rémunérer des relations sexuelles adultères. On a beau se dire que tout est permis, quand même, on a du mal à tenir l'argumentaire de Simone et Micheline pour un ronchonnement de vieilles mégères. Le tribunal de grande instance, puis la cour d'appel de Paris leur donnent d'ailleurs raison en relevant que « *le testament (...) a été motivé par la crainte d'être abandonné par son amie, et qu'ainsi, le maintien de relations adultères immorales était la cause impulsive et déterminante du legs universel, dont la nullité doit dès lors être prononcée* ». La cour de cassation n'est pas de cet avis et juge sans trembler que « *que n'est pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère* » d'où il suit que les juges de première instance et d'appel ne pouvaient « *prononcer la nullité du legs universel, (aux motifs) que celui-ci, qui n'avait "vocation" qu'à rémunérer les faveurs de Mme X..., est ainsi contraire aux bonnes mœurs* » (Ass. Plén. 29 octobre 2004, Pourvoi n° 03-11.238). Muriel s'en sort bien, adieu les bonnes mœurs.

25.- L'apparition du « vivre ensemble »

Sous les cendres, il reste toujours un peu de braise et s'il n'y a plus le mot, au moins la chose demeure. L'utilité sociale de nos comportements n'a de fait pas disparu si bien que certains d'entre eux choquent et indignent lorsqu'ils portent ostensiblement la marque d'une dénégation d'un point de consensus. L'affaire du voile est à cet égard exemplaire et elle pose bien la question du rapport entre le droit et les mœurs. La question religieuse (v. *infra*) passe ici au second plan. Sans doute est-ce une compréhension des préceptes de l'Islam qui conduit certaines femmes à se voiler. Il n'en reste pas moins que même inspiré par une religion, le port du voile est une pratique qui s'apparente aux mœurs d'une communauté. Et s'il y a de nombreuses et inutiles polémiques en la matière, la réalité est que, le plus souvent, les femmes qui choisissent de se voiler le font assez naturellement et s'estiment généralement mieux intégrées de ce fait ; d'où

d'ailleurs une pratique parfois ambulatoire selon les lieux fréquentés (ex. : un femme enlève son voile lorsqu'elle arrive à son travail puis le remet lorsqu'elle le quitte).

Cette pratique ne fait pas que des heureux, c'est un fait. Le juriste n'est pas un professionnel de l'anathème et fuit cette forme d' « altérophobie » qui gagne les esprits lorsqu'un sujet difficile s'invite dans le débat public. Les opposants s'imputent réciproquement phobies et préjugés de sorte qu'aucune réflexion n'est plus possible. Le juriste s'impose le recul nécessaire au développement d'un point de vue suffisamment raisonné pour être largement acceptable. La vérité est que le port du voile est l'expression d'un rejet de la « jurisprudence Muriel ». Alors que cette dernière pousse à son paroxysme l'effacement des bonnes mœurs et se comprend comme l'admission commune que les mœurs sexuelles ont définitivement rejoint leur espace naturel de liberté, les femmes qui voilent leurs cheveux signifient de manière visible que tel n'est pas leur cas et qu'elles n'adhèrent pas au relativisme des valeurs. Les crispations autour du port du voile sont ainsi le révélateur de la cohabitation délicate de mœurs divergentes, spécialement lorsque ces dernières donnent lieu à démonstration.

Que faire ? Tout d'abord, admettre qu'une société sans heurts ni crispations n'existe pas et qu'ainsi, nos désaccords, exprimés avec conviction, sont le meilleur signe de sa vitalité. Ensuite et en droit qu'il faut par principe et encore plus en cas de divergence, admettre la liberté des mœurs. La difficulté naît cependant de l'affichage. Il se peut cependant qu'en certains lieux (par exemple, le lieu de travail ; v. Cass. soc. 22 novembre 2017, Pourvoi n°13-19.855, P. qui juge que : « l'employeur (...) peut prévoir dans le règlement intérieur de l'entreprise ou dans une note de service (...) une clause de neutralité interdisant le port visible de tout signe politique, philosophique ou religieux sur le lieu de travail, dès lors que cette clause générale et indifférenciée n'est appliquée qu'aux salariés se trouvant en contact avec les clients »), le caractère ostentatoire soit tel qu'il porte atteinte à la cohésion du groupe. C'est cette considération qui a conduit le législateur français, par une loi du 11 octobre 2010, à interdire le port du voile intégral dans l'espace public. La conformité de cette loi aux engagements internationaux de la France et tout spécialement son adhésion à la CEDH a été examinée par la Cour de Strasbourg. La Cour donne raison au gouvernement français mais l'analyse est nuancée et elle mérite lecture dans ses attendus les plus décisifs (CEDH 1^{er} juillet 2014, Req. 43835/11 : § 153) :

*« En (...) interdisant à chacun de revêtir dans l'espace public une tenue destinée à dissimuler son visage, l'État restreint d'une certaine façon le champ du pluralisme, dans la mesure où l'interdiction fait obstacle à ce que certaines femmes expriment leur personnalité et leurs convictions en portant le voile intégral en public. Il indique cependant de son côté qu'il s'agit pour lui de répondre à une pratique qu'il juge incompatible, dans la société française, avec les modalités de la communication sociale et, plus largement, du « **vivre ensemble** ». Dans cette perspective, l'État défendeur entend protéger une modalité d'interaction entre les individus, essentielle à ses yeux pour l'expression non seulement du pluralisme, mais aussi de la tolérance et de l'esprit d'ouverture, sans lesquels il n'y a pas de société démocratique (paragraphe 128 ci-dessus). Il apparaît ainsi que la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société. »*

La Cour de Strasbourg est souvent prise comme « tête-à-claques » pour, pardonnez le pléonasme, polémistes souverainistes. Admettons a minima que, même en plusieurs langues, elle sait tenir sa plume. Avec une délicatesse qui l'honore, la Cour dit que le choix vestimentaire de la Burqa, que le « pluralisme » des mœurs rendrait acceptable, peut néanmoins être contrarié dès lors qu'au sein de la société française, il heurte l'usage commun, cette manière si uniformément partagée de se présenter à autrui, le visage découvert. Les mœurs communes sont à cet égard et à ce point constitutives qu'elles ne peuvent s'accommoder d'une entorse aussi radicale. Quoi qu'il en soit, en consacrant la notion de « *vivre ensemble* », la Cour européenne donne un nouveau lustre à la notion de bonnes mœurs. Là où celles-ci condamnaient la nudité, celui-là ne s'arrange pas de l'opacité.

*

2°) La morale

26.- Qu'est-ce que la morale ?

Il est facile de confondre mœurs et morale. La confusion est naturelle en ce sens que quiconque est questionné sur un comportement qu'il juge normal est tenté de lui attribuer une valeur morale. Si quelque chose ne se fait pas, c'est en quelque sorte que ce n'est pas bien. Annuler un dîner à la dernière minute est une goujaterie, significative d'un manque de respect à l'égard de qui, désormais, pourra dévisager son assiette. Il y a donc une porosité entre mœurs et morale, cependant que son exposé en révèle la différence. Mœurs et morales peuvent porter sur le même objet, elles sont cependant significatives de deux états de conscience distincts. Les mœurs sont des comportements que la conscience n'interroge pas a priori. Au contraire, la morale est un dispositif de jugement habile à se porter sur les mœurs, sans doute, également sur d'autres formes d'actions, voire de simples pensées. Là où les mœurs se développent à l'aune des catégories du normal et du pathologique, c'est l'opposition du bien et du mal qui structure la pensée morale. La *morale* peut en conséquence se définir comme une *pensée de l'action bonne, appréciée à l'aune d'un idéal*.

La morale est aussi vieille que l'humanité. *L'Apologie de Socrate*, texte de Platon qu'on date en 399 av. J.-C., est une longue dissertation sur l'art de la vie bonne, sur ce qui l'améliore et la corrompt. L'histoire de la philosophie révèle d'ailleurs l'installation progressive et durable de la division du savoir entre connaissance et morale, raison pure et raison pratique. La pensée du bien se nourrit de la *conscience d'autrui*. En communauté, il nous faut mesurer que nos actions, même nos paroles, ne sont pas sans incidence sur autrui. Que quelqu'un bouge et l'ensemble branle. L'observation ne condamne pas à l'immobilité, étant précisé que celui qui part à la cueillette du muguet ne dérange pas grand monde, qu'en conséquence, sauf chez les donneurs de leçons, l'empire de la morale a des frontières au tracé incertain. Il reste que, là où la présence d'autrui s'impose à nous, *l'action morale est celle qui intègre l'intérêt d'autrui*. Celui qui agit dans son unique intérêt n'a pas de sens moral. Dans les scènes de la vie ordinaire, celles d'hier et d'aujourd'hui, c'est le « Thénardier » ou le « loup de Wall-Street », le braillard ès « lieux publics », le délateur anonyme, le casseur masqué, etc. Le jugement est presque unanime pour admettre le faible sens moral de ses individus, uniquement centrés sur leurs avoirs, leur nombril, leurs haines et leurs colères. D'ailleurs, lorsque quelqu'un rend un service à autrui, comportement a priori caractéristique d'un sens moral, celui qui veut dégrader la valeur morale de ce comportement dit que son auteur a voulu se donner bonne conscience. On suppose ainsi qu'il a agi dans son propre intérêt plus que dans l'intérêt d'autrui, qu'en conséquence, son comportement n'a pas de valeur morale. Soit dit en passant, cette critique est assez mal venue, elle est purement négative alors qu'objectivement, l'action critiquée a des effets positifs.

Telle est la morale, au moins, telle que les juristes la considèrent.

27.- La morale est en droit, partout et nulle part.

La morale est partout en ce sens que le droit, qui pose les normes permettant aux hommes de vivre en société, se constitue nécessairement en considération d'une conscience morale. *Ubi societas ibi jus* (là où il y a une société, il y a du droit) énonce une maxime romaine de sorte qu'à coup sûr, l'altérité est la raison d'être du phénomène juridique. Les philosophes qui écrivent sur le droit œuvrent en préalable sur la question morale. Kant publie *Les Fondements de la métaphysique des mœurs* (1785) avant de livrer sa *Doctrine du droit* (1797). Plus près de nous, Ripert, grand juriste, a écrit un ouvrage intitulé *La règle morale dans les obligations civiles* (1^{ère} éd. LGDJ 1949, rééd. en 2013) dont l'objet est de mettre en évidence le poids de la morale sur le contenu des règles de droit. D'ailleurs qu'y a-t-il de plus moral que l'affirmation du respect de la parole donnée, dont l'article 1103 du code civil se fait l'écho ? Ou encore du principe de la responsabilité pour faute que consacre l'article 1240 du même code ? La dimension morale du droit est encore illustrée, par l'article 1104 qui dispose : « *les contrats doivent être négociés,*

formés et exécutés de bonne foi », par l'article 371 qui énonce : « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ». La liste est encore longue. En tout cas, les références à la bonne foi, l'honneur, le respect, la fiabilité, l'esprit de responsabilité, sont significatives de ce que les mots et les maximes de la pensée morale trouvent bon accueil en droit. En droit, la morale est partout. Certains peuvent écrire, sans trop se tromper d'ailleurs, que *le droit est une morale officielle* en ce sens qu'il est un ensemble de préceptes issus d'une conscience morale partagée qu'après sélection, la puissance publique officialise en lui donnant force de loi. Les normes morales qui prennent place dans notre droit sont le produit d'une histoire et d'une culture et il est certain que le droit d'un Etat reflète la morale commune d'un peuple. Durkeim, l'un des maîtres de la sociologie, fait ainsi souvent référence au contenu des règles de droit, pour illustrer ce qu'il lui semble constituer le tréfonds moral d'une société (Ainsi précise-t-il sa méthode lorsqu'il étudie les solidarités, considérées comme un phénomène moral : « *Notre méthode est donc toute tracée. Puisque le droit reproduit les formes principales de la solidarité sociale, nous n'avons qu'à classer les différentes espèces de droit pour chercher ensuite quelles sont les différentes espèces de solidarité sociale qui y correspondent* », *De la division du travail social*, 1^{ère} éd. 1893, rééd PUF, coll. Quadrige, p. 32 ; v. également. *Les Leçons de sociologie, physique des mœurs et du droit*, 1^{ère} pub. posth. 1950, Rééd. PUF coll. Quadrige).

Cette première analyse des rapports entre droit et morale appelle trois observations d'inégale importance.

La première est que cette analyse est sans doute un peu courte. La morale travaille essentiellement sur le « devoir-être » et détermine ce qu'il est bon de faire ou de ne pas faire. Le droit voit les choses en plus grand et n'en déplaie, le juriste est plus ambitieux que le moraliste. Les normes juridiques n'énoncent pas seulement des prescriptions, elles portent des déclarations et s'inquiètent de qui nous sommes (filiation, nationalité, par ex.). L'« être » l'intéresse autant que le « devoir-être ». L'homme en société constitue sa matière première qu'il soit au repos ou en action. En droit, un bébé qui dort 18 heures par jour compte autant qu'un PDG qui sommeille 6 heures par nuit. Dit de manière plus savante, *le droit porte une anthropologie, c'est-à-dire une vision globale de l'être humain, ce qu'il est, comme ce qu'il fait*.

La seconde est que *la proximité du droit de la morale interdit néanmoins leur confusion*. La règle morale passe en droit à la condition d'avoir été retenue par les processus de fabrication de la norme juridique. La voie royale est son adoption sous forme de loi par le Parlement composé d'élus de la nation. Un itinéraire bis passe par les couloirs et les salles d'audience du Palais de justice. La Cour de cassation consacre ainsi le « *principe de l'enrichissement sans cause* » qui, à certaines conditions, admet un remboursement « *dans le cas ou le patrimoine d'une personne se trouve, sans cause légitime, enrichi au détriment de celui d'une autre personne* » (Cass. civ. 3^{ème} 2 décembre 1975, Pourvoi n° 74-13.104, Bull. civ. III n° 351). La justification de ce principe est essentiellement morale : il n'y a pas d'effet d'aubaine s'il en résulte l'appauvrissement d'autrui. Trop d'individus prennent part au débat public dans l'ignorance de la distinction, pourtant salvatrice, entre droit et morale. Les discussions et les querelles sont souvent l'occasion d'un choc des consciences. Il est normal que les raisons s'affrontent. Mais lorsque vient le temps du jugement, le droit reste l'unique boussole. Ce qui a conduit de courageux juges lillois à retenir qu'un libertin sans tabou ni scrupule n'est pas pour autant coupable de proxénétisme.

La troisième observation prolonge la seconde et d'entre les trois, elle est la plus décisive. De manière provocatrice, on serait tenter de dire que, par principe, le juriste déteste la morale. Il abhorre les moralistes qui célèbrent les vertus dans le seul but de traquer les vices et qui, en quelque sorte, instrumentalise le bien pour s'autoriser le mal. Il y a du vrai dans ce ressenti. Sans esprit de polémique, il faut retenir qu'*en droit, la morale est un fait*, rien de plus. Les normes morales intègrent la sphère juridique parce qu'elles sont suffisamment partagées au sein du corps social et non pour ce qu'elles valent au regard de l'hypothétique idéal dont elles sont déduites. C'est l'efficacité sociale de la norme plus que sa valeur morale qui lui permet de passer le cap et d'entrer dans le monde du droit. Ainsi celui-ci n'est-il pas adossé à un système

philosophique porteur d'une morale dont les préceptes se déduiraient logiquement et par l'unique effort de la raison. Historiquement et en Occident, seule la philosophie marxiste est parvenue à imposer un système juridique. Les vieilles démocraties se sont accommodées de revendications ayant puisé aux sources de la pensée socialiste, mais elles n'ont jamais opéré de conversion. La raison première est que le marxisme exprime une morale du bien alors que le droit se satisfait, ou plutôt s'honore, d'une morale du « mieux ». Chaque société porte un consensus moral, composite de principes et de maximes, qu'il y a lieu de clarifier et d'améliorer. Tel est l'office d'un droit respectueux des héritages. Il n'entre pas dans son objet d'adosser de manière systématique l'ensemble de ses dispositifs sur une conception du bien, que ce soit le partage égalitaire des richesses ou l'absolu respect de la nature. On peut dire les choses autrement et peut-être plus simplement : le droit n'est pas la mise en œuvre d'un idéal de justice dont la valeur morale serait philosophiquement démontrée ; par prudence, il fait en l'état de ce que l'histoire lui livre et s'inquiète du mieux, à défaut du bien. La morale du juriste est en quelque sorte de ne pas en avoir. Comme l'écrit Portalis, au demeurant fortement inspiré par l'esprit de modération de Montesquieu (philosophe, mais d'abord juriste), dans le déjà cité discours préliminaire :

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux »

28.- De la morale à l'éthique

Les bonnes mœurs disparues, le « vivre-ensemble » s'y est substitué. La morale semble connaître la même loi de substitution avec l'apparition de l'éthique. Alors que les rapports entre morale et droit semblaient stabilisés, ils sont de nouveau entrés dans une phase plus tourmentée à partir des années 1980. En 1982, un biologiste français, Jacques Testart réussissait la première fécondation in vitro (« bébé éprouvette ») et apportait ainsi une solution thérapeutique à des femmes souffrant de stérilité. La prouesse reçut grand accueil. Quelques années plus tard, ce même biologiste s'inquiétait cependant du rythme des découvertes et s'interrogeait publiquement sur le point de savoir si ce qui est scientifiquement possible est moralement souhaitable. Ce biologiste a ainsi été doublement précurseur, par ses découvertes et ses incertitudes. Ces dernières ont été largement relayées et elles ont donné lieu d'abord à la création d'une instance chargée de réfléchir sur cette question puis, essentiellement à partir de 1994, à une série de lois destinées à contenir juridiquement les pratiques rendues réalisables du fait des avancées scientifiques. Cette instance s'appelle le Comité Consultatif National d'Éthique (CCNE) et les lois sont présentées comme ayant pour objet la bioéthique. En juin 2018, le CCNE concluait les Etats généraux sur la bioéthique par la publication d'un volumineux rapport de synthèse (disponible en ligne) abordant les thèmes suivants : *« Recherches sur l'embryon et les cellules souches embryonnaires, Examens génétiques et médecine génomique, Dons et transplantations d'organes, Neurosciences, Données de santé, Intelligence artificielle et robotisation, Santé et environnement, Procréation et société, Accompagnement de la fin de vie »*. La simple lecture de cet inventaire laisse deviner que les sujets abordés sont propices à l'échange de convictions divergentes.

Ces sujets sont abordés à l'occasion d'un cours, généralement appelé « droit des personnes », et ils donnent même lieu à des formations spécifiques dispensées en 5^{ème} année d'études (Master). Le débutant aimerait sans doute qu'on en parle un peu plus, mais désolé, avant de jouer du Mozart, il faut faire ses gammes. Pour autant, une question mérite d'être posée sans attendre : le

terme éthique désigne-t-il la même chose que la morale ou vise-t-il une norme sociale d'un nouveau genre ? La réponse est difficile.

Elle reste relativement simple tant que le terme éthique est utilisé dans des domaines autres que celui de la bioéthique. Il est devenu courant d'évoquer l'éthique professionnelle ou encore l'éthique des affaires. La première est généralement le fait de professions clairement identifiées, généralement des professions libérales, médecins ou avocats, par exemple. L'éthique procède alors d'une réflexion au sein des instances représentatives de ces professions dans le but d'adopter les comportements conformes à ce qui en constituent la légitimité et l'utilité. L'éthique des affaires a une portée plus générale et concerne toutes les entreprises, qu'elles fabriquent des armes ou commercialisent des légumes frais. Elle se déduit d'une prise de conscience qu'une activité économique ne peut raisonnablement se concentrer sur la seule réalisation de son objet. En quelque sorte, la fin ne justifie pas les moyens et il convient de doter les agents d'une conduite responsable, pour les salariés, pour l'environnement, pour les consommateurs, etc. Ces différentes formes d'éthique sont l'expression d'une conscience morale du fait que toute activité engage autrui et qu'il y a lieu de tenir compte de cette altérité. Elles conduisent à la mise en forme de recommandations, sous forme de codes de bonne conduite, de chartes d'éthique ou, plus contraignant, de règles déontologiques. Ces textes abondent la catégorie du droit mou, lequel, on le sait (*supra* n°16), a tendance à durcir au contact des réalités judiciaires. Il en va cependant de ces normes éthiques comme des règles morales. Elles n'accèdent au rang de norme juridique qu'après sélection et consécration par une instance, le juge ou le législateur, par exemple, seule habilitée à dire le droit. Le propos est à nuancer toutefois pour les règles déontologiques qui ont un effet propre, avant même toute intervention extérieure d'une autorité étatique. Ainsi autorisent-elles le prononcé de sanctions disciplinaires par les instances gardiennes de la déontologie de telle ou telle profession. En clair, un avocat qui se met gravement en contravention avec sa déontologie peut être radié du barreau et se trouve ainsi privé du droit d'exercer sa profession.

Lorsque le terme éthique est employé pour rendre compte des réflexions inspirées par les progrès de la science, il est douteux de n'y voir rien de plus qu'une morale repeinte aux couleurs du monde moderne. C'est que la bioéthique est à la fois plus modeste et plus ambitieuse que la morale. Plus modeste en ce sens qu'elle ne dérive pas d'une conception a priori du bien, mais plutôt d'une perception que, dans le plein exercice de nos capacités, spécialement de notre intelligence, nous pourrions faire mal. Le biologiste qui réussit le clonage d'une espèce a peut-être l'espoir d'en préserver l'intégrité. Il sait dans le même temps qu'en d'autres mains, le clonage pourrait concerner l'espèce humaine avec pour ambition de l'asservir bien plus que de la protéger. D'ailleurs, s'il a encore la tête sur les épaules, il doit lui-même se demander s'il fait bien de multiplier à l'identique, moutons, chauves-souris, belettes ou doryphores... Mais bon, perché dans son labo, le scientifique ne sait parfois plus trop où il en est. L'éthique se présente ainsi comme une morale du moindre mal et, en ce sens, elle vise moins haut que les grandes philosophies morales issues des siècles passés. Dans le même temps, elle ambitionne de balayer plus large en ce que l'interrogation qu'elle s'efforce de traiter porte sur l'être humain considéré en lui-même et pas seulement dans son rapport à autrui. L'exemple de la gestation pour autrui (GPA) permet de comprendre la différence de point de vue entre l'éthique et la morale. Cette dernière insistera sur l'intérêt de l'enfant et sur celui de la femme sollicitée aux fins de le porter. Elle envisagera l'hypothèse d'une relégation de ces intérêts et questionnera sur ce point le projet parental du couple ou de la personne seule souhaitant recourir à cette technique. En quoi, conforme à ce qu'elle est, la morale aborde le sujet sous l'angle de la conscience des intérêts d'autrui et confronte le désir d'enfant à l'intérêt de ce dernier ainsi qu'à celui de la mère porteuse. L'éthique n'est pas insensible à ces problèmes moraux, mais elle prospère sur leurs errements. Après tout, qui est capable d'une sentence définitive sur l'appréciation des intérêts en présence ? Ne vaut-il pas mieux qu'un enfant soit élevé par un couple homosexuel parfaitement intégré dans une société libérale et démocratique plutôt qu'au sein d'une famille ayant pour socle un couple hétérosexuel évoluant dans un pays exsangue aux destinées

politiques incertaines ? Implicitement, l'éthique tient la morale pour une impasse. Les questions posées demeurent sans réponse certaine, sauf à prendre franchement appui sur des convictions personnelles. La morale produit ainsi de la divergence alors qu'un consensus existe sur la nécessité d'une réflexion. Il faut donc aller plus loin, ce que l'éthique est censée permettre en substituant au thème de la conscience d'autrui, celui de la *dignité de l'homme*. Cette expression est moins nébuleuse qu'il n'y paraît. Etre digne, dans le langage courant, c'est se maintenir alors que tout concourt à l'effondrement ou à la fuite ; ainsi dit-on d'un candidat malheureux à une élection qu'il s'est montré digne pour n'avoir pas fui micros et caméras, pour avoir sobrement commenté sa défaite et sincèrement souhaité la réussite du vainqueur. La dignité consiste ainsi dans la préservation de son identité malgré l'hostilité du contexte. S'inquiéter de la dignité de l'homme revient à se demander si l'humain n'est pas une menace pour sa propre identité. Le trait distinctif de l'espèce humaine réside dans la liberté, comprise comme la capacité d'action dont est dépositaire chacun de ses représentants et dont les limites sont à ce jour inconnues. Pour dire les choses simplement, un homme ne courra jamais aussi vite qu'un léopard, mais aucun léopard n'a jamais construit de voiture. Naturellement, l'homme peut souvent moins que les espèces qui l'entourent. Mais tout aussi naturellement, en mobilisant ses propres ressources, l'humain sait se doter des outils qui lui permettent de faire mieux. Mais l'homme est tellement capable qu'il est capable de tout, par exemple détruire le lieu même de son existence (quelques armes de destruction massive suffisent), ou encore produire des clones, des êtres à son image mais probablement sous son contrôle. En un mot, l'homme libre est capable d'anéantir les conditions comme le principe même de sa liberté. L'éthique propose ainsi de traiter des avancées du monde moderne sous l'angle des menaces que celles-ci font peser sur la possibilité même d'un avenir. *Là où la morale considérait la sociabilité de l'homme, l'éthique se focalise sur sa dignité.*

De ce point de vue, le rapport entre l'éthique et le droit sont bien différents de ceux qu'entretient ce dernier avec la morale. Le droit prend acte d'une conscience morale partagée et reçoit, en les structurant et en les précisant, les préceptes les plus communément admis. Il est moral de respecter sa parole, ce dont le droit déduit que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait. La morale est en quelque sorte le passé d'un droit qui, en la réceptionnant avec prudence lui confère un avenir raisonné. Au contraire, l'éthique se présente aux juristes comme un avenir du droit en ce sens qu'elle propose une boussole théorique pour écrire les règles nécessaires à la maîtrise du progrès. *Dans le processus de fabrication de la norme juridique, la morale n'a pas de place alors que l'éthique est identifiée comme une notion mobilisable.* D'où le Comité Consultatif National d'Ethique, créé par le législateur et requis comme instance de réflexion et force de proposition dans l'élaboration de règles encore à écrire.

*

3°) La religion

29.- Religion, droit et politique.

La religion et le droit forment un couple infernal. Durkheim définit ainsi la religion : « *un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées, c'est-à-dire séparées, interdites, croyances et pratiques qui unissent en une même communauté morale, appelée Eglise, tous ceux qui y adhèrent* » (*Les formes élémentaires de la vie religieuse*, Paris, 1912, Rééd. PUF, coll. Quadrige, 1994, p. 65). La définition a sans doute un peu vieilli, mais elle met encore en évidence avec efficacité deux traits saillants du phénomène religieux : la séparation du profane, accessible à l'homme, et du sacré, qui lui est interdit ; la communauté des croyants, tous convaincus de cette séparation, dans son principe et son étendue. Durkheim propose cette définition en 1912. L'époque est « laïcarde ». La France a voté en 1905 la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat et Marx a déjà écrit que la religion, spécialement le christianisme, est l'opium du peuple. Le propos du sociologue semble ainsi dans l'air du temps en ce qu'il valide scientifiquement l'hypothèse d'un dépassement de la religion. L'heure est au rationalisme

universaliste et qui peut bien s'accommoder d'un « système solidaire de croyances » qui présente le double défaut de marquer les limites de la raison et de constituer l'humanité en petites communautés ? Alors que la République s'installe durablement en France, la religion fait figure de mauvaise relique, marquée du sceau de l'obscurantisme et de la division. La définition de Durkheim, au moins en première lecture, entretient le préjugé.

Mais en bon sociologue, Durkheim est soucieux d'y voir clair et ne prête pas attention à l'opinion commune (quand on veut se la jouer, on dit la « *doxâ* », terme qui nous vient du grec). Il constate ainsi « *que jusqu'à un moment relativement avancé de l'évolution, les règles de la morale et du droit ont été indistinctes des prescriptions rituelles* » (p. 598) et il ajoute « *si la religion a engendré tout ce qu'il y a d'essentiel dans la société, c'est que l'idée de la société est l'âme de la religion* » (p. 599). La « *preuve sociologique* » se trouve au chapitre VII (pp. 293-342) de l'ouvrage dans lequel Durkheim expose comment la religion se nourrit de l'« *effervescence du collectif* ». Les adolescents (ou quelques adultes qui manquent un peu de maturité) regrettent souvent que les autres les perçoivent autrement que ce qu'ils sont (ou croient être) réellement. Ce chagrin juvénile exprime l'ignorance d'une donnée élémentaire de la vie en société. Quand nous sommes en groupe, nous ne sommes plus tout-à-fait les mêmes que seuls dans notre canapé. Un grand timide en petit comité s'avère « grande gueule » lorsque la troupe s'agrandit. Un sale petit chef en entreprise est un papa gâteau sitôt rentré chez lui, etc. Ces transmutations tiennent au fait que la réunion des individus crée une dynamique propre qui, in fine, fait ressentir ses effets sur le psychisme de chacun d'entre eux. Pour Durkheim et au prix d'un raccourci qui frise le manque de rigueur, la religion n'est finalement que la mise en forme de l'élan collectif. D'où la distinction du profane et du sacré qui permet aux individus de symboliser la dualité que leur impose la vie en société ; d'où le caractère nécessairement collectif du phénomène religieux ; d'où un système de croyance qui tout en la transfigurant reproduit la société telle qu'elle est. Laissons le dernier mot à Durkheim : « *Loin donc que la religion ignore la société réelle et en fasse abstraction, elle en est l'image ; elle en reflète tous les aspects, même les plus vulgaires et les plus repoussants. Tout s'y retrouve et si, le plus souvent, on y voit le bien l'emporter sur le mal, la vie sur la mort, les puissances de lumière sur les puissances de ténèbres, c'est qu'il n'en est pas autrement dans la réalité. Car si le rapport entre ces forces contraires était renversé, la vie serait impossible ; or, en fait, elle se maintient et tend même à se développer* » (p. 601). Pour se laisser rasséréner par cette douce réalité, d'autant plus douce qu'elle est imaginée, l'usage est aujourd'hui de se rendre au cinéma plutôt que dans un lieu de culte. Ce n'est pas exactement la même démarche, mais sur quelqu'un qui croit peut-être, mais ne sait plus vraiment, une bonne série fait à peu près l'effet qu'une belle cérémonie produit sur un pèlerin radieux.

En tout état de cause, il n'est pas raisonnable de penser que les rapports entre le droit et la religion puissent se régler d'une seule manière et d'un trait de plume. Les deux phénomènes sont socialement structurants et ils ont l'un et l'autre en commun de produire de l'idéal, c'est-à-dire autre chose que du réel, à partir du même terreau. Au reste, tous les grands monothéismes s'appuient sur des dispositifs institutionnels en tous points comparables à ceux qu'on trouve en droit. Le catholicisme, l'islam et le judaïsme ont tous trois leur droit (droit canon, charria, torah), leurs clercs et leurs fidèles, leurs institutions et souvent leurs juges. Ils ne leur manquent que la contrainte étatique pour se substituer au droit. Il suffit d'ailleurs qu'un Etat accepte la tutelle d'une religion pour que celle-ci se substitue au droit. Sociologiquement et institutionnellement, les religions sont le plus sérieux concurrent du droit. Il faut donc *un choix politique* fort pour les tenir à distance et décider que l'idéal de justice qui porte le droit ne se déduit pas d'un « *système de croyances à des choses sacrées* ». En France et plus généralement en occident, le catholicisme a longtemps été le principal challenger d'un droit laïcisé. Aujourd'hui, l'Islam est la religion la plus pratiquée en France et ce phénomène inattendu renouvelle en partie les termes du débat. Il n'est ici pas nécessaire d'évoquer le judaïsme qui n'a jamais posé le moindre problème à l'Etat et à la société française ; au reste, c'est plutôt l'inverse qui s'est produit, car si la France a eu ses « Justes », c'est bien son Etat qui s'est temporairement rendu coauteur de leur persécution.

30.- Le Catholicisme.

Il faut bien garder en tête que l'ancrage du droit sur un idéal de justice issu de la philosophie des Lumières et construit rationnellement procède d'un choix politique et qu'à trop faiblir, l'Etat et la société se verraient aisément imposer un dogme de substitution, prêt à l'emploi et conçu à cette fin. Substituer la raison à la religion, ce qu'on appelle parfois le règlement du « problème théologico-politique » (v. P. Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Paris, Calman-Lévy 1987 ; Rééd. Fayard, coll. Pluriel 2012), n'a pas été une mince affaire. A l'égard du catholicisme, la substitution s'est faite en deux temps.

La première étape a consisté dans *la séparation du spirituel et du temporel*. Celle-ci s'est faite sans heurts considérables dans la mesure où la religion catholique pose elle-même le principe de cette séparation. Les Evangiles font dire à Jésus, interrogé sur la légitimité du paiement de l'impôt par les juifs à l'occupant romain : « *Rendez à César ce qui est à César et à Dieu ce qui est à Dieu* ». Il n'échappera pas au lecteur que ceux qui interrogent Jésus ont bien envie de le piéger : car s'il répond qu'il faut payer l'impôt, on le dépeindra en collaborateur de l'occupant tandis que s'il invite à ne pas payer, il sera vite dénoncé, à l'occupant romain bien sûr, comme un dangereux séditieux. Le Christ n'est pas une pomme et ne tombe pas dans le piège. A ces bienveillants interrogateurs, il dit en termes à peu près aimables que le billard à trois bandes des politiciens médiocres, très peu pour lui et qu'avec le salut de l'humanité, il a déjà beaucoup à faire. On a d'ailleurs écrit que, pour admettre cette séparation, le catholicisme était en fait la « *religion de la fin de la religion* » (v. M. Gauchet, *Le désenchantement du monde*, Gallimard 1985) ce qui veut dire que au moins en principe, l'Eglise ne s'occupe pas des choses de la Cité, cependant qu'elle conserve un magistère moral sur l'action des dirigeants. En réalité, cette posture prudente offre au catholicisme une place de premier choix. Explicitée en termes juridiques, elle lui donne de fait un monopole sur la définition des idéaux propres à servir de fondement au droit positif. Les résultats sont mitigés. Au temps des cathédrales succède les guerres de religion. Les Lumières font litière du monopole. L'ouvrage le plus emblématique de cette œuvre de déconstruction est certainement le *Traité sur la tolérance* que fait paraître Voltaire en 1763 aux fins d'obtenir, avec succès, la réhabilitation de la famille Calas, injustement accusée d'infanticide sur fond de préjugé antiprotestant. L'œuvre de Voltaire préfigure le « *J'accuse...* » d'Emile Zola, qui, près d'un siècle et demi plus tard, permettra de laver le colonel Dreyfus de l'accusation de haute trahison portée contre lui sur fond d'antisémitisme. Comme quoi les intellectuels servent à quelque chose. Comme quoi également, le droit doit se défaire d'un idéal qui puise à la même source, cette dernière d'autant plus dévastatrice qu'elle est pensée comme exclusive de toute autre.

Une deuxième étape est donc nécessaire pour *priver le dogme catholique de l'exclusivité de son magistère moral*. C'est l'œuvre de la III^{ème} République qui, dans un contexte souvent conflictuel, introduit dans notre droit positif une série de grandes lois de rupture qui consacrent, notamment :

- La laïcisation de l'enseignement en 1880, puis celle des hôpitaux en 1881,
- La loi autorisant le divorce en 1884,
- La séparation de l'Eglise et de l'Etat qui, en 1905, proclame sans doute le libre exercice des cultes, ce qui comprend surtout la liberté de ne pas les exercer, ce qui implique la neutralité de l'Etat et donc l'absence de subvention des cultes.

L'objectif n'a d'ailleurs pas été de substituer un catéchisme à un autre et d'imposer un culte de la raison au lieu et place des dogmes de l'Eglise. La raison du droit, son idéal de justice, conserve une nature formelle (v. *supra* n° 21) de telle sorte que le droit recueille les traditions et tente de les améliorer en recherchant la cohérence et la permanence. L'appel à la raison s'est sans doute traduit par la radicalisation de certains esprits : le plus terrible, Robespierre, le plus stupide, Homais (le pharmacien dans *Madame Bovary*). Bien compris, il est en réalité l'espérance d'une coexistence et d'un enrichissement des différentes cultures qui font les nations. Le catholicisme a sa part et il n'y a aucune raison de le laisser dans l'obscurité. Ainsi son influence est indéniable sur la constitution d'un droit social porteur de progrès. Simplement, il n'est qu'une partie d'un tout, au sein duquel bouillonnent bien d'autres aspirations, qu'elles soient littéraires,

esthétiques, voire plus matérialistes. L'Église a voix au chapitre et la morale qu'elle porte ne vaut pas moins qu'une autre. Simplement, elle ne vaut pas plus.

31.- L'Islam

Il existe auprès des services du Premier Ministre un « *Observatoire de la laïcité* », créé par un décret du 25 mars 2007. Il s'agit d'une Commission consultative dont le rôle est essentiellement d'éclairer les gouvernements successifs sur la conduite à tenir en cette matière. Chaque année, cette instance rédige un rapport dont l'objet est « *d'établir un bilan annuel sur le respect du principe de laïcité en France* ». Le texte privilégie la réflexion sur le principe plutôt que sur les cultes. Il n'empêche, lorsque l'un d'entre eux est mentionné, il s'agit du culte musulman. Ce qui n'a rien d'étonnant dès lors que l'observatoire a été créé précisément pour traiter des tensions que la présence de l'Islam crée au sein de la société française. Avec raison, le rapport paru en 2019 rappelle qu'eu égard au « *contexte qui persiste, fait à la fois d'inquiétude, d'émotion mais aussi de confusions entre ce qui relève de la laïcité et ce qui relève d'autres champs, dont le radicalisme violent et le terrorisme, il est plus indispensable que jamais de dresser l'état des lieux de la laïcité avec une grande rigueur d'analyse* ». Sur un sujet sensible, le rôle du juriste n'est pas de susciter la polémique « *afin que « la poussière ne soit pas cachée sous le tapis », mais sans jamais céder au « culte de l'anecdote* » (Rapport 2019, page 3). En fait, les rapports entre le droit et l'Islam sont assez simples. Comme religion, l'Islam vaut comme le Catholicisme, ni plus ni moins. Il s'ensuit que :

- Les préceptes moraux qui en découlent peuvent être versés dans le débat public sauf s'ils vont directement au rebours de l'idéal de justice qui porte notre droit positif ;
- Les pratiques religieuses, autrement dit les mœurs de la communauté musulmane, sont libres aussi longtemps qu'elles n'affectent pas le « vivre-ensemble ».

Sur le premier point, notre droit positif ne manque pas de fermeté. La Cour européenne des droits de l'homme a très clairement jugé que le choix politique de tenir la religion à l'écart de la définition de l'idéal de justice qui sous-tend le droit positif des États démocratiques n'est pas négociable. Dans un important arrêt du 13 février 2003 (*Aff. Refah Partisi c./ Turquie*, Req. n°41340/98), elle a ainsi admis l'interdiction d'un parti politique déterminé à imposer la charia, au besoin par la force, comme système de droit. Laissons parler la cour, qui dit les choses très clairement :

- § 86 : « *« La démocratie représente sans nul doute un élément fondamental de « l'ordre public européen » (...) Ceci ressort d'abord du préambule à la Convention, qui établit un lien très clair entre la Convention et la démocratie en déclarant que la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales reposent sur un régime politique véritablement démocratique d'une part, et sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme d'autre part (...). Le même préambule énonce ensuite que les États européens ont en commun un patrimoine d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit. La Cour a vu dans ce patrimoine commun les valeurs sous-jacentes à la Convention (...); à plusieurs reprises, elle a rappelé que celle-ci était destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique (...). La démocratie apparaît ainsi comme l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle. » ;*
- § 123 et 124 : « *Or la Cour partage l'analyse quant à l'incompatibilité de la charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention : (...) la Cour reconnaît que la charia, reflétant fidèlement les dogmes et les règles divines édictés par la religion, présente un caractère stable et invariable. Lui sont étrangers des principes tels que le pluralisme dans la participation politique ou l'évolution incessante des libertés publiques. La Cour relève que, lues conjointement, les déclarations en question qui contiennent des références explicites à l'instauration de la charia sont difficilement compatibles avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la*

Convention, comprise comme un tout. Il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'homme et de soutenir un régime fondé sur la charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses. (...) Selon la Cour, un parti politique dont l'action semble viser l'instauration de la charia dans un Etat partie à la Convention peut difficilement passer pour une association conforme à l'idéal démocratique sous-jacent à l'ensemble de la Convention. »

Sur le second point, le même arrêt (§ 92) rappelle en ces termes le principe de liberté des mœurs résultant d'une conviction religieuse, ainsi du reste que les limites au principe :

- « Si la liberté de religion relève d'abord du for intérieur, elle implique également celle de manifester sa religion individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi. L'article 9 énumère diverses formes que peut prendre la manifestation d'une religion ou conviction, à savoir le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites. Néanmoins, il ne protège pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction » ;
- « L'Etat peut limiter la liberté de manifester une religion, par exemple le port du foulard islamique, si l'usage de cette liberté nuit à l'objectif visé de protection des droits et libertés d'autrui, de l'ordre et de la sécurité publique ».

Depuis, ainsi qu'il a été dit, la cour a admis que l'ordre et la sécurité publique intègre également la notion de « vivre ensemble ». L'arrêt dit cependant autre chose : la liberté des mœurs religieuses doit s'exercer dans le respect « *des droits et libertés d'autrui* ». En droit, l'appartenance à une communauté ne doit jamais avoir pour effet de priver ses membres de la liberté de ne pas suivre les pratiques qui y ont cours. C'est un point sur lequel la vigilance est de mise.