

CHAPITRE I

Les définitions du droit

1. **L'étymologie du mot *droit*** exprime l'idée de règle. Ce mot a pour origine l'adjectif latin *directus*, qui signifie, au sens propre du terme, « être en ligne droite ». Seulement, ce terme était une métaphore, et son sens figuré évoquait déjà ce qui est conforme à la règle.

Malgré cette origine, le mot *droit* est défini autrement. On lui reconnaît deux sens principaux, à la fois antinomiques et complémentaires.

2. **Droit objectif.** Dans un premier sens, le mot *droit* désigne l'ensemble des règles juridiques qui régissent les hommes dans la vie en société, et dont la violation est sanctionnée par l'autorité publique (dans ce sens, le mot *Droit* est parfois orthographié avec un « D » majuscule). Certes, il aurait été plus simple d'énoncer que le droit est l'ensemble des lois. Seulement, ce raccourci est à éviter car le droit est composé d'autres sources que la loi, comme la coutume, les usages, voire la jurisprudence. Pour désigner cet ensemble de règles, on emploie les termes de *Droit objectif*. Le qualificatif *objectif* est maladroitement tiré du mot *objet*. Ce que l'on veut dire, c'est que le droit est défini par rapport à son objet qui consiste à élaborer des règles de vie sociale.

En principe, ces règles sont uniques pour tous les individus d'une même communauté :

- elles peuvent concerner une période. Ainsi l'Ancien Droit désigne-t-il le droit qui était applicable en France avant 1789. Le Droit intermédiaire désigne l'œuvre législative de la Révolution française. Le droit positif (du verbe *poser* = établir) désigne le droit actuellement en vigueur dans un pays ;
- ces règles de droit peuvent aussi concerner une matière ou une discipline, comme le droit civil, le droit du travail, le droit pénal ou le droit des assurances ;
- ces règles peuvent encore concerner un pays, voire un ensemble de pays. On parlera ainsi du droit français, du droit anglais ou du droit de l'union européenne.

3. **Grands systèmes de droit.** Ces règles peuvent encore concerner un système juridique. Dans cette occurrence, on évoquera le *système anglo-saxon*, dont relèvent les pays anglophones (Angleterre, États-Unis, Australie, certains pays africains, etc.).

C'est précisément à propos du droit anglais que l'on emploie les termes de *common law*. Cette expression désigne le droit commun à toute l'Angleterre, tel qu'il a été formulé par les juges des cours royales anglaises de Westminster, spécialement la Chambre des Lords, depuis le XIII^e siècle.

Ce système anglo-saxon s'oppose au *système romano-germanique* en partie influencé par le droit romain, vieux de plus de vingt siècles. Le droit romain avait été reçu en France, dans les pays latins (Italie, Espagne, Portugal, Amérique du Sud), ainsi qu'en Allemagne (depuis 1495, les juges devaient y statuer en principe selon le droit romain), et même au Japon et en Russie.

4. **Droits subjectifs.** Dans un deuxième sens, le mot *droit* désigne le pouvoir qui est reconnu à une personne déterminée sur une chose ou à l'encontre d'une autre personne (dans ce sens, le mot *droit* est souvent orthographié avec la lettre « d » minuscule). C'est dans ce sens que l'on dit familièrement : « J'ai le droit de... » Au siècle dernier, le juriste allemand Ihering (1818-1892) évoquait « un intérêt légitime juridiquement protégé ». Plus souvent, aujourd'hui, il est fait état d'une prérogative juridique individuelle :
- *prérogative*, parce que ce terme est synonyme de « pouvoir de l'individu » ;
 - *juridique*, parce que cette prérogative est garantie par l'État. En effet, le droit reconnu à une personne a pour corollaire l'obligation des autres personnes de le respecter, si besoin est, par la contrainte sociale, autrement dit par l'État qui dispose de la force publique ;
 - *individuelle*, parce que cette prérogative concerne un individu en particulier. Il s'agit d'une différence essentielle avec le droit objectif qui concerne toutes les personnes d'une même communauté. Dans la mesure où dans le langage juridique une personne déterminée, titulaire de prérogatives juridiques, est appelée « sujet de droit », les mots « droits subjectifs » sont retenus.

Ces droits subjectifs sont divers. Il peut s'agir d'un *droit réel*, c'est-à-dire un droit qu'une personne exerce directement sur une chose, comme un droit de propriété. Il peut encore s'agir d'un *droit personnel*. Ces termes désignent la prérogative juridique qu'exerce une personne à l'encontre d'une autre personne. L'exemple type est celui du contrat. Ainsi une banque, dans le cadre d'un contrat de prêt, est-elle en droit d'obtenir du client le remboursement du prêt consenti. Elle est donc titulaire d'un droit subjectif, qui répond, en l'espèce, à la définition du droit personnel.

5. **Relations entre le Droit objectif et les droits subjectifs.** Ils se nouent des relations étroites et complexes entre ces deux concepts.

D'abord, parce que c'est le Droit objectif qui garantit l'efficacité des droits subjectifs. Pour qu'une prérogative individuelle soit efficace, elle doit être garantie par l'État. Or, c'est l'État qui, en élaborant des règles générales, impose des devoirs et des obligations aux personnes vivant en société. Prenons l'exemple de l'article 1240 nouveau du Code civil (art. 1382 ancien), aux termes duquel : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. » Il s'agit d'une règle de conduite générale et impersonnelle, qui fixe les devoirs de tout un chacun en obligeant les fautifs à réparer leurs dommages.

Ensuite, parce que c'est le Droit objectif qui reconnaît à une personne une prérogative juridique, autrement dit un droit subjectif. En somme, le droit subjectif trouve son origine dans l'application de la règle générale à une situation particulière. Ainsi l'article 1240 du Code civil confère-t-il à la victime le droit d'être indemnisée. Le même texte définit donc, à la fois, les contraintes des individus, le Droit objectif, et les prérogatives juridiques individuelles, les droits subjectifs.

6. **Discussion.** Aucune de nos lois écrites n'utilise les concepts de Droit objectif et de droits subjectifs. Il s'agit de catégories juridiques créées par les théoriciens du droit. Comme le scientifique, le juriste crée des catégories pour ranger les éléments qu'il observe, en fonction des caractères communs qu'ils présentent. Toute règle juridique de vie sociale sera classée dans la catégorie du Droit objectif. Toute prérogative juridique individuelle dans celle des droits subjectifs. Or, si nul ne conteste l'existence et l'utilité de la catégorie du Droit objectif, il n'en est pas de même de celle des droits subjectifs. Certains auteurs ont relevé que le droit romain ignorait cette catégorie. Le mot *jus*, équivalent de notre mot *droit*, ne désignait que la création juridique objective. De plus, il peut sembler insensé d'envisager une même règle à la fois sous son aspect de relations sociales et sous son aspect de prérogatives conférées à un particulier donné. Il a encore été observé que la catégorie des droits subjectifs exprime une déviation due à l'égoïsme individuel, dans la mesure où elle incite à ne retenir de la règle de droit que les droits individuels qu'elle confère, débarrassés des devoirs et obligations qu'elle engendre.

Aujourd'hui, cette discussion s'est estompée. Elle relève désormais de la philosophie du droit. Quant au juriste pragmatique, il se satisfait de disposer d'une notion qui lui permet de saisir l'aspect de prérogatives individuelles dans les relations juridiques, et de déterminer le bénéficiaire de la protection judiciaire.

CHAPITRE II

Les caractères de la règle de droit

7. **Trilogie.** La règle de droit présente trois caractères essentiels. Elle est générale et abstraite. Elle est obligatoire. Elle comporte une sanction.

8. **Une règle générale et abstraite.** Cela signifie que la règle de droit s'applique à un ensemble de sujets, membres d'un même groupe social. Par exemple, telle règle s'applique à tous les français, telle autre à tous les salariés, telle autre aux personnes mariées ou pacées. *A contrario*, la règle de droit ne concerne pas une ou plusieurs personnes nommément désignées. En effet, la règle de droit est impersonnelle. Elle ne saurait donc se confondre avec une mesure individuelle, comme l'arrêté de nomination d'un fonctionnaire.

Prenons un exemple avec l'article 18 du Code civil selon lequel : « Est français l'enfant dont l'un des parents au moins est français. » Ce texte ne désigne personne en particulier : il gouverne tous les enfants dont l'un des parents est français.

9. **Une règle obligatoire.** Toute règle exprime un ordre. Le caractère obligatoire de la règle de droit s'apprécie non seulement à l'encontre des particuliers, mais encore de l'autorité publique. Il en résulte que les administrations sont tenues d'exercer leur action dans le cadre des attributions qui leur sont assignées par la loi. C'est ce que l'on appelle le principe de la légalité administrative.

10. **Techniques rédactionnelles.** Le caractère obligatoire de la règle de droit apparaît nettement, dès lors que la règle formule des prescriptions ou des interdictions.

- L'article 63 du Code civil formule une prescription, en ces termes : « Avant la célébration du mariage [...] l'officier de l'état civil [le maire] fera une publication par voie d'affiche apposée à la porte de la maison commune [la mairie]. » C'est ce que l'on appelle la publication des bans (du francisque *ban* : proclamer un ordre).
- L'article 346 du Code civil est un texte d'interdiction : « Nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. »
- D'autres fois, la loi est de nature permissive. Il n'en demeure pas moins que si une loi reconnaît divers droits à des individus, elle exprime, de manière indirecte, un ordre adressé à tout un chacun de respecter ces droits. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 9 du Code civil aux termes duquel : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. » *A fortiori*, ce texte est un commandement adressé à toutes les personnes de ne pas porter atteinte à la vie privée de leurs congénères.

11. **Une règle sanctionnée.** En principe, la règle de droit est assortie d'une sanction, au cas où elle serait transgressée. La sanction permet d'en garantir le respect. Toutefois, la sanction n'est pas mise en œuvre par les particuliers eux-mêmes. En effet, contrairement aux sociétés primitives, la justice privée est interdite. Seule l'autorité publique a le pouvoir d'imposer le respect de la règle de droit. Ainsi le propriétaire d'un appartement occupé par un squatter ne peut-il se faire justice lui-même en mettant de force l'occupant dehors!

12. **Typologie des sanctions.** Les sanctions sont diverses.

- En droit pénal, il s'agit généralement d'une peine pécuniaire, l'amende, et d'une peine privative de liberté, l'emprisonnement. Cependant, la peine peut être moins répressive, comme un travail d'intérêt général ou une assignation à résidence avec port de bracelet électronique.
- En droit civil, les sanctions sont d'un autre ordre. Très souvent, il s'agit de l'annulation de l'acte irrégulier. Par exemple, l'article 1142 du Code civil permet d'annuler un contrat qui a été conclu sous la menace de coups. Une autre sanction type du droit civil consiste en la réparation ou la compensation du dommage de la victime au moyen d'une somme d'argent, appelée « dommages et intérêts » (C. civ., art. 1217, 1231 et 1231-1 s.). Concrètement, lorsqu'une prestation prévue dans un contrat n'est pas exécutée ou mal exécutée, la partie au contrat, victime de cette situation [le créancier], réclamera des dommages et intérêts à son cocontractant [le débiteur].

13. **Exceptions au caractère coercitif de la règle de droit.** Parfois, la règle de droit ne comporte pas de sanctions.

Par exemple, une loi du 9 juin 1999 demande aux établissements scolaires de ne pas acquérir de fournitures fabriquées grâce à de la main-d'œuvre enfantine. Cette loi ne prévoit aucune sanction au cas où les établissements passeraient outre. Pour les uns, il s'agit d'une loi symbolique et incitatrice ; pour les autres, d'une loi hypocrite ou naïve. Toujours est-il que ces règles juridiques non sanctionnées rendent difficile leur distinction avec les règles morales et les obligations naturelles.

§1. Les règles morales

14. Dès lors qu'une règle de droit n'est pas sanctionnée, elle se rapproche des simples règles morales ou de bienséance. En effet, dans toutes les sociétés, il existe des impératifs moraux, religieux, sociaux ou politiques.

Certains ont été repris dans nos textes de lois. Par exemple, l'incrimination de l'homicide exprime le cinquième des dix Commandements de Dieu, appelés « Décalogue », transmis à Moïse sur le Sinaï : « Tu ne tueras pas. » Cependant, l'inspiration n'est pas directe, car ces commandements ne font que reprendre des principes fondamentaux immuables et universels de droit naturel, comme « vivre honnêtement » ou « ne pas nuire à autrui ».

D'autres règles morales ou religieuses restent étrangères à notre droit positif : par exemple, la bonté, la charité, la courtoisie, la ponctualité, la politesse ou le désintérêt.

§ 2. Les obligations naturelles

15. Les règles juridiques non sanctionnées peuvent encore être rapprochées des obligations naturelles qui sont créées par les tribunaux en dehors de tous textes de lois. Ces obligations naturelles présentent le caractère obligatoire des règles de droit. Cependant, contrairement à ces dernières, elles ne comportent pas de sanctions. Il en résulte que le créancier d'une telle obligation ne dispose d'aucune action en justice pour en obtenir l'exécution.
16. **Illustrations.** Un exemple est donné avec l'extinction d'une obligation par prescription, c'est-à-dire à la suite d'un certain temps. Si un créancier n'agit pas pendant une durée déterminée par la loi pour obtenir le paiement d'une dette, le débiteur est libéré de son obligation juridique ou civile (Req., 17 janv. 1938, *DP* 1940.1.57). Cependant, les tribunaux décident que cette obligation de paiement devient une obligation naturelle; la conscience exigeant que le débiteur rembourse sa dette même si elle est éteinte par prescription. En conséquence, si le débiteur paye volontairement sa dette après le délai de prescription, il ne peut exercer ultérieurement une action en répétition de l'indu (C. civ., art. 1302, al. 2). Plus simplement dit, il ne peut réclamer la restitution de la somme qu'il a versée, alors même qu'elle n'était plus due.

Plus récemment, il a été jugé que les enfants du *de cuius* qui s'engagent à répartir équitablement la succession de celui-ci à parts égales avec le fils volontairement écarté de l'héritage sont tenus d'une obligation naturelle, de sorte qu'ils doivent exécuter leur engagement (Civ. 1^{re}, 11 oct. 2017, n° 16-24533, F-P+B).

CHAPITRE III

Le fondement de la règle de droit

17. Le caractère obligatoire de la règle de droit invite à s'interroger sur les raisons pour lesquelles les personnes obéissent au droit. Il s'agit de la réflexion d'ordre philosophique du fondement du droit, qui porte essentiellement sur la question des rapports qu'entretiennent le droit et l'équité. Le produit de cette réflexion permet de porter un avis sur l'attitude de celui qui refuse d'appliquer une loi qu'il estime être injuste.

Plan. Nous présenterons, d'abord, les deux grands courants de pensée qui se sont affrontés tout au long de notre histoire. D'une part, le courant idéaliste qui s'accommode de la rébellion à l'encontre d'un droit injuste (Section I). D'autre part, le courant positiviste qui, n'ayant que faire de la quête d'un certain idéal, commande l'obéissance à la loi telle qu'elle est (Section II). Enfin, nous déterminerons l'attitude que doit suivre le juge lorsqu'il applique une loi supposée injuste (Section III).

Section I – Le courant idéaliste

18. **Droit naturel.** Ce courant regroupe une infinité d'écoles. Leur point commun est qu'il existerait, au-dessus du droit positif, un droit naturel constitué de lois et de principes immuables et universels. Bien entendu, ce droit naturel exprimerait l'idéal parfait de justice. Pour les maîtres de ces écoles, le droit positif doit tendre vers ce juste idéal. S'il est imprégné de cet idéal universel, il mérite obéissance. Dans le cas contraire, il peut ne pas être obéi.

La thèse est séduisante. Malheureusement, elle pêche par la difficulté de définir avec précision le contenu de ce droit naturel. Cependant, certains ont proposé des solutions pour le découvrir.

Observation de la nature. Aristote, un philosophe grec du IV^e s. av. J.-C., affirme que le droit naturel peut être découvert par l'observation de la nature. Il considère que l'univers repose sur un ordre et un équilibre idéal où se réalise l'harmonie de tout et de ses parties. Parmi ces règles, inscrites dans la nature des choses, figurent l'idéal de justice, la vérité, le bien et l'amitié. Aristote énonce alors que la loi juste est celle qui se conforme à cet ordre universel.

Par exemple, pour justifier la propriété privée, Aristote montre qu'elle constitue un facteur de paix sociale et qu'elle permet la constitution du lien social qui repose sur un principe supérieur de l'ordre de l'univers : l'amitié. En effet, celui qui est propriétaire peut donner ses biens pour aider ceux qui sont démunis, et ainsi participer à la paix sociale.

Révélation. Au Moyen Âge, la doctrine d'Aristote a été assimilée et, en quelque sorte, christianisée par saint-Thomas d'Aquin (1225-1274). Pour ce théologien catholique, l'idéal vers lequel doit tendre le droit positif est inscrit dans la loi de Dieu (*lex aeterna*). Cette loi divine, nécessairement parfaite et juste, peut être découverte de deux manières. Soit par l'observation de la nature, puisque la nature a été créée par Dieu. Soit par la Révélation, c'est-à-dire par l'étude des écritures saintes.

Il en est ainsi du Décalogue qui énumère les dix Commandements de Dieu. Par exemple, il est dit : « Tu honoreras tes père et mère. » Et, encore : « Tu ne tueras point. » On peut observer que notre droit positif n'est pas étranger à ces prescriptions, qui, il est vrai, se retrouvent pareillement dans d'autres religions ou en dehors de toute croyance religieuse. Par exemple, l'article 371 du Code civil dispose : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. » Ou encore nos lois pénales incriminent l'homicide.

19. **Rationalisme.** À partir du XVII^e siècle, ce courant idéaliste s'est laïcisé, sous l'influence de l'école du droit de la nature et des gens. Ses auteurs les plus importants sont le Néerlandais Hugo de Groot, dit Grotius (1583-1645), l'Allemand Pufendorf (1622-1694), et le Français Domat (1625-1696). Ils sont tous inspirés du système philosophique de Descartes. C'est pourquoi ils considèrent que l'idéal repose sur la raison. Aussi le droit naturel doit-il être cherché dans la seule nature humaine. Autrement dit, les règles du droit naturel doivent être déduites rationnellement de l'examen de la conscience de l'homme.

Illustration. L'homme est égoïste. Pour parvenir à ses fins, il a besoin de ses semblables. C'est la raison pour laquelle il vit en société. Puisqu'il est sociable, il doit respecter les engagements qu'il contracte.

C'est sur ce principe idéal, qui dérive exclusivement de l'homme, de sa liberté et de sa volonté, que repose l'article 1103 nouveau du Code civil (art. 1134 ancien) : « *Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite.* » Ce texte signifie que les personnes qui ont conclu un contrat sont obligées de l'exécuter. Leur volonté individuelle est tellement forte qu'elle suffit pour les obliger. En conclusion, le principe de l'article 1103 du Code civil doit être observé, puisqu'il exprime un principe universel fondé sur la raison.

Section II – Le courant positiviste

20. ***Dura lex, sed lex*** (*La loi est dure, mais c'est la loi*). Le courant positiviste ou matérialiste s'exprime surtout depuis le XIX^e siècle. Pour ses auteurs, il faut rejeter toute idée d'un droit naturel transcendant vers lequel devrait tendre le droit positif. En somme, le droit n'est rien d'autre que le droit actuellement en vigueur dans un pays donné (le droit posé ou établi). Dès lors, il n'est plus nécessaire de justifier son caractère obligatoire par référence à une quelconque justice idéale. Toutefois, ces auteurs se divisent quant aux sources du droit positif. Pour les uns, le droit positif est le produit de l'arbitraire étatique. Pour les autres, il est un phénomène social.