

Préambule

La connaissance du Droit

L'objectif d'un cours d'introduction au Droit est de comprendre les méthodes d'acquisition de la connaissance du Droit ; d'en concevoir les origines, l'évolution, la valeur et la portée. La science du Droit emprunte ainsi à de nombreuses disciplines (§ 1) pour construire son épistémologie (§ 2). Elle se présente alors comme un langage (§ 3) interprétatif (§ 4) offrant la distanciation et l'esprit critique nécessaire à la connaissance des modes de création et de réalisation du Droit.

I. Les disciplines au service de la connaissance du Droit

Plusieurs disciplines scientifiques sont mises à contribution pour connaître le Droit. L'histoire du Droit révèle les déterminants historiques des phénomènes juridiques, l'histoire des institutions, des faits sociaux, des normes, de la pensée juridique. La sociologie du Droit étudie les phénomènes sociaux liés au phénomène juridique ; elle analyse les manifestations sociales du Droit, leur influence sur la société, et réciproquement, l'influence de phénomènes sociaux sur le Droit. La philosophie du Droit dégage les présupposés philosophiques des solutions aux problèmes sociaux proposées par le Droit, les conditions qui déterminent la modification des concepts constitutifs des fondements des règles de Droit. La théorie du Droit pose les questions qui dominent chaque domaine du Droit, les catégories qui l'ordonnent, les principes qui en gouvernent l'application, la nature juridique des droits et des institutions, l'explication rationnelle des règles de Droit. Le Droit comparé identifie les conditions différentes qui déterminent la production du Droit, ses institutions, ses cultures, ses traditions juridiques, en décrivant les modalités différentes d'acquisition de la connaissance du Droit, en observant comment les modèles de représentation du Droit s'exportent, sont reçus, s'influencent ; comment ils circulent et participent à la mondialisation du Droit. L'ensemble de ces disciplines, et d'autres encore, comme l'analyse économique du Droit, l'ethnologie juridique, la psychologie du Droit, etc., permet à la science du Droit de construire son épistémologie.

II. L'épistémologie du Droit

Dans la plupart des traditions juridiques du monde, l'épistémologie du Droit s'est développée autour de plusieurs grands courants de pensée. À l'origine, les religions voient la présence de Dieu dans l'ordre naturel des choses, les institutions juridiques comme le mariage, le contrat, la constitution sont fondées sur l'ordre naturel ou le Droit naturel. Puis, avec Aristote qui distingue déjà la nature et les lois de la Cité comme mode social, laïc et démocratique de régulation (*Éthique à Nicomaque*), le Droit n'est plus seulement fondé sur la volonté divine, mais aussi sur la raison

humaine. Saint Thomas d'Aquin applique cette distinction au christianisme. L'humanisme et le rationalisme vont rompre avec la dimension religieuse ; le seul fondement du Droit devient l'homme. Le Droit naturel devient le produit de la raison humaine. Hobbes, Locke, ou Rousseau, conçoivent le Droit naturel sur le mode individuel ; le droit que chaque individu détient du fait de sa condition d'homme. Puis, issu des mouvements scientifiques du XIX^e siècle, le *jus positivisme* conduit à repenser le Droit comme objet d'étude pour le considérer comme un fait extérieur à son observateur qui cherche à le décrire objectivement. Par opposition au Droit naturel ou au Droit idéal, le Droit positif est défini comme l'ensemble des règles de Droit effectivement en vigueur. Enfin, au XX^e siècle, le réalisme juridique s'oppose encore à toute considération métaphysique du Droit (le réalisme juridique américain, scandinave, l'école de Bordeaux, etc.). La seule description empirique des faits juridiques observables, conduit à privilégier la décision de justice et le contexte social de sa production comme fondements du Droit. L'ensemble de ces courants de pensée influence diversement les grandes traditions juridiques du monde. Mais quelle que soit son épistémologie, le Droit est toujours décrit au moyen d'un langage.

III. Le langage du Droit

Si la connaissance du Droit s'acquiert nécessairement par un langage, l'objet de la science du Droit est lui-même un langage. Le « langage » est ce système de signes, ce mode d'expression de la pensée qui permet de communiquer. Pour décrire son objet et transmettre la connaissance qu'il en a, tout scientifique a besoin d'un langage comme un outil d'observation et de communication, que ce soit le langage des mathématiques ou de la physique dans les sciences dites « dures », ou que ce soit le langage de la sociologie dans les sciences dites « humaines ». Mais l'objet même de la science peut aussi être un langage ; c'est ce que nous apprend la linguistique. La linguistique est l'étude scientifique du langage, comme faculté humaine, et tel qu'il se manifeste dans les langues naturelles. Que ce soit par la phonétique, la morphologie, la syntaxe, la sémantique, la pragmatique, l'analyse du discours, la science du langage révèle la propriété fondamentale du langage humain : sa réflexivité, c'est-à-dire sa capacité à se prendre lui-même pour objet. Pour étudier les différents langages, la linguistique distingue plusieurs niveaux de langage : - 1. Le langage-objet ou discours concret est le langage naturel ou artificiel ; - 2. Le métalangage est le langage qui décrit le langage-objet ; - 3. Le méta-métalangage est un autre langage qui décrit le métalangage qui décrit le langage-objet, etc. Ces niveaux sont aussi nombreux que nécessaires pour parvenir à connaissance scientifique la plus objective possible du langage. À côté du langage ordinaire, du langage de la science, des mathématiques, de la littérature, de la poésie, le Droit est lui aussi un univers de langages, de discours : la Constitution, la loi, les codes juridiques, les jugements rendus par des tribunaux, comme les cours enseignés par les professeurs de Droit qui tentent d'en cerner la notion, sont des langages. « Tout de ce que profèrent les

juristes et le législateur se trouve réglé, conditionné, canalisé par ce langage » (M. Villey). Comment alors distinguer le langage du Droit des autres langages ? – En quoi le langage juridique est-il spécifique ? – Une des caractéristiques reconnues au langage juridique est d'être constitué de règles réglementant certains comportements. Ces prescriptions peuvent être exprimées soit dans la forme impérative (« le voleur doit être puni de trois ans de prison... »), soit dans la forme indicative (« le voleur est puni de trois ans de prison »). Pourtant, la science ne décrit en principe que des faits objectifs, elle ne s'occupe que de « ce qui est », et non pas de « ce qui doit être » ; la science est descriptive et non prescriptive. Or, si l'objet de la connaissance du Droit est un ensemble de prescriptions, comment peut-elle encore être considérée comme scientifique ? – Une solution consiste à emprunter à la linguistique en affirmant que la science juridique est un métalangage, un ensemble de propositions descriptives comme : « il existe des prescriptions ». Ce « métalangage » a pour objet le Droit, qui lui-même est un langage. Alors que le Droit est un ensemble de prescriptions, ni vraies ni fausses, la science du Droit est faite de propositions qui peuvent être vraies ou fausses (Michel Troper, *La philosophie du Droit*). L'objectivité dans la description du Droit s'accroît en remontant les différents niveaux du langage juridique, par exemple : – Le niveau 1 ou langage objet : la Constitution, les lois et les codes ; – Le niveau 2 ou métalangage : l'interprétation de ces textes par les tribunaux ; – Le niveau 3 ou méta-métalangage : la dogmatique ou la critique doctrinale ; – Le niveau 4 ou méta-méta-métalangage : la théorie du Droit, etc. Le métalangage qu'est la science du Droit décrit ainsi la connaissance que nous avons de ce Droit, autrement dit, elle ne fait que décrire notre propre interprétation du Droit. Le langage de la science du Droit est interprétatif.

IV. Le langage interprétatif de la science du Droit

Pour décrire son objet, la science du Droit procède au découpage dans l'espace et dans le temps de son objet ; elle hiérarchise ses données empiriques, elle les catégorise, elle les classe, elle construit ainsi progressivement son objet. La science du Droit est une construction de l'esprit, une théorie, une représentation du Droit. Le seul moyen de décrire le fait observable qu'est le Droit, c'est de l'interpréter. Dans les sciences humaines, l'interprétation est la compréhension d'une expression linguistique ou d'un acte de langage. Chaque signe doit être interprété pour être compris. Dans un sens strict, l'interprétation concerne les situations dans lesquelles il existe un doute sur le sens des expressions de la langue dans certains de leurs usages. En somme, l'interprétation est l'opération par laquelle une signification est attribuée à quelque chose. En Droit, le mot « interprétation » désigne à la fois l'opération par laquelle une signification est attribuée à une règle ou un acte de langage, et le produit de cette opération. La science du Droit est un langage interprétatif, en tant qu'elle donne à connaître non les choses en elles-mêmes, mais bien la connaissance qu'elle en a acquise. L'interprétation est la relecture plus ou moins fidèle, non seulement des aspects

directement observables du Droit, mais encore de leur signification. La science du Droit interprète les actes des juristes, leurs discours, leur savoir-faire, leur mode d'acquisition de connaissance, leur tradition. Il s'agit de rendre intelligible ces faits, cette réalité qu'est la pratique du Droit, de préciser ses significations implicites, de les expliquer en termes sociologiques, historiques, économiques, politiques, etc. Si enfin le Droit est ce que l'interprète qualifie comme tel. L'interprétation nous conduit nécessairement à adopter un point de vue extérieur sur les conditions d'invention, de réalisation et de production du Droit. La distanciation entre l'objet étudié et l'observateur, le recul sceptique obtenu par rapport au résultat de l'interprétation, peuvent garantir une certaine objectivité dans notre connaissance du Droit.

Fiche 1

Premières notions

► Objectifs de la fiche

Si beaucoup de nos actes sont gouvernés par le Droit, nous avons du mal à définir ce que c'est, d'où il vient, comment il fonctionne, pourquoi même il s'impose à nous. Quelle connaissance avons-nous de l'objet d'étude qu'est le Droit ? – Si notre connaissance du Droit varie selon les époques, les pays, les cultures, les traditions, quelles que soient les considérations que nous en avons, il se manifeste souvent comme une contrainte sociale (I) à laquelle nous nous soumettons pour des raisons différentes (II).

Références jurisprudentielles

- [Cass. civ., 6 mars 1876, D. 76.1.193, note GIBOULOT]
- [Cass. com. 29 juin 2010, D. 2010 p. 2485]

I. Le Droit comme contrainte sociale

Si le rire est le propre de l'homme, cela vaut aussi pour le Droit ! C'est bien au sein des sociétés humaines que le Droit est inventé. Le Droit comme phénomène social (§ 1) est caractérisé par un ensemble de contraintes spécifiques, elles-mêmes déterminées par des valeurs et des principes partagés par les membres de nos sociétés (§ 2).

1. Le Droit comme phénomène social. Là où il y a une société, il y a du Droit (« *Ubi homo, ibi societas. Ubi societas, ibi ius. Ergo ubi homo, ibi ius* »). L'homme est un être social, et le Droit est inventé pour régir les rapports entre les hommes en société. Le Droit suppose l'existence d'une société humaine ; la société est la condition d'existence du Droit. La vie en société oblige à respecter des règles. Les règles sociales sont imaginées par les hommes pour répondre à la nécessité d'organiser leurs relations. Cela dit, toutes les règles qui régissent la vie en société ne sont pas considérées comme du Droit. Les règles morales, les règles d'honneur, de politesse, n'ont pas la même force contraignante que les règles juridiques. Comment les distinguer ? Qu'est-ce qui fait la spécificité de la contrainte juridique par rapport aux autres contraintes sociales, morales ou religieuses ?

2. Le Droit comme ensemble de contraintes. Une contrainte est généralement définie comme une violence qu'on exerce contre quelqu'un pour l'obliger à faire quelque chose malgré lui ou pour l'empêcher de faire ce qu'il voudrait. La société exerce cette pression sur chaque individu qui la compose en produisant un ensemble de règles. Sont mis en place « *des moyens de puissance spécifiques : fortifications et prisons, canons et potences, hommes en uniformes de policiers ou de soldats* » (Hans Kelsen, *Théorie pure du Droit*). Ces contraintes se distinguent d'autres types de contraintes sociales par le fait qu'elles sont juridiquement réglées, que ceux qui les exercent sont habilités par un

ordre juridique, par la création et l'application de normes juridiques. Mais qu'est-ce qui fait que l'on accepte de se plier à ces contraintes ? Pourquoi le Droit est obligatoire ? – Parce qu'il est assorti de sanctions ? Parce qu'il est juste ? – Parce qu'il émane d'une autorité publique légitime comme l'État ? – Si le Droit est toujours le fait d'une société, il n'apparaît pourtant pas toujours légitime à ceux qu'il est supposé gouverner. Est-ce qu'on accepte de lui obéir parce qu'il est justifié par les valeurs et les principes partagés au sein de la société ? Mais d'où viennent alors ces valeurs ? – De la nécessité d'assurer le maintien et la permanence de la société ? – D'une force extérieure, supérieure ?

II. Les raisons différentes du Droit

Dans chaque tradition du monde, on observe des raisons différentes qui justifient l'existence du Droit et les contraintes qu'il nous impose. Soit le Droit est donné aux hommes par la nature des choses, ou révélé par la religion (§ 1) ; soit il est construit par ceux qui gouvernent la société – l'État dans sa forme moderne, ou par les sociétés elles-mêmes (§ 2).

1. Le Droit est donné. Certains considèrent que le Droit est « donné » aux hommes. Il serait révélé par la nature des choses. D'origine divine ou bien déterminé par la raison humaine, l'invention du Droit ne serait qu'une transposition. C'est la conception « jus naturaliste » du Droit. Le jusnaturalisme participe d'une conception juridico-religieuse du monde qui se traduit par l'idée que le réel est chargé d'une normativité intrinsèque. Aujourd'hui l'école du droit naturel considère que la seule réalité est l'individu et que chaque homme possède, en vertu de sa nature propre, des droits. Ces droits, dits « subjectifs », sont découverts à l'aide de la raison, par le seul examen de la nature de l'homme. La puissance publique ne les crée pas, mais doit les consacrer, les faire respecter, et chaque individu doit pouvoir s'en prévaloir. Le jus naturalisme conduit à considérer l'existence d'un Droit universel (par exemple, l'art. 1^{er} du livre préliminaire du projet de Code civil énonce qu'« *il existe un Droit universel et immuable, source de toutes les lois positives ; il n'est que la raison naturelle en tant qu'elle gouverne tous les hommes* »). Le jusnaturalisme est à l'origine des doctrines universalistes comme les droits de l'homme.

2. Le Droit est construit. D'autres considèrent que ce qui justifierait l'existence du Droit serait « construit » par les sociétés elles-mêmes. La modernité liée aux évolutions socio-économiques de l'Europe aurait fait prendre conscience aux hommes et aux sociétés qu'ils peuvent s'autoinstituier (le pouvoir, chez Machiavel ou Hobbes, n'est plus d'ordre divin). Cette construction serait le fait de celui qui gouverne la société – le souverain, l'État moderne. Les fondements du Droit seraient ceux du pouvoir de l'État. Les règles de Droit seraient produites par l'État, le Droit s'identifierait à l'État. D'autres encore considèrent que le Droit serait progressivement institué par les sociétés elles-mêmes ; il se réaliserait par et dans les sociétés ; il ne serait pas donné *a priori*, mais produit par l'histoire. Ces conceptions « jus positivistes » et « réalistes » du Droit conduisent à considérer que le Droit n'a qu'un caractère relatif, par rapport à la société ou à la volonté du souverain. Ces conceptions sceptiques s'opposent à l'optimisme jusnaturaliste et son hypothèse de Droit universel.

Les indispensables

- **Droit** : Avec un *D* majuscule, désigne l'ensemble des principes juridiques qui régissent les rapports des hommes vivant en société ; synonyme de « Droit objectif », « ordre ou ordonnancement juridique », « système juridique ».
- **La contrainte juridique** : « le Droit est moralement obligatoire », mais « par lui-même, il n'emporte aucune contrainte » : Portalis, *Discours préliminaire du projet de Code civil*. Cette conception jusnaturaliste de la contrainte fondée sur la morale, s'oppose à l'idée d'une contrainte juridique distincte de la morale en ce qu'elle serait « exercée par un organe différencié, spécialisé » (Carbonnier), l'État. « Le Droit est un ordre de contrainte de la conduite humaine » (Kelsen, *La théorie pure du Droit*). La contrainte étatique est la marque externe qui distingue la règle de Droit des autres règles de la vie sociale (Cornu) avec sa finalité d'ordre et de justice (Malaurie). « L'homme agit conformément au Droit surtout parce qu'il y est contraint par ses relations sociales » (Ehrlich). Si le Droit est « un complexe de motifs » agissant sur l'activité des hommes (Weber), sa possible mise en œuvre dans le cadre d'un procès, sa justiciabilité, exerce une certaine pression sur les motifs de nos actions (Jeammaud).
- **Le Droit étatique** : est défini comme un modèle d'organisation et d'exercice du pouvoir. Tout discours sur le Droit postule l'idée d'État, à la fois auteur et sujet du Droit. L'ensemble des disciplines juridiques en font une institution majeure. « Toutes les normes, même la coutume ou les contrats, ne sont valides qu'en raison de leur conformité aux normes supérieures de l'ordre juridique, c'est-à-dire à la loi et à la Constitution qui sont des normes étatiques » (cf. Michel Troper, *La philosophie du droit*).
- **La rationalité** : caractérise le raisonnement influencé par la raison qui aboutit à une solution logique, raisonnable, conforme au bon sens et juste.

Cas Pratique

► **Fiche d'arrêt** : Faire la fiche de lecture et donner le contexte juridique des décisions suivantes :

- **Jugement du Tribunal civil d'Aix, du 18 mars 1841 (extraits)** « Attendu que, par l'acte du 22 juin 1567, Adam de Craponne s'oblige à faire et construire un canal destiné à arroser les vergers, vignes, prés et autres propriétés des habitants de la commune de Pélissanne sous diverses clauses et conditions qui sont, entre autres, que : (les usagers)... seront tenus de payer [...] audit Adam de Craponne ou à ses hoirs : 3 sols pour chaque carteirade, payables à chaque arrosage, [...] perpétuellement, [...] moyennant cette redevance [...]. Adam de Craponne s'oblige à entretenir perpétuellement et à ses frais le canal ; [...]. Attendu qu'il est évident que le prix [...] payés aujourd'hui, comme il y a trois siècles, [...] est insuffisant et hors de toute proportion [...]. Avec les dépenses que (l'héritier du marquis de Craponne) est obligé de faire pour entretenir [...] le canal [...], et pour payer l'eygadier dont le salaire est à sa charge, [...]. Attendu qu'il serait injuste de soumettre (l'héritier) à continuer de supporter une charge augmentée par l'état actuel des choses, et cela sans augmenter le droit d'arrosage, qui n'est plus une indemnité proportionnée à cette charge, avec laquelle ce droit a cessé d'être en rapport » ; Attendu que, suivant Julien, qui résume les auteurs sur une matière équipollente, t. 2, p. 37, de ses Statuts : « Le contrat qui a un trait successif doit être réduit à l'équité, quand la suite des temps le rend injuste, quand l'état des choses est tellement changé que l'ancienne convention, eu égard au temps présent, devient injuste » ; – Attendu qu'il appartient à la justice de faire cesser cette iniquité en employant le seul remède possible, vu la nature du mal, c'est-à-dire l'augmentation du droit d'arrosage ; [...].
- **Arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 31 déc. 1873 (extraits)** « Attendu que si les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties et si elles ne peuvent être modifiées que du consentement commun, il n'en est pas de même pour les contrats qui ont un caractère successif ; – Qu'il est reconnu, en Droit, que ces contrats, qui reposent sur une redevance périodique, peuvent être modifiés par la justice, lorsqu'il n'existe plus une corrélation équitable entre les redevances d'une part et les charges de l'autre ; que, dans l'espèce, la redevance due par les arrosant représente la jouissance successive des eaux du canal, ayant pour corrélatif l'entretien et les dépenses de ce même canal ; que du jour où cette égalité cesse, la loi primitive du contrat est rompue et qu'il appartient aux tribunaux de rétablir l'égalité primitive ; Attendu, en fait, que les conventions de 1560 et 1567 présentent ce caractère successif ; que [...] Craponne [...] a stipulé, comme compensation, une redevance déterminée ; que cette redevance [...], qui pouvait être suffisante à cette époque, cesse de l'être aujourd'hui que les dépenses pour l'entretien du