

## Fiche n° 1

# La définition matérielle du droit

- I. L'existence de conceptions concurrentes sur le contenu du droit
- II. L'existence de visions différentes sur les objectifs du droit

### Définition(s)

**ÉCOLES DE PENSÉE JURIDIQUE** : ce sont des courants de pensée juridique apparus dès que le Droit est apparu, et que ses sujets ont eu conscience de cette discipline ; elles diffèrent par leurs noms, leurs thèses, leurs objectifs, et les intérêts qu'elles entendent servir.

**DROIT NATUREL** : c'est pour certains le Droit tel qu'il devait toujours être, un Droit rigoureusement calqué sur le respect des Droits de l'Homme, ou qui doit s'adapter positivement en fonction d'eux seuls, s'il a omis de le faire. On emploie aussi ici l'expression de **LOI NATURELLE**.

**DROIT POSITIF** : c'est le Droit tel qu'il est, le Droit effectivement appliqué obligatoirement à une date, dans un espace, et pour un groupe social donnés, sans obligatoirement toujours de jugement de valeur sur son contenu et sur son adéquation au Droit naturel.

### I. L'existence de conceptions concurrentes sur le contenu du droit

**Donner en toute certitude, et sans rencontrer d'opposition, une définition unique du Droit, est impossible, mais on peut en proposer une, voire plusieurs, qui ne suscitent pas de controverse majeure** : le Droit peut ainsi être défini, comme « un ensemble de règles qui régissent la vie des Hommes en société, et comme à la fois la technique et la science qui permettent l'utilisation effective de ces règles » ; ou encore, comme « une **règle de conduite** gouvernant les individus [et citoyens], et dont le **respect est assuré par la puissance publique** ». Beaucoup de choses-là sont dites sur le Droit : il est fondé et animé par des règles qui n'appartiennent qu'à lui

seul; son objectif, voire son obsession anti-anarchique, est que ces règles rendent possibles la vie sociale dans un cadre étatique; il a pour double ambition d'être à la fois parfait techniquement, et scientifiquement par son intelligence réfléchie; il s'adresse à tous (les individus en Droit privé, les citoyens en Droit public), d'une manière en général non-négociable; et il est enfin le bras armé de l'État et de son administration, cette puissance publique protéiforme (du gouvernement à la plus petite de nos communes, en passant par les régions, les départements, les intercommunalités, les établissements publics, les services publics...). Des **qualités** et des **objectifs** qui lui sont **propres, mais** dont l'énumération fait oublier parfois des questions essentielles qui appellent des réponses à propos desquelles personne n'est toujours d'accord, à commencer par les juristes eux-mêmes: **que contient-il, que doit-il contenir pour être accepté, que doit-il rechercher en priorité...? D'où l'apparition** depuis l'Antiquité et les premiers juristes reconnus comme tels, **d'écoles de pensée juridique souvent opposées** sur ces divers points, et jamais dépourvues dans leurs thèses d'arrière-pensées plus ou moins nobles. À savoir, par ordre d'apparition, celle de Droit naturel, celle qui privilégie le Droit positif, et celle qui tente plus ou moins un compromis historique entre les deux précédentes.

## A. Les écoles juridiques complémentaires de droit naturel

### 1) L'école classique de droit naturel

Apparue en premier sous l'**Antiquité**, elle ose se poser depuis lors la **question essentielle** pour toute **puissance publique**: **peut-elle prendre des règles juridiques contraires à la dignité de la personne humaine**, le fondement du Droit naturel? En voici **quelques champions** restés célèbres, à différentes époques: **Aristote (-384 -322)** pour la **Grèce antique**, au **IV<sup>e</sup> siècle avant notre ère**, qui pense que la **loi naturelle** est **supérieure à la loi terrestre**, qui doit donc et la respecter, et l'incorporer, pour mieux défendre les droits individuels, et édifier une société harmonieuse et protectrice. Il y voit une obligation et la condition d'une parfaite justice sociale et juridique, justice devant être à la fois distributive (d'honneurs et de droits), et commutative (c'est-à-dire réparatrice, en mesurant les préjudices et les avantages des uns et des autres, pour mieux rétablir l'équilibre entre eux); **Cicéron (-106 -43)** pour la **Rome antique**, au **premier siècle avant notre ère**, qui prétend que **l'on peut contester la loi humaine** (par définition faillible), si l'on parvient à démontrer qu'elle est contraire à la fois, à la Raison (le Droit naturel, par définition infaillible), et aux attentes des citoyens (cf. son républicanisme et son opposition à Jules César, qui va lui coûter la vie). Théorie naturaliste qui demande toutefois à être précisées sur deux points: qui peut se faire l'interprète de la volonté populaire instinctive, et quels droits naturels sont exigibles au nom de cette Raison? **Saint-Thomas d'Aquin (1224-1274)**, pour le **christianisme médiéval**, au **XIII<sup>e</sup> siècle** de notre ère, qui ajoute un échelon à la pyramide hiérarchique des lois: les lois humaines à la base, les lois naturelles au milieu, et les **lois divines** (celles de son

Église...) encore au-dessus. Des lois divines qui sont le produit d'une Révélation évidente, sans qu'il soit besoin de Raison pour les identifier, d'où leur supériorité sur toute autre règle, puisque Dieu les a offertes aux Hommes en vue de réaliser le Bien commun sur Terre. Dès lors, même si l'Église dont il fait partie a promis au travers des Paroles du Christ, de ne pas interférer dans les affaires terrestres, et de ne pas contester les autorités publiques chrétiennes (dont la royauté française), il est évident que si une puissance politique venait à être arbitraire, et à s'attaquer à la Sainte-Église, cette dernière appellerait les Chrétiens à la renverser au nom de Dieu, et de la dignité des créatures de Dieu... **Michel Villey (1914-1988)**, pour le **libéralisme contemporain**, au **XX<sup>e</sup> siècle** de notre ère, qui entend mettre en garde les partisans du Droit naturel contre les dangers de l'individualisme à outrance, en leur rappelant ainsi qu'à tous les Hommes, que pour que les Droits naturels soient vraiment efficaces et respectés, ils doivent au nom de la justice, être contrebalancés par les **devoirs naturels** qu'impose toute vie en société.

## 2) L'école moderne de droit naturel

Elle **apparaît au XVII<sup>e</sup> siècle**, notamment **en réaction contre l'absolutisme monarchique divinisé** (réalisé en France, renversé en Angleterre), et ses champions sont soit des témoins directs attristés par la violence politique (Hobbes l'Anglais), soit des témoins indirects, qui l'observent depuis l'étranger ou l'ont fui (Grotius le Néerlandais). Ce à quoi ils opposent les droits innés de la personne humaine, en écartant de leurs théories un fait religieux qu'ils accusent de tous les maux. Tout en ne niant pas l'héritage antique, ils **proposent de faire monter d'un cran le Droit naturel**, en l'imposant non plus seulement entre les individus, et à un seul État au bénéfice des individus, mais prioritairement aux États tous ensemble, afin d'éviter la guerre, qui est pour eux le pire danger pour le Droit naturel.

Le **contenu de la doctrine** moderne de Droit naturel : il est dû à **Grotius (1583-1645)** d'abord (**première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle**), à son disciple allemand **Pufendorf (1632-1694)** ensuite (**seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle**). Tous deux effrayés par les guerres européennes destructrices dictées par l'ambition territoriale, et les oppositions religieuses (depuis l'apparition du protestantisme), ils exigent des nouveaux États en voie d'apparition, qu'ils civilisent leurs rapports et respectent leurs différences. Et, pour ce faire, ils préconisent que ces États passent entre eux des contrats synallagmatiques (les Traités internationaux), afin d'organiser juridiquement leurs rapports, et d'éviter de se faire la guerre. La violence antinaturelle est donc ici interdite, et devient illégale au niveau international, car elle signifierait que ces contrats ont été violés, et pour tenter de mieux la prévenir encore, Grotius et Pufendorf laïcisent donc ce **Droit international naturel** qu'ils viennent de créer.

L'**actualité de la doctrine** moderne de Droit naturel : cet acte de naissance du Droit des Gens au XVII<sup>e</sup> siècle, a été suivi depuis par de très nombreux traités de paix, mais aussi par beaucoup de guerres et de morts. D'un Grotius et d'un Pufendorf effrayés par l'instinct belliqueux des souverains européens en général (cf. la Guerre

de Trente ans de 1618 à 1648), puis d'un Louis XIV en particulier, ne rêvant que d'annexer leur petit pays, jusqu'à l'ONU actuelle, en passant par la SDN, le constat reste pessimiste. Même si le Droit international n'a cessé avec intelligence et modestie, de chercher à imposer un Droit naturel international universel. Lequel, **depuis le célèbre procès de Nuremberg de 1945** contre les dirigeants nazis survivants et capturés, a pris une dimension pénale, sur le fondement des crimes contre l'Humanité. L'idée étant bien de prévenir ces crimes, en faisant comprendre à tous les responsables politiques, civils comme militaires, que jusqu'à leur mort, ils pourront avoir des comptes à rendre devant cette justice pénale internationale, leurs fonctions ne les immunisent plus. Cependant, sans nier ce Droit naturel en pleine voie d'affirmation à tous les niveaux, certains juristes contestent le fait qu'on accorde tant d'importance à un droit aussi philosophique, et/ou entendent le limiter.

## B. Les écoles juridiques adversaires du droit naturel

### 1) L'école positiviste

Elle est **plus tardive (début du XIX<sup>e</sup> siècle)**, et est **apparue avec le Code civil de 1804**. Pour ces juristes positivistes (à commencer par les juristes français), qui vont totalement succomber « au charme » du Code civil, et passer leur temps à en faire **l'exégèse**, la totalité du Droit (à respecter et à appliquer), est contenue dans le seul Code civil (puis dans les Codes napoléoniens suivants selon leurs spécialités respectives : cf. fiche n° 36). Seul compte donc pour eux ce Droit positif codifié, en lequel ils voient une « Bible juridique » exhaustive. De ce fait, **le concept même de Droit naturel n'a donc pour eux aucune valeur juridique positive, seuls les principes de Droit naturel repris dans le Code de 1804 et ses compléments, étant obligatoires**, et non plus tout le Droit naturel par le simple fait de sa supériorité. On considère que leur **maître à penser est plus ancien** : il s'agit de **Nicolas Machiavel (1469-1527)**, l'auteur du « Prince » au **XVI<sup>e</sup> siècle**. Lequel affirmait que le Droit n'est pas là pour faire preuve de générosité naturaliste, mais est seulement le meilleur instrument qui soit, pour donner aux chefs d'État ambitieux (cf. Bonaparte), les armes juridiques leur permettant de gouverner efficacement, et de garantir ainsi la sûreté de l'État. Et il n'est donc guère étonnant que cette école positiviste prospère et sous Bonaparte en France, et à l'étranger, au bénéfice d'autres dirigeants, mais aussi au bénéfice de juristes et de philosophes désirant voir enfin leur Nation unie et devenir un État (cf. les Allemands...).

**Hegel (1779-1861)**, pour **l'Allemagne en quête d'unité aux détours des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles**, reprend cette thèse de la suprématie de la Raison d'État sur les libertés individuelles égoïstes et anarchiques. Il **exige que le Droit positif fasse preuve de force**, et mette ceux qui s'opposent à lui, donc à l'État, devant le fait accompli, au motif que sans État unitaire et fort, la tranquillité des citoyens n'est pas garantie, et qu'ils doivent donc accepter en échange quelques sacrifices. Le tout, au motif que la loi positive étant faite par des humains au profit d'autres, tout en

s'appliquant aussi à ses auteurs, elle ne saurait être liberticide (NB: on retrouve cette même éternelle excuse dans le « Contrat social » de Rousseau). Une théorie contestable (*quid* des autres sources du Droit que la loi?) et autoritaire, que l'on accusera en Allemagne, d'être une de celles à l'origine du futur nazisme. **Ihering (1818-1892)** reprend ces arguments à la **fin du XIX<sup>e</sup> siècle**, même une fois cette **quête d'unification allemande réussie** par Bismarck en 1871. Il **définit le Droit comme le serviteur de l'État** (ici le tout nouveau Empire allemand encore fragile), devant être suffisamment fort pour imposer ses volontés à tous, et ne concédant des libertés individuelles, que si elles ne menacent pas cet édifice étatique qu'il importe avant tout de sécuriser. D'où les mêmes critiques, et les mêmes accusations de lente préparation mentale à l'acceptation finale du nazisme par les Allemands. **Kelsen (1881-1973)**, ou la rigueur de **l'école autrichienne au XX<sup>e</sup> siècle**, se veut lui, le **consécrateur du positivisme**. Épris de rigueur et d'objectivité, il **exige des juristes qu'ils se contentent d'appliquer le seul Droit positif tels qu'il est, pas tel qu'ils voudraient qu'il soit**, et leur interdit donc de l'interpréter extensivement et excessivement (cf. les juges), et encore davantage de le critiquer, alors qu'ils sont à son service exclusif. Selon lui, un juriste n'est donc pas là pour philosopher à partir de concepts fumeux de Droit naturel (comme celui de Justice), il est là pour jouer d'un instrument positif déjà parfait. **Mais**, comme il sait que le Droit positif souffre de sa mauvaise réputation (cf. les Totalitarismes du XX<sup>e</sup> siècle), et de sa comparaison avec le Droit naturel à cause de sa sécheresse, et de son caractère brutal, il lui **offre un argument exceptionnellement efficace qui lui manquait cruellement**: une **hiérarchie interne des normes positives**. Laquelle est destinée à prouver une bonne fois pour toutes, que le Droit positif renferme juridiquement, tout ce dont l'État, mais aussi ses citoyens, peut avoir besoin, et qu'il est donc aussi parfait que complet, sans plus avoir besoin de recourir au Droit naturel. Hiérarchie qui ne contient bien sûr que des normes écrites, le critère formel primant pour lui sur le critère matériel, et suffisant à qualifier une norme de juridique au rang qui est le sien, étant entendu qu'une règle formellement inférieure, doit toujours se plier à celle qui lui est immédiatement supérieure dans cette fameuse **Pyramide de Kelsen**. Laquelle fait aussi l'objet bien sûr de critiques, puisqu'elle rejette toute règle de droit qui n'y figure pas (ex: la Coutume, la Jurisprudence, la Doctrine...), et ne prévoit aucun mécanisme prévenant l'arbitraire de ceux qui produisent ces sacro-saintes normes écrites supposées parfaites. Ce qui explique que certains accusent Kelsen, comme ses devanciers positivistes, d'avoir permis, et/ou cautionné, les régimes autoritaires. Mais on doit reconnaître à son concepteur un **apport majeur pour le Droit**: grâce à lui, ce dernier est en effet ordonné dans sa totalité positive, voire dans sa totalité naturaliste, car rien ne va empêcher les partisans du Droit naturel de reprendre cette pyramide à leur compte, et de la compléter comme ils l'entendront, ce qui est sans cesse le cas en France depuis 1789, et surtout depuis la fameuse décision du Conseil constitutionnel de 1971 créant le Bloc de constitutionnalité. Au point, le Droit européen « aidant », de rendre aujourd'hui, notre hiérarchie juridique illisible, à force de la faire grossir...

## 2) L'école sociologique

Elle date du **XIX<sup>e</sup> siècle**, et analyse le **Droit avant tout** comme un **phénomène social**. Elle tente surtout d'imposer une alternative à l'éternelle querelle entre les positivistes et les Jus naturalistes, à la fois, en prévenant les dérives autoritaires des premiers, et encore plus, les excès libéraux et individualistes des seconds. **Savigny (1779-1861)**, et l'**École sociologique historique du Droit au XIX<sup>e</sup> siècle : héritier allemand revendiqué de Montesquieu** et de son «**Esprit des Lois**» de 1748, il pense que tout Droit ne peut être que le produit de la volonté d'un Peuple, qui crée les règles strictement nécessaires que lui dicte son instinct juridique traditionnel et coutumier. Et se méfie donc de l'inflation normative à outrance, surtout depuis en haut par voie législative, qui ne tient pas compte de ses besoins du terrain (cf. le positivisme). Comme il se méfie du triomphe récent du Droit naturel, et de ses principes libéraux. Opposé à toute uniformisation juridique, comme ont sans cesse voulu le faire les Rois, et comme l'ont fait les révolutionnaires et Bonaparte en France, il met en avant le principe du nationalisme juridique, seul capable de parvenir à instaurer dans un État un Droit adapté au Peuple en fonction de la nature de ce dernier et du pays en question. Ce qui explique qu'on lui reprochera d'être à la fois un traditionaliste ami des privilèges inégalitaires, mais aussi un nationaliste tout court, incapable de comprendre que l'État doit progresser et se moderniser, pour que les situations juridiques s'améliorent, et que tout État est incapable de vivre en vase clos, et subit depuis toujours des influences juridiques extérieures (ex: le Droit romain, les coutumes germaniques, le Droit canon, et aujourd'hui, le Droit externe, international, et avant tout européen). Un débat politico-juridique encore très actuel en France, et hors de France, qui a trait à la souveraineté interne et externe de l'État... **Auguste Comte (1798-1857)** et l'**École sociologique de solidarité sociale** au **XIX<sup>e</sup> siècle**, renvoie moins ses deux concurrents dos à dos, et **se rapproche davantage d'un Michel Villey**. Effrayé par l'inflation des droits naturels sans cesse déclarés et empilés, en particulier en France depuis 1789, il s'oppose à cet amour des juristes français pour les beaux principes toujours généreux, et surtout, leur oppose les **devoirs** correspondants sans cesse oubliés (cf. fiches n° 39 et 40). Anti-individualiste forcené, il rappelle la fonction première et sociale du Droit, qui doit primer sur les intérêts privés de ceux qui ne sont que des composantes infimes de la société. Et en appelle à une inflexion de notre tradition juridique libérale, trop portée à relayer les revendications communautaristes, à accompagner l'évolution des mœurs, à faire de simples états de fait, des qualités juridiques, à ne pas limiter des libertés individuelles jusqu'à risquer un nouvel absolutisme (cf. Montesquieu encore une fois): des questions toujours et de plus en plus pendantes... Ce qui amène à titre de synthèse, à se reposer la question de la, ou des finalités du Droit.

## II. L'existence de visions différentes sur les objectifs du droit

Ce questionnement est lui-même porteur de jugements de valeur, et il est double : qui doit jouir en premier du bénéfice du Droit, et/ou dans quelle mesure ce bénéfice doit-il être apporté, *a minima*, ou *a maxima* ?

### A. À qui doit-il servir en priorité ?

Le **dilemme** est ici **éternel**, y compris en France, et y compris depuis l'Ancien Régime, contrairement à ce que l'on pense à tort : le Droit doit-il être consacré à la considération, à la défense et à l'augmentation des **libertés** particulières des individus, citoyens et autres sujets, **ou** doit-il en faire de même pour le seul **intérêt général** qui les englobe tous ? Les **Rois eux-mêmes** étaient juridiquement, mais aussi moralement et religieusement, **tirillés** entre leur inclination naturelle traditionnelle à protéger ces libertés particulières et souvent collectives de leurs sujets, et leur conscience qu'il était de leur responsabilité historique de se consacrer avant tout au seul Bien commun du royaume. Tous leurs successeurs à la tête de l'État ont été confrontés à ce même choix cornélien, en dépit de leurs discours obligatoirement généreux et contempteurs de l'Ancien Régime, et en dépit de la proclamation solennelle des principes libéraux en et depuis 1789. **L'État libéral lui-même**, s'il doit faire profession prioritaire de protéger passivement et activement les libertés individuelles, **ne peut faire l'économie de la préservation vitale de l'intérêt général**, et pour sa propre survie, et pour celle du pays. D'où les sempiternels débats en France sur le service public, le modèle social, la social-démocratie, la démocratie à la fois généreuse (avouée) et autoritaire (plus ou moins cachée), surtout lors des crises multiples et récurrentes. Sachant que la défense légitime de ces libertés individuelles perdrait de toute façon tout son sens, si elle se faisait systématiquement aux dépens de celle de l'intérêt général, ou si cette dernière, totalement négligée, venait à rendre la première impossible. Une problématique d'autant plus difficile dans la France auto-proclamée « Pays des Droits de l'Homme », et qui dépasse d'ailleurs de loin le seul cadre français, y compris pour nos propres autorités ; d'autant plus difficile aussi, que nous sommes et des individus, et des citoyens titulaires de droits, et que notre Droit privé et notre Droit public n'ont pas exactement les mêmes attitudes sur ce point ; d'autant plus difficile enfin, que nous-mêmes sommes tirillés entre nos désirs de reconnaissance et de protection, et entendons nous en réserver le bénéfice en tant que Français...

## Attention

Aux expressions d'ÉCOLE CLASSIQUE et d'ÉCOLE MODERNE: ces adjectifs sont à la fois chronologiquement justifiés, et polémiques, des classiques s'opposent toujours en effet à des modernes, et des classiques sont aussi des références incontestables, alors que tout ce qui se revendique comme moderne est convaincu d'avoir raison, et d'aller dans le sens de l'Histoire.

À l'expression de DROIT NATUREL: souvent perturbante, elle renvoie pour faire au plus simple aux DROITS DE L'HOMME, ou DROITS FONDAMENTAUX, ou encore LIBERTÉS PUBLIQUES; elle signifie que chaque être humain, par nature, est détenteur de droits inviolables, antérieurs, supérieurs, inaliénables et sacrés que chaque Droit positif se doit de respecter. Ses partisans sont qualifiés d'idéalistes, ce qui peut être un compliment comme une critique.

À l'expression de DROIT POSITIF: l'adjectif positif n'emporte en théorie aucun jugement de valeur POSITIF à son bénéfice, il renvoie uniquement à un impératif technique d'efficacité contrainte. Ses partisans sont eux qualifiés de réalistes, ce qui, là encore, peut être un compliment ou une critique.

À l'expression de JUSTICE: elle désigne à la fois un organe (les juridictions), et un esprit (l'équité).

À l'expression de POSITIVISTES: elle désigne à la fois les stricts partisans du Droit positif admirateurs du Code civil, et de nos jours, les juristes qui appliquent et/ou enseignent le Droit actuellement en vigueur branche par branche, mais qui peuvent tout à fait être partisans du Droit naturel. Dans les Facultés de Droit, on les distingue notamment des Historiens du Droit.

À l'expression de HIÉRARCHIE DES NORMES JURIDIQUES: elle a un contenu différent en fonction des thèses juridiques soutenues. On l'appelle d'ailleurs aussi en France de manière révélatrice le PRINCIPE DE LÉGALITÉ, en référence à notre tradition positiviste légicentriste, alors que nous y avons pourtant inséré de plus en plus de normes de Droit naturel.

À l'expression de CONSTITUTIONNALISTES: elle vise aussi bien *lato sensu*, les tenants du Droit naturel, que, *stricto sensu*, les universitaires, chercheurs, et professionnels, spécialistes positivistes du Droit constitutionnel.

## B. À quoi doit-il servir en priorité?

Là encore, **les débats font rage**: le Droit doit-il en effet se contenter d'assurer le strict minimum au service de la société, donc doit-il être seulement efficace, ou doit-il se montrer beaucoup plus ambitieux, en imposant la justice en tous domaines?

**Les partisans de la conception minimaliste utilitariste**: selon eux, le Droit, s'il a en charge la vie en commun sous la direction de l'État, ne peut en aucun cas aller jusqu'à entraver les initiatives privées, en se montrant à tort tatillon, bureaucratique, et en réglementant à outrance au nom de l'égalité entre les citoyens. Libéraux dans l'âme, et en particulier économiquement, ils ne veulent que d'un État modeste, un « État-Gendarme », qui se borne aux missions régaliennes classiques, et