

➤ Chapitre 1 **Le droit et la loi**

Ce que vous allez apprendre

- La loi n'est pas le droit
- La loi n'est pas la morale
- La loi n'est pas la justice
- La loi n'est que le texte voté par le Parlement

Le texte qui suit est inspiré d'une allocution que nous avons faite le 31 mai 2008 devant la Compagnie des Experts Traducteurs Interprètes près la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence (CETIJ)

La loi: nous connaissons tous ce terme, qui nous est enseigné depuis notre plus jeune âge, comme ferment de toute vie sociale, objet de respect et parfois de crainte révérencieuse. Pourtant, nous ne savons pas encore qu'elle est « *l'expression de la volonté générale* » (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, art.6) ni comment elle se forme. Nous ignorons davantage sa place dans l'ordonnancement juridique et dans la hiérarchie des normes (voir *infra*) et encore moins son contenu.

Qui peut, à l'heure actuelle, prétendre connaître dans le détail les onze mille lois en vigueur à ce jour ou ne serait-ce que le contenu des deux cent soixante-quatre textes de lois adoptés lors d'une récente législature, entre 2007 et 2012? (Assemblée Nationale, Bilan de la XIII^e législature, 6 mars 2012) à tel point que certains auteurs et non des moindres parlent de « *diarrhée normative* » (Antoine Leca, *La genèse du droit*, PUAM, 2002). Et encore, excluons-nous délibérément du décompte les dizaines de milliers de décrets, arrêtés, circulaires qui complètent l'ordonnancement juridique national ou les près de soixante-dix codes qui devraient nous en rendre l'accès plus facile. Mais c'est oublier que toutes les lois ne sont pas codifiées, telle la loi sur la Presse de 1881, et que le nombre des codes – et parfois même leur épaisseur comme le Code civil ou le Code général des impôts – a de quoi décourager.



Nous invoquons la loi que, du reste, tout un chacun est censé connaître selon le bon vieil adage « *nemo censetur ignorare legem* » (nul n'est censé ignorer la loi) car la loi est la règle suprême, celle qui s'impose à nous, au plus faible comme au plus fort. Pourtant, le citoyen français le plus vertueux peut-il prétendre nous détailler le « *code du domaine de l'État et des collectivités publiques applicable à la collectivité territoriale de Mayotte* » ou nous résumer brièvement le « *code du cinéma et de l'image animée* » sans parler du « *code général des impôts* », épais comme un annuaire téléphonique, qui le concerne pourtant plus de près que de loin?

C'est la loi!

Tout au moins est-ce ainsi que nous nous adressons au voisin fêtarde, au client récalcitrant ou au fonctionnaire obstiné dans son refus de nous accorder ce que nous estimons nous être dû. Et c'est ce que nous nous entendons répondre du même voisin, sûr de son bon droit, du même client arc-bouté sur son code civil ou de l'agent impassible qui nous fait valoir l'éternelle pièce manquante au dossier. C'est la loi! sans que pour autant ni les uns ni les autres

(ni nous-mêmes) ne soient absolument sûrs du texte auquel ils font référence ni si celui-ci, à l'appui de leurs prétentions, constitue bien une loi.

C'est la loi!

Et voilà en trois mots défini le socle sur lequel repose toute notre organisation sociale, politique, administrative ; en ces quelques lettres est désigné ce dont on se réclame et que l'on redoute tout à la fois ; ce que l'on invoque à son avantage mais que l'on craindrait si, d'aventure, il nous était opposé. C'est en cela, paradoxalement, en cette référence mêlée de crainte que se trouve la définition idéale que nous pourrions donner de la loi.

Ce n'est pas si simple.

La loi est-elle le droit ?

La loi est-elle la morale ?

La loi est-elle la Justice ?

Ni l'une ni les autres.

Le droit, la morale et la Justice sont des concepts qui sous-tendent la perfection, des idéaux que l'on cherche à atteindre ; ils sont porteurs de principes gravés dans le marbre.

La loi n'est rien de tout cela. Elle est imparfaite, ce qui explique que l'on en change régulièrement, pour ne pas dire constamment en certains domaines. Faite pour *des* hommes davantage que pour *les* hommes et par *des* hommes plus que par *les* hommes, elle est avant tout conjoncturelle. Passent les hommes, c'est bien souvent les lois qu'il faudra changer, et pour cela on évoquera l'évolution de la société et des mœurs.

Le droit qui est divin, la morale qui est exemplaire, la justice qui est sacrée face à la loi qui est humaine, changeante, imparfaite, souvent injuste, quelquefois partielle. Le combat est inégal et la comparaison inéquitable, parce que la loi est par nature contestable et réformable et parce que là est le rôle de tout citoyen que de rester vigilant en la comparant sans cesse à ces trois axiomes qui sont les trois grands piliers sur lesquels repose toute la destinée humaine : le droit, la morale et la justice.

Éclairage

On n'insistera jamais assez sur l'apport de Victor Hugo et, de façon plus générale, des écrivains et gens de lettres en matière juridique, principalement lorsqu'ils ont quelque chose à dire, qu'ils ont le talent pour l'écrire et la célébrité pour le faire savoir. Nous évoquerons plus loin, notamment dans *Les plaideurs*, l'apport de certains d'entre eux à l'évolution du droit. Si Émile Zola ou George Sand se sont illustrés dans la défense de causes célèbres, Victor Hugo ne peut-il être considéré comme un des pères de l'abolition de la peine de mort et, si nous y réfléchissons bien, aussi, de la reconnaissance par le juge puis par le législateur de l'État de nécessité ?

I. « PRO JURE CONTRA LEGEM » : LA LOI N'EST PAS LE DROIT

La loi n'est pas le droit quel que soit le sens que l'on accorde au concept de « droit ».

La loi n'est pas le droit envisagé au sens « d'idéal »

Le droit en tant qu'idéal a été fort bien mis en lumière par Victor Hugo dans son opposition à la loi :

« Le droit et la loi, telles sont les deux forces ; de leur accord naît l'ordre et de leur antagonisme naissent les catastrophes. Le droit parle et commande du sommet des vérités ; la loi réplique du fond des réalités ; le droit se meut dans le juste, la loi se meut dans le possible ; le droit est divin, la loi est terrestre. Ainsi, la liberté, c'est le droit ; la société, c'est la loi. De là la tribune : l'une où sont les hommes de l'idée, l'autre où sont les hommes du fait. L'une qui est l'absolu, l'autre qui est le relatif. De ces deux tribunes, la première est nécessaire, la seconde est utile. De l'une à l'autre il y a la fluctuation des consciences. L'harmonie n'est pas faite encore entre ces deux puissances, l'une immuable, l'autre variable, l'une sereine, l'autre passionnée. La loi découle du droit mais comme le fleuve découle de la source, acceptant toutes les torsions et toutes les impuretés des rives. Souvent, la pratique contredit la règle, souvent le corollaire trahit le principe ; souvent l'effet désobéit à la cause ; telle est la fatale condition humaine. Le droit et la loi contestent sans cesse ; et de leur débat, fréquemment orageux, sortent, tantôt les ténèbres, tantôt la lumière. Dans le langage parlementaire moderne on pourrait dire : le droit, chambre haute ; la loi, chambre basse.

L'inviolabilité de la vie humaine, la liberté, la paix ; rien d'indissoluble, rien d'irrévocable, rien d'irréparable ; tel est le droit.

L'échafaud, le glaive et le sceptre, la guerre, toutes les variétés de joug, depuis le mariage sans le divorce dans la famille jusqu'à l'état de siège dans la cité, telle est la loi.

Le droit : aller et venir, acheter, vendre, échanger.

La loi : douane, octroi, frontière.

Le droit : L'instruction gratuite et obligatoire, sans empiétement sur la conscience de l'homme, embryonnaire dans l'enfant, c'est-à-dire l'instruction laïque.

La loi : les ignorantins ;

Le droit : la croyance libre ;

La loi : les religions d'État ;

Le suffrage universel, le jury universel, c'est le droit ; le suffrage restreint, le jury trié, c'est la loi.

La chose jugée c'est la loi ; la justice c'est le droit.

Mesurez l'intervalle. » (Cf. Victor Hugo, Paris, juin 1875 in *Politique*, Robert Laffont, Coll. « Bouquins », 1985, p. 67)

C'est pour cela que Victor Hugo, à qui l'on doit ces quelques lignes, avait fait sienne la maxime « *pro jure contra legem* » (pour le droit, contre la loi).

Le droit pénètre les consciences, demeure en elles, devient cette plume par laquelle on écrit les lois mais aussi cette arme qui les combat ; car c'est par ce combat incessant que l'on s'approche de cet idéal qu'est le droit. Comme l'écrivait le même homme, la conscience du parlementaire « *lui a imposé, dans ses fonctions de législateur, une confrontation permanente et perpétuelle de la loi que les hommes font avec le droit qui fait les hommes* ».

La loi n'est pas le droit envisagé au sens purement matériel

Envisagée non dans l'idéal mais sur un plan matériel, la loi n'est qu'un sous-ensemble du droit. Le droit c'est l'ordonnancement juridique qui constitue la société dans laquelle nous vivons et qui, au-delà, organise les rapports entre les sociétés elles-mêmes. Il rassemble en les hiérarchisant et en les articulant entre eux, les règles et modes de comportement en vigueur dans une société donnée. Ainsi font partie du droit la norme fondamentale (la Constitution) et les textes et principes auxquels elle renvoie (Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946...), les traités et accords internationaux (comme la Charte des Nations unies ou la Déclaration universelle des droits de l'homme) ou régionaux (comme la Convention européenne des droits de l'homme), mais aussi, sur le plan interne, la loi qui doit être conforme à la Constitution (voir *infra*) et les textes d'origine réglementaire (décrets, arrêtés, circulaires etc.). Encore faut-il ajouter à cet ensemble normatif la jurisprudence qui en permet l'interprétation et en illustre l'application et, dans une moindre mesure en ce qui nous concerne (sauf cas particuliers concernant l'Outre-mer), la coutume. On peut y adjoindre dans une proportion encore plus limitée la doctrine qui est l'analyse raisonnée par des interprètes non toujours officiels mais autorisés du phénomène juridique. C'est l'articulation cohérente de cet ensemble qui constitue ce que l'on nomme le droit.



Face à un texte législatif, plusieurs questions peuvent se poser parmi lesquelles :

- Sur quel principe supérieur se fonde-t-il ?
- Quel principe supérieur met-il en application ou contredit-il ?

Et pour y répondre nous le comparons aux textes constitutionnels, aux directives européennes voire à une avancée jurisprudentielle que le législateur voudrait consacrer. La

doctrine, c'est-à-dire les commentaires autorisés (ou moins autorisés) est là quelquefois pour y aider.

– Quelles sont ses modalités d'application ?

– Comment sera-t-il mise en œuvre ?

La lecture des textes d'application, décrets, circulaires est ici d'un intérêt non négligeable.

– Comment doit-il être interprété ?

– De quelle manière le lire ?

La consultation de la jurisprudence qui est la réponse donnée par le juge à des litiges mettant en cause le texte est ici essentielle.

Enfin, demeure l'entendement qui est tout ; cette pensée qui juge de l'opportunité d'un texte et de ses modalités d'application, cette science qui en éclaire le sens et cette sagesse qui doit présider à son application. Ôtons ce que Spinoza nommait la Raison qui nous pousse à respecter les lois parce que les jugeons nécessaires et non parce que nous y sommes seulement contraints et le droit disparaît : « *Summum jus, summa injuria* » (comble du droit, comble de l'injustice) écrivait Cicéron dans *De Officiis*. Dans son *Appendice à l'introduction de la doctrine du droit*, Emmanuel Kant commentait cette maxime en ces termes : « *Cette sentence [...] est donc celle de l'équité ; mais c'est là un mal auquel on ne peut trouver de remède dans la voie même du droit, quoiqu'il s'agisse d'une chose fondée en droit ; car l'équité ne ressort que du tribunal de la conscience (forum poli), tandis que toute question de droit proprement dite est de la compétence du tribunal civil* ». Certes, mais que serait l'une sans l'autre ?

II. LA LOI N'EST PAS LA MORALE

Nous avons connu de ces époques où la loi devait se confondre avec la morale ou certaines morales assimilées à *La Morale*. Pourquoi parle-t-on de « certaines morales assimilées à *La Morale* » ? Parce que toute morale est à la fois globalisante et exclusive ; globalisante en ce qu'elle se présente comme la seule valable et exclusive en ce que, de ce fait, elle tend à écarter toutes les autres.

Là où le droit dit le juste et l'injuste, la morale, qui interroge notre conscience, dit le bien et le mal. Le bien et le mal, pour la morale, ne se partagent pas. Ils sont un combat à mort, permanent. Le bien, lui, ne tolère nulle compromission, nulle altération. Il est divin.

Dans *l'Éthique de Nicomaque*, Aristote distinguait bien le droit de la justice, assimilée à une sorte de morale. La justice, qui ramène à un juste milieu, est certes la plus importante de toutes les vertus avec le respect des lois. Pour autant, cette conception d'une certaine morale conceptuelle ne se s'amalgame pas avec *La morale* entendue davantage comme un dogme imposé et sanctionné juridiquement, se confondant ou s'étant confondu en quelques

lieux et époques avec le droit de l'État. C'est ce qui se produit lorsque le droit positif, qui vise à la satisfaction de l'intérêt général, fait sienne une religion dont le but est d'interdire et de sanctionner ce qui est moralement blâmable.

Dans sa *Genèse du droit*, le spécialiste de droit romain Antoine Leca rappelle que la séparation du juridique – du droit public et du droit privé – et du religieux remonte au droit romain de l'antiquité et à la Loi des XII Tables.



Vers, 450 avant notre ère est entreprise une première mise par écrit du droit romain. Ces lois, qui concernent avant tout le droit privé, allant de l'organisation successorale aux procédures seront affichées sur des tables dans le forum, d'où leur nom.

Pour autant demeurent des lieux et des temps qui connurent cette conjonction de la loi et de la morale religieuse.

Ces exemples, nous les connaissons tous, à commencer par celui de la très Sainte Inquisition dont la mission était d'identifier les « crimes de lèse-majesté divine » et d'en punir les auteurs pour extraire le Malin de ceux-ci, les purifier par le feu si nécessaire et surtout convaincre les autres de ne pas sombrer dans les mêmes travers. Or, l'Inquisition ne fut rien moins que le fruit de quelques dominicains illuminés et isolés. Elle procédait tout au contraire d'une exigence morale qui trouvait sa stricte application dans la loi. C'est, en effet, lors du Concile de 1184, à Vérone, qu'une Constitution en définit les principes. Les évêques y étaient chargés de maintenir la foi et de s'informer par eux-mêmes des personnes suspectées d'hérésie. Les Canons de Latran feront le reste et le Concile de 1229, à Toulouse, confiera aux dominicains la tâche de déterminer les procédures à suivre. La loi ne fut pas absente de l'œuvre, qui fut mise à contribution pour transcrire en des termes juridiques et forcément répressifs lesdits canons de Latran.



Les exemples ne manquent pas en la matière, dont celui qui nous est offert par Frédéric II de Hohenstaufen, homme cultivé et éclairé qui régna sur le Saint-Empire Romain-Germanique. Une telle répu-



Éclairage

Un inquisiteur du XVI^e siècle, Henry Institoris a laissé sur cette question un témoignage assez édifiant. Son ouvrage intitulé « Malleus, Maleficarum » (Le marteau des sorcières), publié en 1486, développe en effet tout le détail de la procédure judiciaire :

- Comment organiser un procès de la foi ;
- Comment faire déposer les témoins et garantir la sincérité de leurs témoignages ;
- Faut-il incarcérer l'accusé dans l'attente de son procès ? ;
- Comment assurer la défense de l'accusé ? Rôle de l'avocat. Lui en désigner un d'office si besoin en était.
- Comment mener le déroulement de l'instance ?
- Comment traiter les recours en appel de la sentence, à Rome ?

Car l'appel était encore possible.

En principe (Cf. H. Institoris & J. Sprenger, *Le marteau des sorcières*, Trad. par A. Danet, éd. J. Million, 1997, p. 458 & s.).

tation ne l'empêcha pourtant pas de proclamer un code complet et impitoyable de persécutions justement fondé sur les canons de Latran, dans une série d'édits allant de 1220 à 1239. Selon ces textes, de simples suspects d'hérésie pouvaient être poursuivis. Mise en place, la loi fut mise en œuvre et, en 1232, c'est toute l'organisation de l'État qui fut placée au service des inquisiteurs, structures administratives et fonctionnaires compris. Car, nous l'oublions trop souvent, la loi régit non seulement la prescription et la proscription des comportements et les sanctionne mais aussi la mise en place de tribunaux, la procédure suivie devant eux, de même que la désignation des juges et le prononcé des sentences.

Que se passerait-il aujourd'hui, en France, si la « morale » au sens entendu ici et la loi se conjuguait ? On peut se demander, par exemple, comment la loi traiterai la question de l'homosexualité, sachant le sort tragique qui est réservé à ceux qui s'y livrent dans certains pays où religion et droit tendent à se confondre. La pornographie, atteinte aux bonnes mœurs et à la morale serait sans doute condamnée de même que l'enfant né hors mariage ou le droit à l'avortement, pour ne prendre que quelques exemples.

Si le peuple éclairé doit être à l'origine des lois, celles-ci sont aussi là pour éclairer le peuple nous dit Jean-Jacques Rousseau. Pour l'éclairer et non pour le rééduquer. Là est toute la différence.

« *Summum jus, summa injuria* » écrivait Cicéron.

Reste le rapport de la loi à la Justice.

III. LA LOI NE SE CONFOND PAS AVEC LA JUSTICE

Cependant, le rapport de la loi à la justice est plus complexe qu'il n'y paraît. Tout dépend du sens que l'on veut bien attribuer au terme de justice.

La loi ne se confond pas avec la « justice sociale »

Si l'on entend « Justice » avec un grand « J », comme l'on parle de « justice sociale », par exemple, le rapprochement serait *a priori* séduisant. *A priori* seulement.

Prenons pour exemple le principe d'égalité inscrit au fronton de nos bâtiments et monuments publics et qui est le second terme de la devise de la République. Il s'agit en fait d'une égalité en droits à laquelle doit tendre notre législation. Égalité en droits signifie que nul d'entre nous ne dispose de davantage de droits que l'autre et que nul n'est au-dessus des lois. Ce principe signifie aussi que chacun d'entre nous doit avoir, dans la vie, les mêmes chances que son prochain : cela induit le droit à l'instruction pour tous, les bourses d'études pour les plus méritants, les allocations versées aux familles – en principe – pour l'éducation des enfants, etc.

Aristote, dans *l'Éthique de Nicomaque*, assimilait la justice à l'égalité par la recherche d'un juste milieu et le droit en ce « quelque chose qui consiste dans