

Fiche 1

Les systèmes connexes au Droit

- I. Coïncidence des notions
- II. Séparation des notions

Définitions

Morale : Relatif aux mœurs, aux règles de conduite et aux comportements humains fondées sur les convictions personnelles.

Religion : Règles de comportement individuel et collectif conformes à une volonté divine.

I. Coïncidence des notions

1. **Notions.** Traduit du grec *ta êthica*. morale et éthique se confondent en ce que ces deux termes désignent ce qui est relatif aux mœurs, c'est-à-dire aux règles de conduite et aux comportements humains. Une distinction semble poindre : tandis que la morale étudie les attitudes des humains dans leurs conséquences concrètes, l'éthique est envisagée dans une optique plus abstraite et aboutit à s'interroger sur les fondements et les concepts de la morale (bien et mal ; devoirs et droits ; etc.). Quant à la religion, elle a deux sources étymologiques latines : elle vient du latin *religio* et *religare*, qui signifie *relier* (Lactance, saint Augustin), et *relegere* qui veut dire notamment *rassembler* (Cicéron, *De Natura Deorum*). Morale, religion et droit ont en commun d'avoir un objet similaire : poser des règles de conduite en société et d'être des sources du droit (*Contra J. Derrida*).

A. Règles de conduite

2. **Bien commun.** Le droit énonce des règles de conduite. La religion et la morale partagent ce but. La morale incite à respecter la parole donnée. La religion sert à organiser la vie en communauté (restrictions des relations sexuelles ; garantir les liens de filiation ; assurer la liberté des individus dans leur choix de vie religieuse) et à poser des interdits (ex. : interdits alimentaires ; interdiction de l'anatocisme, c'est-à-dire du prêt à intérêt). La morale compose également des règles de comportement

en société. La morale est souvent soit une condition du comportement, soit un impératif. Ainsi, la morale est une composante de l'ordre public (CE, sect., 18 déc. 1959, Société Les films Lutetia). Dans les relations contractuelles, les bonnes mœurs – distinctes de l'ordre public – doivent être respectées à peine de nullité (art. 6, C. civ.). Les contrats sont soumis également au principe de bonne foi et « *doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* » (art. 1104, C. civ.).

B. Sources du droit

3. **Droit naturel.** La pensée juridique occidentale distingue classiquement droit naturel, ou jusnaturalisme, et droit positif ou positivisme. Le droit naturel est composé de règles universelles applicables de toute éternité, en tout temps et en tout lieu. La coïncidence entre morale, droit et religion consiste à dire que le contenu de ce droit naturel est issu d'une morale ou d'une religion. En cela, morale et religion constituent des sources de droit. D'ailleurs, en matière de droit naturel, la recherche de la conformité entre la loi divine ou morale et la loi positive est constante. Une telle mention est d'une importance pratique capitale puisqu'elle détermine l'interprétation des règles communes. C'est la raison pour laquelle des vellétés émergent pour intégrer au sein de la Constitution française ou dans les traités européens la référence aux racines chrétiennes de l'Europe.

4. **Religion.** Dans les sociétés antiques, à l'origine, ce sont les prêtres qui sont les dépositaires de la connaissances du droit. Ainsi, dans la Rome antique, les pontifes étaient seuls à connaître les règles de conduite. Ce n'est que progressivement que les « connaisseurs » de la règle se sont scindés en deux castes : aux pontifes sont attribués les mystères de la religion ; aux jurisconsultes, les mystères du droit. Les relations intimes entre religion et droit sont avérées. Ulpien considère que « *celui qui s'adonne au droit doit d'abord savoir d'où vient ce mot (ius). Il tire son nom de la justice. En effet, selon l'élégante définition de Celse, le droit est l'art du bon et de l'équitable. C'est à bon droit qu'on nous qualifie de prêtres, car nous exerçons la justice et nous faisons connaître ce qui est bon et équitable, séparant l'équité de l'iniquité, distinguant le licite de l'illicite, cherchant à susciter le bien non seulement par la menace des peines, mais par la promesse de récompenses, pratiquant ce qui nous semble la vraie et non une fausse philosophie* » (Dig. 1. 1. 1. ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 1998, p. 305).

5. **Morale.** Concernant la morale, elle est également source du droit. Elle prend corps dans divers textes comme les chartes éthique, les codes de bonne conduite et les règles de bonne pratique auxquels se soumettent les entreprise. On peut aussi voir dans la morale l'émergence de différentes notions comme la morale des affaires ou la responsabilité sociale de l'entreprise ou encore les règles de *compliance*. Le droit traduit parfois en son sein une règle de nature morale ou à tout le moins fournit un fondement à l'existence de la règle morale. Par exemple, avant la réforme de 2016 et avant d'être insérée dans le Code civil sous l'appellation de l'enrichissement injustifié,

la prohibition de l'enrichissement sans cause, sur le fondement de l'ancien article 1371 du Code civil avait été reconnue en jurisprudence (Cass. Req., 15 juin 1892, *GAJC*, t. 2, 12^e éd., comm. n° 239).

6. Droit musulman. Le droit musulman est l'ensemble des règles applicables dictées par le Coran. Concernant ce droit, la coïncidence du droit et de la religion est parfaite. Le droit est la religion et la religion est le droit. La raison en est que Mahomet a reçu directement la parole divine qu'il a retranscrite. Ceci explique la complexité pour les sociétés fondées sur le droit musulman de concilier les fondements religieux avec les principes d'égalité de traitement et plus largement la garantie des droits fondamentaux. Tel est le cas en matière d'égalité femmes/hommes. Il est souvent prêté à l'Islam qu'une femme vaut la moitié d'un homme. En matière de successions, il est prévu que « *voici ce qu'Allah vous enjoint au sujet de vos enfants : au fils, une part équivalente à celle de deux filles* » (Sourate « An-Nisa [Les Femmes] », IV : 11, ce qui est sujet à interprétation). De même, les juristes musulmans éprouvent de grandes difficultés à concevoir une déclaration islamique de droits où hommes et femmes sont égaux en droits (ex. : Déclaration islamique universelle des droits de l'homme du 19 septembre 1981 ; Déclaration du Caire des droits de l'homme en Islam du 5 août 1990 ; Charte arabe des droits de l'homme du 15 septembre 1994, révisée en 2004). Dans la déclaration du Caire, l'article 1^{er} consacre l'égalité de tous les hommes « dans la dignité humaine » et non en droits.

II. Séparation des notions

A. Absence de caractère contraignant

7. Nature du devoir. Le devoir moral et la contrainte religieuse ne sont pas des devoirs juridiques. Ils sont dépourvus de caractère contraignant. On peut prendre deux exemples. Juridiquement, les enfants sont redevables de la piété filiale et d'une obligation alimentaire à l'égard de leurs auteurs. Inversement, l'entraide entre collatéraux (frères et sœurs ; cousins ; tantes et oncles), si elle est la bienvenue, n'est en rien obligatoire. Deuxièmement, l'obligation naturelle (ex. : obligation prescrite) n'est pas susceptible d'exécution forcée mais peut être exécutée volontairement. Le cas échéant, elle se métamorphose et lie juridiquement celle ou celui qui l'a exécutée (ex. : exécution d'un legs verbal ; réparation spontanée d'un dommage sans que la responsabilité ne soit engagée).

8. Source. Toute règle de droit ne puise pas ses fondements dans la morale ou dans la religion. La morale et la religion, en elles-mêmes, ne fondent pas toutes les règles juridiques. Il n'y a rien de religieux ou de moral dans le Code de la route qui impose comme norme de comportement de rouler à droite et de s'arrêter au feu rouge. En outre, certains comportements sont considérés comme immoraux mais sont parfaitement légaux (ex. : optimisation fiscale et sociale ; rémunération des grands patrons). Ce qui n'est pas moral peut être légal. Par ailleurs, le droit peut ne

répondre à aucune morale. ce qui est amoral peut être juridique. C'est la position défendue par le positivisme juridique. Kelsen partage celle-ci. La religion n'est pas non plus le fondement de toute règle, sauf pour les systèmes religieux comme le droit musulman où l'identité est parfaite. L'efficacité économique peut être aussi un fondement juridique.

9. **Condition.** Pour pouvoir être protégée, la religion doit trouver une traduction dans une règle juridique. Le Décalogue ou les Dix Commandements (Ex., XX: 2-17; Deut. V: 6-21) ne sont pas des prescriptions juridiques comme celles issues du Code pénal. En outre, en principe, en France, le blasphème n'est l'objet d'aucune sanction pénale, sauf pour l'Alsace-Moselle (art. 166, C. pén. Local) où jusqu'en 2017 une infraction pénale était prescrite (L. n° 2017-86 du 27 janvier 2017, art. 172). De même, la morale doit faire l'objet d'une reprise dans une règle de droit pour être opposable ou régir une situation. C'est le cas aussi pour les codes de bonne conduite et les chartes éthique. Par exemple, les sociétés cotées peuvent se référer volontairement à un code de gouvernement d'entreprise (Code AFEP-MEDEF; art. L. 225-37-4, C. com.). On rejoint d'ailleurs la problématique du droit souple et celle de savoir à quelle condition une règle est contraignante.

B. Absence de sanctions

10. **Critère.** Les domaines religieux et moraux ne coïncident pas avec le droit sur le terrain de la sanction. La violation de préceptes religieux est condamnable mais pas sur ce plan d'existence: les comptes seront rendus au moment du Jugement dernier. Pour la morale, la violation d'un engagement de cette sorte a pour conséquence un sentiment humain bien connu: la déception.

11. **Sanction.** Toute règle juridique n'est pas pour autant sanctionnée. Le second alinéa de l'article 40 du code de procédure pénale, dont on a tant discuté au cours de l'affaire Benalla en juillet 2018, est un excellent exemple. Selon cette disposition, *« toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »* Selon une jurisprudence constante (Cass. crim., 13 oct. 1992, n° 91-82456), *« les prescriptions de l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale ne sont assorties d'aucune sanction pénale ».*

12. **Frontières.** Même si elle n'est pas imperméable, une frontière existe entre morale, religion et droit. En France, pour ce qui est de la religion, cette partition entre droit et religion est tracée au moyen de normes et de principes comme celui de laïcité (L. de 1905) applicable uniquement dans la Fonction publique. En séparant l'espace religieux et l'espace politique, le législateur, loin de nier la liberté religieuse proclamée par des textes fondamentaux et, eux, obligatoires (art. 10, Conv. EDH; DDHC de 1789), a entendu ouvrir un champ où chacun est libre de s'exprimer et de ne pas imposer ses croyances à une autre personne. C'est une condition du « vivre

ensemble» reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme qui a validé la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (L. n° 2010-1192 du 11 octobre 2010) applicable aux vêtements religieux comme la burqa (CEDH, 1^{er} juil. 2014, S.A.S. c/ France, n° 43835/11).

13. Hiérarchie. Inversement, la religion et les convictions religieuses se soumettent à la loi commune. L'article 10 de la Convention EDH stipule que la liberté religieuse n'est pas une liberté absolue. De même, l'article L. 1321-2-1 du Code du travail énonce que « *le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.* »

14. Accommodement raisonnable. Évidemment, des techniques ont été imaginées pour ne pas tomber dans une lecture abusive de la hiérarchie entre règles juridiques et commandements religieux. Aux États-Unis et au Canada a été élaborée la technique de l'accommodement raisonnable. En France, la chambre sociale de la Cour de cassation estime, dans sa note explicative de l'arrêt sur la salariée portant un foulard islamique et refusant de l'ôter lors de ses contacts avec la clientèle (Cass. soc., 22 nov. 2017, n° 13-19.855), que l'obligation de proposer un autre emploi s'apparente aux accommodements raisonnables, notion plus familière aux pays de *common law*, et n'est qu'une application du principe de proportionnalité. La Cour EDH a déjà statué sur la question du régime alimentaire des détenus au regard de leur confession religieuse (CEDH, 4^e Sect. 7 déc. 2010, Jakóbski c/ Pologne, Req. n° 18429/06).

À retenir

- Le droit énonce des règles de conduite obligatoires et sanctionnées.
- La morale et la religion influencent le contenu de la règle juridique.
- La morale et la religion ne sont pas sanctionnées.

Pour aller plus loin

- Ch. Appleton, « Les rapports traditionnel de la morale et du droit », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence* n° 55, 1931, p. 112-124.
- J. Carbonnier, « Morale et droit », in *Flexible droit*, chap. VIII, 10^e éd., LGDJ, 2001, p. 94-103.
- L. De Naurois, « Discordances entre droit et morale », *Revue théologique de Louvain*, 1971. p. 307-326.
- Fr. Drummond, D. Fenouillet (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, 242 p.

- Ph. Jestaz, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 625-638.
- J. Krynen (dir.). *Le Droit saisi par la Morale*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2005, 352 p.
- O. Pfersmann, « Morale et droit », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1040-1046.

POUR S'ENTRAÎNER

1. Quel point commun présentent droit, religion et morale ?
 - a. Elles sanctionnent les mauvais comportements.
 - b. Elles énoncent des préceptes impératifs.
 - c. Elles fixent des règles de conduite.
 - d. Elles formulent des souhaits.
2. Qu'est-ce que le droit naturel ?
 - a. Des règles applicables à tous pendant une période donnée sur un territoire donné.
 - b. Des règles applicables par le passé.
 - c. Des règles issues de la Nature.
 - d. Des règles universelles applicables de toute éternité, en tout temps et en tout lieu.
3. Qui sont les prêtres de la justice ?
 - a. Les magistrats.
 - b. Les juristes.
 - c. Les avocats.
 - d. Les notaires.
4. L'article 40 du Code de procédure pénale est-il sanctionné juridiquement ?
 - a. Oui civilement.
 - b. Oui, pénalement.
 - c. Non, aucune sanction n'est prévue.
 - d. Non, aucune sanction pénale n'est prévue.
5. Quelle technique est utilisée pour concilier les impératifs juridiques avec les préceptes religieux ?
 - a. Arrangement amiable.
 - b. Accommodement raisonnable.
 - c. Règlement raisonnable.
 - d. Règlement amiable.

Réponses : 1 : c ; 2 : d ; 3 : b ; 4 : c ; 5 : b.

Fiche 2

Les fonctions du droit

- I. Organiser
- II. Protéger

Définitions

Droit objectif : Ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées.

Droits subjectifs : Prerogatives individuelles dont la titularité offre à la personne intéressée de faire valoir quelque chose.

I. Organiser

1. **Nécessité.** À quoi sert le droit ? On ne trouvera pas dans les lignes qui suivent de réponse définitive et tranchée. Le droit est une auberge espagnole. Il est à la fois grand en ce qu'il est le Droit objectif, c'est-à-dire un ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées. Il est également petit parce qu'il se préoccupe des vicissitudes de la vie quotidienne : il correspond aussi aux droits subjectifs, c'est-à-dire les prerogatives individuelles dont la titularité offre à la personne intéressée de faire valoir quelque chose. En grandeur et petitesse, le droit a pour finalité d'organiser et de protéger. « *Ubi societas ibi Ius* », « là où il y a une société, il y a du droit ». Organiser la société commande de poser des règles de conduite et de délimiter la liberté dont disposent les individus.

A. Poser des règles de conduite

2. **Relations.** Le droit a pour objet de poser des règles de conduite, c'est-à-dire organiser les relations humaines entre individus et/ou avec des groupes d'individus (ex. : associations, entreprises, sociétés commerciales, communauté religieuse, etc.). Les relations en cause sont de nature différente. Certaines sont d'ordre privé et constituent des rapports entre particuliers. La vocation de ce droit privé vise à régir la parenté (voire la parentalité) et la propriété. En revanche, d'autres relations

sont publiques et concernent les rapports entre gouvernants et gouvernés. Ces relations publiques intéressent la liberté, la sécurité, l'égalité et la solidarité. C'est la vocation du droit public.

3. **Règles.** Les règles organisant la conduite de l'individu seul ou des groupes d'individus sont, elles aussi, de nature différente. Elles requièrent tantôt l'action, tantôt l'abstention. Elles peuvent aussi se substituer, le cas échéant, à la volonté des individus.

4. **Interdictions.** La première catégorie de règles est celle qui pose des interdictions. Certains sont universels, notamment la prohibition du meurtre, l'interdiction de l'inceste, la réduction en esclavage. D'autres interdictions sont contingents (ex. : interdiction de l'usage de stupéfiants ; tabac et alcool). Les interdictions sont généralement sanctionnées par des peines répressives.

5. **Droits.** La seconde catégorie de règles est celle qui prévoit des droits au profit des individus. Il peut s'agir de droits essentiels mais également de droits plus prosaïques. Les droits se développent dans les sphères européenne et constitutionnelle.

6. **Devoirs.** La troisième catégorie de règles est celle qui pose devoirs et obligations, souvent le pendant de droits. Selon l'alinéa 5 du Préambule de la Constitution de 1946, chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. La catégorie des devoirs juridiques contient encore les règles d'ordre public sous lesquelles les contrats doivent plier mais aussi les « lois de police » (ou « dispositions impératives absolues »).

7. **Règles supplétives.** Enfin, une dernière catégorie pallie les lacunes des individus et se substitue à son silence. Ce sont, par exemple, les règles supplétives de volonté présentes dans le Code civil et dans le Code du travail.

B. Encadrer la liberté

8. **Notion.** Qu'est-ce que la liberté ? Tout est dit dans l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. En vertu de cette disposition, *« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, 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. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. »*

9. **Régimes.** La liberté est encadrée dans son exercice selon trois procédés traditionnels théorisés par Adhémar Esmein (1848-1913) : – le régime répressif ; – le régime préventif ; – et le régime déclaratif. L'encadrement de l'exercice de la liberté a donc lieu soit a priori, soit a posteriori.

10. **Régime répressif.** Les dénominations sont contre-intuitives. En vérité, c'est le régime répressif qui est le plus libéral puisqu'il ne demande ni déclaration, ni autorisation. Aucune exigence de forme n'est posée. Ce n'est que dans l'hypothèse où l'exercice de la liberté serait abusive qu'une répression serait appliquée au contrevenant.