

DROIT

Théorie et philosophie

Écrit par

Jean DABIN : membre de l'Académie royale de Belgique, doyen émérite de la faculté de droit de Louvain

Le mot « droit » étant un de ces termes à significations multiples comme on en rencontre souvent dans le domaine des sciences morales et sociales, il importe de préciser en quel sens on l'entendra ici.

Si l'on interroge les philosophes et les **moralistes**, et aussi l'homme profane, le droit est l'objet de la justice, **vertu** qui consiste à rendre à chacun le sien. Cette acception du mot « droit », qui aboutit à une assimilation du droit à la *justice*, est légitime, d'autant plus qu'elle peut se prévaloir d'un large usage. Cependant, pour les juristes, le droit est, en premier lieu, la *règle de droit* (du bas latin *directum*), c'est-à-dire une norme d'un certain type venant régir le comportement des hommes en société. D'autre part, on distingue, depuis l'Antiquité, entre le droit dit *positif*, qui est la règle édictée par l'**autorité** compétente, et le droit dit *naturel*, qui est inscrit dans la nature de l'homme, indépendamment de toute intervention d'une règle positive. Enfin, sous un autre aspect, on distingue entre le droit dit *objectif*, qui est la règle de droit dont il vient d'être parlé, et le droit dit *subjectif*, qui est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif.

Entre ces acceptions diverses existent évidemment des liens, ce qui explique les chevauchements de terminologie. C'est ainsi que le droit subjectif, en tant que dérivé du droit objectif, se situe logiquement dans le prolongement de celui-ci ; que le droit positif ne peut être envisagé en dehors de toute référence à la justice ; que le juriste doit prendre attitude devant le problème du **droit naturel**... Il n'en est pas moins vrai que le domaine de la « juridicité », et, par conséquent, le champ d'investigation propre du juriste, est le droit positif (existant ou considéré dans son essence) et que, pour la science juridique, le droit, sans autre qualificatif, est d'abord le droit positif.

Le présent exposé sera divisé en trois parties. Dans la première, on analysera le droit dans son élément de forme, de structure. Ce sera, si l'on veut, une *théorie* du droit. Dans la deuxième partie, on étudiera le droit dans son contenu : ce sera une **philosophie** du droit. Enfin, dans une troisième partie, on traitera du *droit subjectif*.

Définition formelle du droit

À la différence de la vérité, par exemple, le droit est, comme le langage, un phénomène de la vie sociale. Il s'agit seulement de l'identifier parmi les autres phénomènes de même ordre, en relevant ses traits distinctifs et ses caractères spécifiques.

Traits distinctifs de la règle de droit

Le droit et la société politique

Pour que la règle de droit apparaisse, il ne suffit pas qu'un homme se trouve en rapport avec un autre homme : ainsi Robinson dans son île face au nouvel immigrant. Il ne suffit même pas d'une pluralité de rapports interindividuels entre des personnes plus ou moins nombreuses (cf. le concept de « société civile » chez Hegel) ; à ce plan de l'**altérité** (bilatérale ou multilatérale), la **morale** est seule à intervenir avec, pour **précepte** premier, celui de la justice, qui oblige chacun au respect du droit de l'autre. La règle de droit ne prend naissance qu'à la condition que des hommes forment groupe, non seulement par la participation à certains traits communs (race, langue, classe sociale, etc.), mais sur le fondement d'une *société* constituée en vue d'une fin et pourvue d'une organisation au service de cette fin. Bien mieux que le terme « social », qui est vague, le terme « sociétaire » permettrait de désigner le mode de groupement envisagé. Le droit n'est plus alors une simple règle de vie sociale ; il est la règle qui régit les rapports entre les hommes groupés dans des liens sociétaires.

Cependant les sociétés organisées sont de genres multiples. Il y a les sociétés *temporelles*, à fin profane (ainsi les États) et les sociétés *spirituelles*, à fin religieuse (ainsi les Églises). Il y a les sociétés *privées*, à fin d'intérêt privé (ainsi les groupements à but lucratif ou à but non lucratif), et les sociétés *publiques*, à fin d'intérêt public (ainsi l'État). Il y a les sociétés *nationales* (les États, les Églises nationales, tous les groupements délimités par des frontières) et les sociétés *internationales* débordant du cadre national.

Or, en chacune de ces sociétés se manifeste de manière plus ou moins nette le phénomène de la « juridicité » : droit intérieur des groupements privés, droit étatique pour les sociétés étatiques, droit ecclésiastique pour les sociétés religieuses (droit canonique pour l'Église catholique), droit international pour les **relations internationales**, etc.

Mais entre ces sociétés diverses existe une **hiérarchie**. Pour nous limiter aux sociétés de l'ordre profane et sans sortir du cadre national, l'**État** a la prééminence et, par conséquent, son droit prévaut. Tandis que le droit des groupements particuliers règle les relations corporatives en considération de la fin particulière, toujours spéciale, qui est celle du groupement, le droit de la société politique (société globale, *Gesamtgesellschaft*) a compétence pour régler, de son point de vue qui est celui de l'intérêt général, toutes les activités de ses ressortissants, y compris les décisions et règlements pris par les groupes particuliers à l'endroit de leurs membres. En ce sens, la société politique est *souveraine* : elle « commande en chef » aux individus et aux groupes qui en font partie et, dès lors, son droit, en tant que suprême, est le seul droit.

À vrai dire, cette conception d'un droit nécessairement lié à l'État (quelle que soit la forme historique de cet État : cité antique, principautés ou villes libres du Moyen Âge, État moderne, théoriquement État mondial) a été contestée. On s'appuie sur l'histoire du droit et sur l'ethnologie juridique montrant l'existence d'un droit au moins élémentaire au sein de groupes sociaux qui ignorent l'organisation politique. Ou encore on souligne les différences de contenu et de conception qui distinguent de nos droits d'Europe et d'Amérique les droits traditionnels des pays islamiques, de l'Inde, de la Chine. Mais la question est de savoir si ces dits droits ressortissent à la catégorie du droit tel que nous l'entendons, s'ils prétendent même y ressortir plutôt qu'à la catégorie des mœurs ou de la religion. En tout cas, on ne peut nier que l'avènement de l'État a apporté au droit une figure et une signification nouvelles, sans analogie avec les règles du **clan**, de la **tribu** ou de la *gens*.

Du moment que la règle de droit est liée à l'existence d'un ordre sociétaire, en l'espèce l'ordre suprême de l'État, il n'est de règle de droit que celle qui est posée par l'autorité publique (ainsi pour la loi) ou, du moins, reçue et agréée par elle (ainsi pour la coutume juridique). Logiquement, c'est aux organes directeurs du groupe (dans l'État, le pouvoir politique) que revient la tâche d'édicter, pour les fonctionnaires et pour les citoyens, les règles de conduite nécessaires. Quels sont, au sein des États, les organes qualifiés pour poser le droit ? C'est un problème préliminaire, dont la solution est donnée dans la **constitution** écrite ou coutumière de chaque pays. L'organe créateur de la règle sera alors, selon le régime politique, ou un homme seul, ou un collègue, ou une assemblée, ou le peuple tout entier (démocratie directe, référendum législatif). Mais il ne faudra pas oublier le rôle plus indirect, mais très effectif des tribunaux, *eux aussi organes de l'autorité publique*, dans la formation de la règle de droit (cf. *infra*, « Sources formelles du droit »).

Le droit et la contrainte publique

Édictée ou, du moins, reçue par l'autorité publique, la règle de droit est, en outre, *garantie* par elle : des moyens de contrainte ont été prévus pour en forcer éventuellement l'exécution dans sa teneur même (principe de l'exécution en nature) ou, si c'est impossible, dans quelque sanction attachée à l'inexécution (peine ou dommages-intérêts). C'est, à nouveau, la suite logique de la conception sociétaire du droit. La règle étant la **loi** du groupe et des rapports au sein du groupe, l'obéissance à son précepte ne peut être abandonnée au bon vouloir des sujets ou, sinon, l'ordre sociétaire serait mis en péril. La situation normale, dans les pays civilisés, est l'obéissance spontanée ; la désobéissance généralisée à une règle ferait tort sinon peut-être à sa validité, du moins à son efficacité. De toute façon, le droit est destiné à passer dans les conduites : voilà pourquoi le respect de la règle, ou de la sanction qui l'accompagne, doit pouvoir être obtenu, au besoin, par la force.

En ce sens, il est vrai d'affirmer que le droit est un « ordre de contrainte », mais en notant tout de suite que ce n'est pas la force qui fait le droit, même d'un point de vue formel ; *de ce point de vue*, ce qui fait le droit, c'est l'ordre du souverain, auquel la force prête seulement son appui. Encore est-il que, là où manque cet appui (cas des « obligations naturelles », non munies d'action, cas des règles liant les détenteurs des fonctions suprêmes dans l'État), l'on a affaire à un droit imparfait.

La force mise au service du droit est la force *publique*. Sauf en des cas exceptionnels, dont le plus connu est celui de la **légitime défense**, « nul ne peut se faire justice à soi-même », eût-il pour lui le bon droit. La monopolisation de la contrainte par l'État est la condition première d'une société ordonnée. Ce bon droit, il faudra d'abord le faire vérifier par le juge (normalement un juge public) ; après quoi, au vu du jugement donnant gain de cause au demandeur, pourront entrer en ligne les

moyens d'exécution, eux aussi prévus et réglés par la loi. Ce n'est d'ailleurs pas toujours l'autorité publique qui mettra en branle l'appareil de la contrainte. Quand seul un intérêt particulier est en cause, le droit de poursuite est laissé à l'initiative de la personne dans l'intérêt de laquelle la règle a été édictée. Encore est-il que si elle décide de l'exercer, le droit de poursuite lui est ouvert à moins qu'elle y ait valablement renoncé.

La contrainte publique revêt un caractère *matériel*, frappant le récalcitrant dans sa personne ou dans ses biens : si le débiteur ne paye pas ses dettes, ses biens seront saisis et vendus au profit de ses créanciers ; si des travaux ont été effectués contrairement aux prescriptions légales (permis de construire, obligations du voisinage, etc.), ils seront détruits ; si des groupements ont été constitués ou agissent de manière illégale, ils seront dissous. Lorsque l'illégalité consiste en une infraction prévue par la loi pénale, le coupable encourra une peine : **peine de mort**, peine de privation de la **liberté**, amende, retrait du permis de conduire, fermeture de l'entreprise, etc. Il ne suffira donc pas, pour satisfaire au mode de contrainte postulé par le droit, que la violation des règles soit de nature à provoquer une réaction hostile de l'opinion publique. Une règle livrée à la sanction de l'opinion est une règle désarmée, incapable de vaincre les résistances et, de ce point de vue, déficiente aux yeux du juriste. Les formes de la contrainte publique varient selon les époques, les lieux, les civilisations. C'est ainsi que, en droit privé, le système de la « contrainte par corps » (réduction en **esclavage**, mise en **prison** du débiteur défaillant) a été remplacé par le système à la fois plus humain et plus rentable de l'exécution sur les biens ; c'est ainsi également que le système des **peines** a subi des modifications profondes non seulement quant au genre des peines (suppression de la loi du **talion**, abolition en droit ou en fait de la peine de mort), mais quant à la signification et à la fonction de la peine, qui n'est plus tant de restaurer l'ordre légal perturbé que de défendre la société et, par la transformation du régime pénitentiaire, d'aider à l'amendement du coupable.

Comparaison entre le droit et la morale d'une part, les mœurs d'autre part

On voit dès à présent, et toujours d'un point de vue formel, que le droit et la morale (*Sittlichkeit*) se différencient par une série de traits :

1. La morale dépasse le cadre sociétairer. En dehors de la vie sociétairer, il y a Dieu, vis-à-vis duquel l'homme, fût-il isolé, a des devoirs ; il y a la personne même de l'**individu**, dont celui-ci ne peut pas disposer comme s'il était le maître absolu de son être et des puissances de son être ; il y a les autres hommes pris individuellement, concitoyens ou étrangers, auxquels il doit la justice et l'entraide. Or, de ces devoirs moraux extra-sociétairer le droit n'a pas la charge, à moins toutefois que leur violation n'ait des incidences défavorables pour la société.
2. La morale gouverne non seulement les actes et les abstentions, mais aussi les intentions et les vœux, même s'ils restent à l'état caché. Le droit, au contraire, ne peut connaître des intentions et des vœux que pour autant qu'ils se soient extériorisés dans un comportement positif (acte) ou négatif (abstention).

Par sa matière, le domaine du droit est donc beaucoup moins étendu que celui de la morale.

3. Sur un point, en revanche, le droit l'emporte : sont assujettis à sa règle non seulement les individus, personnes physiques, mais les *groupements*, personnes morales, tandis que la morale ne s'adresse qu'aux personnes physiques, seules douées de conscience - y compris d'ailleurs les

personnes physiques agissant comme organes de personnes morales (ainsi, dans l'État, les gouvernants), car cette qualité ne les dispense pas, dans l'exercice de leur fonction au service de la personne morale, de respecter la loi morale commune.

4. Réserve faite des règles de morale *positive* édictées par un législateur divin ou humain (ainsi, pour les chrétiens, le Décalogue, les préceptes de l'Évangile), le principe inspirateur de la morale se trouve dans la conscience morale de l'homme, guidé, pour l'application aux situations concrètes, par la vertu morale de prudence. Au contraire, le droit est posé du dehors par l'autorité compétente.

Décalogue



La morale et le droit sont parfois intimement liés : ainsi le Décalogue (ou Dix Commandements), qui régit la communauté chrétienne mais est admis par tous comme le fondement de la vie sociétaire, parce qu'il a été édicté, selon la Bible, par un législateur divin est-il considéré comme...

Crédits : AKG

5. La règle morale a sans doute ses sanctions, dès ici-bas ou dans l'autre monde ; mais, sauf pour le **devoir** de justice, qui donne lieu à défense ou revendication, elle n'est accompagnée d'aucune contrainte. L'exécution forcée d'un précepte moral enlèverait à l'acte accompli de force toute valeur morale.

Quant aux mœurs (*Sitte*), comprises au sens des convenances en usage dans une société donnée, elles se différencient tant du droit que de la morale en ce qu'elles n'entraînent pas d'obligation, alors même qu'elles seraient généralement suivies et sanctionnées par des réactions sociales parfois très dures (mise à l'index, etc.). À moins qu'elles ne soient rendues obligatoires par la loi ou par la **jurisprudence**, auquel cas elles accèdent au rang du droit.

Caractères de la règle de droit

Le droit, impératif catégorique

Comme toute règle de conduite dans le domaine de l'agir humain, le droit fait naître un *impératif* : il *indique* aux membres du groupe (gouvernés et gouvernants) ce qui est à faire ou à ne pas faire (*sollen* proprement dit), ce qui est permis ou licite (*dürfen*), ce qui est attribué comme pouvoir aux uns et aux autres (*können*). Et l'indication est assortie d'un *précepte* qui commande, défend, accorde permission ou pouvoir.

À cet égard, les règles de droit ne sont pas comparables aux lois de la nature : la nature n'obéit pas à des lois comme l'homme obéit à la loi. Les lois naturelles dégagées par le travail de l'homme de science n'imposent rien à la nature ; elles ne sont que l'expression plus ou moins rigoureuse de certaines corrélations entre les phénomènes. L'homme seul, en tant qu'il est esprit, est soumis à des

règles de conduite, qui s'imposent à sa **volonté** certes, mais auxquelles il est physiquement libre de ne pas obéir.

Le comportement des hommes en société, notamment à l'égard du droit, se prête d'ailleurs, lui aussi, à la découverte de « lois sociologiques » ; mais il s'agit alors de la manière dont les hommes se comportent en fait, non de la manière dont ils doivent se comporter selon le droit (cf. DROIT - Sociologie du droit).

Le caractère impératif du droit est masqué dans une série de règles qui, apparemment, n'intiment pas d'ordre : ainsi pour les règles *dispositives*, les règles *permissives*, les règles *supplétives*. Mais une rapide analyse révèle l'ordre donné.

Quand la loi *dispose* que le possesseur de bonne foi d'un meuble en est propriétaire, cette disposition implique défense à tous, y compris le propriétaire dépossédé, de contester le droit de **propriété** du possesseur ; quand la loi dispose que le domicile de toute personne est au lieu de son principal établissement, cette règle oblige tout le monde à rapporter en ce lieu les effets que la loi attache à l'idée de domicile ; quand la loi déclare compétent pour tel acte tel fonctionnaire, elle **interdit** à toute autre personne de s'immiscer dans cette compétence ou d'empêcher le titulaire de l'exercer. Pour les règles dites *permissives*, l'analyse est la même : elles emportent interdiction à quiconque de s'opposer au comportement permis.

Les règles *supplétives* (fréquentes en matière de contrats) présentent cette particularité qu'elles peuvent être écartées par une disposition de volonté contraire des intéressés ; mais, faute de volonté contraire, elles lient comme toute autre règle.

Le caractère impératif de la règle de droit n'entraîne pas cette conséquence qu'elle recevra toujours application. Il faut ici reprendre la distinction, faite ci-dessus, entre les lois qui touchent l'intérêt public et celles qui ne concernent que des intérêts privés : pour ces dernières, l'intéressé juridiquement capable est libre de renoncer à leur bénéfice, comme il peut renoncer au droit d'en poursuivre l'exécution.

Nouvelle précision : l'impératif du droit est un *impératif catégorique*. L'impératif conditionnel vise le moyen à employer pour autant que l'on désire atteindre tel résultat d'ordre technique, œuvre des mains ou de l'esprit. Mais, sauf au titre du devoir professionnel, ni ce résultat ni même ce moyen ne sont obligatoires. À défaut de recourir au moyen adéquat, l'œuvre sera manquée, sans plus. Au contraire, l'impératif du droit, comme celui de la morale, est catégorique. Le jeu du dispositif légal pourra bien être subordonné à la réalisation de conditions : en ce sens, il sera *conditionné*. Par exemple, la règle du respect des contrats suppose la condition qu'un **contrat** ait été conclu. Mais jamais l'impératif juridique n'est *conditionnel*, au sens d'une liberté d'appréciation laissée au sujet d'y obtempérer ou non.

On a pourtant soutenu, en partant du fait que le droit est accompagné de sanction, que le sujet avait le choix entre l'obéissance au précepte et la sanction : celle-ci, seule, serait obligatoire – d'un impératif catégorique – *pour les organes d'application du droit* saisis d'une demande de sanction, tandis que le sujet conserverait sa liberté à l'égard de la règle, quitte à devoir subir la sanction si elle lui est infligée. Mais cette analyse renverse les termes du problème : la sanction n'a en effet d'autre rôle que d'assurer l'obéissance à la règle. C'est pourquoi le voleur, par exemple, n'a pas légalement le choix entre le vol et la peine comminée pour sa répression.

L'impératif du droit, qui lie au for externe (c'est-à-dire devant l'État et ses tribunaux), lie-t-il aussi au *for interne* (devant la conscience) ? La réponse affirmative n'est pas douteuse quand la règle a emprunté à la morale l'un de ses préceptes, comme de ne pas tuer ou de payer ses créanciers, ou encore quand la règle morale renvoie à la loi civile dont elle s'approprie la disposition : ainsi pour les droits et obligations des parties dans les contrats. En de tels cas, le for externe et le for interne coïncident. Mais il faut aller plus loin et admettre, en principe, l'obligation de conscience même vis-à-vis de règles portées par la seule loi civile, en vertu de cette considération qu'il est dans la nature de l'homme de faire partie de la société politique et, par conséquent, d'observer les règles édictées par elle en accomplissement de sa fin humaine de bien public.

Le droit, règle générale

Traditionnellement, la règle de droit a toujours été définie comme générale. Non point que cette généralité serait exclusive de régimes particuliers à certaines catégories d'individus selon l'âge, le sexe, la profession, la fonction, etc. Par exemple, les ouvriers et les employés sont soumis à de tels régimes particuliers quant à l'exercice de leur profession, et les règles juridiques qui s'imposent au chef de l'État sont générales quoique le titulaire de la fonction soit unique. Règle générale ne signifie donc pas *droit commun* en tous points uniforme, ce qui serait absurde. Il suffit que le ou les destinataires de la règle ne soient pas un ou plusieurs individus déterminés *in concreto*.

Contre cette position s'est élevée une théorie (Merkl, Kelsen), qui, partant d'une conception pyramidale de règles étagées, distingue entre les *règles générales* et des *règles individuelles*, d'ailleurs créées en application ou en exécution des premières (*Stufenbautheorie*). Seraient ainsi constitutives de règles de droit individuelles : les décisions de condamnation rendues par les tribunaux ; les décisions administratives telles que l'inscription d'un contribuable au rôle de l'impôt ; l'injonction adressée à un propriétaire de démolir son immeuble menaçant ruine ; les innombrables règles dérivées des conventions et définissant les droits et obligations des contractants... Ces règles individuelles seraient partie intégrante de l'ordre juridique plénier sur la base des lois et des règlements et, plus fondamentalement, de la constitution en vigueur dans le pays.

Mais ce n'est pas parce que ces prétendues règles individuelles tirent en effet leur validité et leur force contraignante de règles générales qu'il faudrait rejeter la généralité comme caractère de la règle de droit. La règle de droit lie tout le monde ; le jugement, la décision administrative, la convention ne lient que les parties au jugement, à la décision administrative, à la convention, ce qui leur enlève non leur impératif, mais le caractère de règle, de norme, de loi, qu'il convient de réserver à la disposition prise *in abstracto* pour un nombre indéfini de cas. À quoi s'ajoute, en ce qui concerne les conventions, individuelles ou collectives, qu'elles ne sont que des règles *privées*, tant du moins que l'autorité publique n'en aura pas étendu la force obligatoire à d'autres que ceux qui y ont souscrit (cas de conventions collectives de travail déclarées obligatoires pour tous les membres de la profession).

Le droit, règle systématique : les institutions juridiques

Dans les sociétés juridiquement évoluées, le droit ne se présente pas comme une masse informe de règles sans lien entre elles. On ne vise pas ici spécialement le phénomène de la **codification**, où les

règles sont distribuées suivant un ordre logique ; car la codification, bien qu'on y ait de plus en plus recours pour des raisons de commodité, répugne au génie pragmatique de certains peuples. Mais, indépendamment des codifications, il reste que les règles juridiques, par un principe inhérent à la nature du droit, se groupent le plus souvent en **institutions**, convergeant vers une idée centrale dont elles sont les instruments de réalisation. Par exemple, les règles juridiques du **mariage**, des sociétés commerciales, de la **responsabilité** des dommages, de l'instance et des voies de recours, etc. sont la totalité coordonnée et hiérarchisée des nombreuses règles relatives à ces différentes matières. S'il s'agit du mariage, il faut en définir les conditions d'existence et de validité - de fond, de forme, de preuve - ainsi que les effets multiples composant le statut d'époux. S'il s'agit de la propriété, il faut en déterminer le contenu et les limites, les modes d'acquisition, de transmission, d'extinction. Éventuellement, il faut mettre en place les mesures de prévention, de réparation, de répression tendant à faire passer dans la réalité des conduites le prescrit des règles.

Or ces problèmes donnent naissance à un ensemble de dispositions agencées suivant un « esprit » qui est le principe animateur et fédérateur de l'institution envisagée. Par exemple, les règles du mariage sont déduites de la conception philosophico-juridique que le législateur se fait du mariage au regard des époux, des enfants à naître et de la société tout entière. Entre les règles ainsi articulées existe une gradation dont la clé est fournie par la finalité de l'institution et par le degré de proximité du moyen à la fin, le moyen le plus éloigné étant sous la dépendance du moyen le plus proche, et ainsi de suite. C'est en raison de cette hiérarchie que les règles prévoyant des précautions ou des sanctions n'occupent jamais, dans le système, qu'une place subordonnée par rapport aux règles qu'elles ont pour office de garantir.

Souvent, la gradation se marque dans le mode de production des règles, la constitution ou les lois se bornant à poser les *principes* de la réglementation, que des règlements d'« exécution » viendront ensuite préciser et compléter. La Constitution française de 1958 (art. 34) a poussé à l'extrême cette méthode dans sa répartition des compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif : celui-ci ne pose que les principes de la législation (et encore, dans les seules matières énumérées par la Constitution), tandis que le développement des principes est réservé au pouvoir exécutif.

La plupart des institutions juridiques sont d'ailleurs susceptibles de regroupements en des synthèses plus vastes. Par exemple, le mariage est, par sa source, comme la vente ou le louage, un contrat supposant l'accord des parties qui se marient ; ou encore la propriété, en tant que droit portant sur une chose matérielle, se range dans la catégorie des droits réels (*jura in re*), avec les notes caractéristiques de cette espèce de droits.

Principales divisions du droit

Le droit, qui est appelé à régir tous les rapports entre les hommes, se divise en un certain nombre de branches, d'ailleurs en perpétuelle augmentation étant donné la multiplicité et la complexité croissante de ces rapports. Parmi les principes de division que suggère l'examen du phénomène juridique, le plus fondamental est toujours, au stade actuel de l'évolution du monde, celui qui découle de la présence, à la charnière des relations sociales, de l'*État national*. C'est l'existence de l'État, en effet, qui préside à la double série des relations *internes*, publiques et privées, d'une part, des relations *internationales*, publiques et privées, d'autre part.

Le droit public interne

Du jour où l'État s'est affirmé comme le groupement suprême voué au bien de l'ensemble de la population, une catégorie nouvelle s'est superposée à la catégorie des relations jusqu'alors privées (entre les individus du clan, de la tribu, de la *gens*) : celle des relations *publiques* (mieux vaudrait dire politiques). On entend par là les relations qui ont trait à l'État : ce qui englobe, au préalable, les relations par lesquelles l'État est constitué, s'organise et fonctionne ; ensuite, les relations entre l'État et ses membres, individus particuliers ou groupements, privés ou publics (ainsi les divisions territoriales, éventuellement des **corporations** ou des établissements de droit public) ; dans les États de type fédéral, les relations entre les États fédérés et l'État fédéral. Or, tandis que les relations entre les membres du groupe pris individuellement sont régies par un droit d'État - plus ou moins libéral selon les matières et les régimes - qui est le *droit privé*, les relations dans lesquelles l'État est en cause en tant qu'État sont régies par le *droit public*.

Quoique nié par certains (Duguit, Kelsen), ce **dualisme** du droit privé et du droit public est dans la nature des choses ; s'il existe des rapports entre les particuliers, auxquels l'État peut bien donner leur règle, mais où il n'est pas partie, il existe aussi des rapports publics qui concernent directement l'État et où il est partie.

Le droit privé interne

Les relations privées, matière du droit privé, se nouent autour de deux centres d'intérêt : les intérêts économiques ou pécuniaires, dits patrimoniaux, et les intérêts variés que l'on nomme, de manière négative, extra-économiques, extra-pécuniaires, extra-patrimoniaux. D'où les deux parties du droit privé : droit du **patrimoine** et droit des personnes et de la famille. La distinction est importante parce que, dans les pays à économie de marché, la réglementation des rapports économiques est dominée par le principe de la liberté, alors que le droit extra-économique est en principe réglé par la loi, sans faculté de dérogation par disposition de volonté contraire. D'un autre point de vue, alors que les relations publiques et le droit correspondant sont *exclusivement corporatifs* - l'État en effet est un corps et le droit public est un droit corporatif -, les relations privées et le droit privé sont tantôt *interindividuels*, quand sont en présence des personnes physiques, tantôt *corporatifs*, quand sont en cause la charte constitutive et le fonctionnement interne d'un groupement corporatif de droit privé, tel que les sociétés commerciales ou les associations sans but lucratif.

On n'entrera pas dans les subdivisions du droit public (cf. **ADMINISTRATION-Le droit administratif**, droitCONSTITUTIONNEL, etc.) et du droit privé (cf. **droitCIVIL**, droitCOMMERCIAL, etc.), sauf pour faire remarquer que le **droit constitutionnel**, écrit ou non écrit, qui fonde les États emporte, lui aussi, règle de conduite. En effet, tout groupement organisé d'hommes, en l'espèce la société étatique, ne peut résulter que d'un certain ordonnancement des individus membres, se traduisant par les comportements appropriés au rôle de chacun dans le groupe. Quant au fondement juridique des constitutions, la question ne se pose point, parce que la constitution historiquement première est, en chaque pays, la source originaire des règles positives, sans qu'elle ait été soumise elle-même à aucune norme juridique antérieure. Ce sont les hommes qui, librement, établissent leurs constitutions, n'ayant à prendre pour guide que la raison, l'expérience et la moralité politique.

À la division classique du droit interne en droit public et droit privé est venu s'ajouter, au cours du

XIX^e siècle, un principe de classement empirique déduit non plus de la considération du *sujet*, c'est-à-dire de la qualité des parties en rapport, mais de celle de l'*objet*, c'est-à-dire de la spécialité de la matière traitée : droits du travail, de la sécurité sociale, des assurances, de la mer, de l'air, de l'espace, de l'énergie nucléaire, etc. Or le règlement de ces matières fait appel, selon les cas, tantôt au droit privé, tantôt au droit public, tantôt au droit international.

Le droit international, public et privé

L'existence de l'État est au départ d'une seconde distinction, plus essentielle encore que la précédente, entre le *droit interne* propre à chaque État et le *droit international*. Du jour où les États, ayant pris conscience de leur coexistence, ont consenti à se reconnaître comme des sujets de droit, le droit international commençait de naître : *droit international public*, pour les rapports des États entre eux (cf. **droitINTERNATIONAL PUBLIC**) ; *droit international privé*, pour les rapports entre personnes privées quand s'y trouve mêlé un élément étranger (personnes, choses, lieux), cet élément d'extranéité livrant alors passage, sous les limitations définies par chaque État, à l'application sur le sol national de lois ou de décisions étrangères (cf. **droitINTERNATIONAL PRIVÉ**).

Cependant le **droit international public** ne répond que d'une manière très imparfaite à la définition du droit. Certes il comporte un certain nombre de règles positives généralement reconnues, sinon toujours observées. Mais, bien que l'on parle de « communauté internationale » des États, il n'est, entre ceux-ci, aucune société organisée supérieure et obligatoire, avec une autorité publique habilitée à gouverner, à légiférer, à juger, et une force publique internationale pour contraindre à l'exécution des règles et décisions du groupe. Faut-il conclure de cette carence que le droit international « n'est pas un droit véritable » (G. Burdeau) ? On dira plutôt qu'il n'est, jusqu'à nouvel ordre, qu'un droit en puissance, d'ailleurs susceptible, selon les circonstances, d'influer en fait sur la conduite des États.

Quant aux règles du *droit international privé*, elles sont laissées à la libre décision de chaque État, sauf convention d'unification totale ou partielle, entre deux ou plusieurs États, des règles de conflit.

Dans le cadre des relations internationales, il importe de signaler, en raison de son importance à la fois théorique et pratique, une branche particulière : celle du *droit des communautés européennes*, instituées par les traités de Paris du 18 avril 1951 (C.E.C.A.) et de Rome du 25 mars 1957 (C.E.E. et Euratom). Deux traits caractérisent ce droit communautaire : d'une part, une certaine **aliénation d'indépendance**, en ce que les États signataires ont accepté de se soumettre, dans les secteurs couverts par les traités, à des règles édictées par les autorités communautaires ; d'autre part, une certaine aliénation de *souveraineté*, en ce qu'ils ont accepté que, dans ces secteurs, les autorités communautaires soient habilitées à imposer aux nationaux des États signataires des décisions et des règlements que ceux-ci auront à faire respecter.

Le droit procédural et le droit pénal

Établies en vue de la mise en application des règles, apparaissent, comme droits d'accompagnement de celles-ci, deux sortes de règles : les règles de procédure judiciaire et les règles gouvernant les mécanismes de contrainte, notamment le **droit pénal**.

Partout où un litige est déféré à un juge public, le procès doit se dérouler selon des règles dites de procédure (civile, administrative, pénale, etc.), destinées à garantir une bonne justice, exacte et impartiale. La contrainte publique étant une contrainte réglée, c'est la loi qui, dans le domaine civil et commercial, organise les divers modes de saisies, conservatoire et exécutoire, et, dans le domaine pénal, définit les délits et les peines, ainsi que le mode d'exécution de celles-ci (droit pénal et droit pénitentiaire). Bien des règles de droit (privé ou public) ne figurent que dans le Code pénal, lequel, du fait même qu'il prévoit une peine, affirme le caractère illicite de l'acte ou de l'omission réprimés (ainsi pour l'homicide).

Inégalité du degré d'emprise des règles selon la nature des relations et des matières

Il y a, dans le droit, des relations et des matières plus ou moins dociles à ses prises. En *droit privé*, la matière la plus docile est sans doute la matière économique, en raison des analogies de structure entre l'économie et le droit. Les valeurs économiques sont avant tout des « choses », mesurables et comptables, impersonnelles, et, dès lors, plus perméables à une règle extérieure comme le droit (cf. R. Savatier, *Le Droit comptable au service de l'homme*, Paris, 1969). Beaucoup plus difficiles à maîtriser par le droit sont les valeurs extra-économiques de la personne et de la famille. Comment définir la personne, dans son être physique et moral ? Comment opérer la délimitation de ses droits de personne vis-à-vis des autres personnes ? Comment apprécier, même du point de vue économique, la perte d'une vie humaine ? Comment assujettir à une règle suffisamment ferme, avec sanction adéquate, les rapports entre époux, entre parents et enfants ? Le droit est-il en état de pénétrer dans l'intimité familiale pour y faire entendre sa voix ? La création de tribunaux familiaux spécialisés laisse penser que sa voix est faible et que, souvent, l'exhortation et le conseil du juge auront plus d'efficacité que le précepte tranchant de la loi.

Dans le domaine des *relations publiques*, où se marque également, en certains secteurs (les devoirs des dépositaires des autorités suprêmes dans l'État, les relations entre les États), l'impuissance du droit, celle-ci provient moins de la matière même que de la position des assujettis, contre lesquels l'exercice de la contrainte est impossible. Il est vrai que la politique, à l'intérieur et à l'extérieur, est souvent dictée par des mobiles passionnels : l'orgueil du pouvoir, le prestige de la nation... Mais il incombe aux gouvernants de ne pas céder à ces mobiles et de mener en tout une politique raisonnable. Or la raison commande d'obéir à la règle de droit quand bien même, en l'espèce, elle n'aurait pas les moyens de se défendre. C'est ce qui se passe en droit interne pour les litiges entre l'État et les particuliers : bien que détenteur de la force, l'État condamné s'incline devant les décisions de condamnation rendues contre lui par ses propres tribunaux.

Sources formelles du droit

On appelle *sources formelles du droit* les lieux où il faut le puiser (*fontes juris*) ou, sans image, ses modes d'expression. La réponse au problème des sources varie selon les pays et, aussi, selon les branches du droit. Historiquement, on peut ramener à quatre le nombre de ces sources : la loi, la coutume, la jurisprudence des tribunaux, la doctrine des auteurs. Certains ajoutent à tort l'**équité**. Si, par équité, on entend l'adaptation aux cas singuliers d'une règle trop générale (επιείκεια), c'est affaire d'application du droit et par conséquent affaire du juge. Si, par équité, on entend le juste, l'équitable, on quitte le terrain des sources *formelles* pour celui de l'*élaboration* du droit (cf.

chap. 2).

La loi

La loi (au sens le plus général, y compris le règlement) émane des organes de l'État constitutionnellement qualifiés pour édicter du droit. La règle y est posée d'avance, dans l'abstrait, d'ordinaire par écrit. Le verbe légal est sans doute la façon la plus claire de poser le droit, d'en assurer à la fois la certitude et la cohérence. En outre, il permet à l'autorité qui l'édicte de prendre du champ par rapport aux intérêts particuliers pour se hausser au niveau de l'intérêt général. C'est pourquoi la source législative est en faveur même dans les pays où, comme en Angleterre, le droit des tribunaux reste la source de principe.

Le procédé légal a d'ailleurs des inconvénients, qui sont la contrepartie de ses avantages. La loi, tout au moins dans ses termes, est figée. D'où les deux périls du procédé : un excès de généralité, qui risque de méconnaître les situations concrètes, et la rigidité de textes toujours plus ou moins en retard sur la vie, surtout en notre période de mutations rapides dans les choses et dans les esprits. Il est vrai qu'une interprétation intelligente parviendra souvent à concilier, dans la pratique, le souci de la stabilité du droit avec celui du mouvement et du progrès.

La coutume

Historiquement antérieure à la loi est la coutume. Tandis que la loi vient d'en haut, la coutume est l'œuvre du peuple. Selon la définition traditionnelle, la coutume (juridique) se compose de ces deux éléments, l'un matériel : un comportement habituel dans le groupe (ou dans certains milieux du groupe : professionnels, sportifs, etc.), l'autre psychologique : la conviction du caractère juridiquement obligatoire de ce comportement. Encore faut-il laisser aux tribunaux le droit d'apprécier la rationalité de la règle coutumière. Le principal avantage de la coutume est qu'elle coïncide avec le **sentiment** populaire, ce qui est un **gage** de succès ; mais elle n'a pas la souplesse que souvent on lui attribue : la *mos majorum* est souvent vétuste ; de plus, la preuve en est difficile dans l'un et l'autre de ses éléments.

La coutume l'emporte-t-elle sur la loi ? Si tout le monde accorde que la loi peut abroger la coutume, la question est discutée de savoir si la coutume contraire peut abolir la loi. Les défenseurs de l'efficacité du droit l'admettent lorsque, du moins, la coutume peut se prévaloir d'un assez long usage. On peut se demander si cette solution ne risque pas de nuire à l'autorité de la loi ; en tout cas, elle jette l'incertitude dans le droit.

La jurisprudence des tribunaux

La jurisprudence des tribunaux est le mode d'expression du droit qui découle de la suite des précédents judiciaires. Statuant sur les litiges, les cours et tribunaux ont à dégager la règle de droit applicable à l'espèce.

En Angleterre et aux États-Unis, la jurisprudence (*the decisions of the courts*), appuyée sur la force

obligatoire du précédent (*stare decisis*), est la source principale du droit. Les règles non codifiées qu'elle consacre forment le droit commun (*common law*). Si les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois (*statute law*), celles-ci sont censées n'avoir d'autre rôle que de compléter ou de corriger la **common law**. C'est pourquoi les lois sont d'interprétation stricte.

Toute différente est la position de la jurisprudence dans les systèmes de droit du continent. La loi et, subsidiairement, la coutume sont les sources premières et uniques du droit. De la règle inscrite dans les textes, les tribunaux n'ont qu'à faire l'application et des cours suprêmes sont instituées dont l'office est de contrôler l'exacte interprétation et application de la loi. C'est seulement en cas de silence ou d'insuffisance des textes que les tribunaux, par ailleurs tenus de juger sous peine de déni de justice, ont à rechercher, toujours sous le contrôle de la cour suprême, la raison de droit applicable à l'espèce. Cependant les décisions des tribunaux, y compris celles de la cour suprême, n'ont valeur que pour l'espèce, ce qui laisse entière la liberté de jugement des autres tribunaux ou du même tribunal dans des espèces identiques à celles précédemment jugées.

Telle est la théorie : sur le continent, la jurisprudence établie, même constante, n'est point, légalement, source de droit, ce qui explique la possibilité de « revirements » de jurisprudence. Mais, en pratique, comme l'interprétation de la loi et, éventuellement, la suppléance à ses lacunes relèvent de la compétence des tribunaux, en particulier des cours suprêmes, on peut dire que la loi est ce qu'en fait le juge et que celui-ci ne se « déjugera » que rarement. De toute façon, législateur et tribunaux collaborent à une même œuvre : la bonne ordonnance des relations sociales.

La doctrine

En aucun pays la doctrine des auteurs (enseignants et écrivains) n'est aujourd'hui source de droit. Mais son influence est grande sur le législateur lui-même, dans la confection des lois, et sur les tribunaux, qui s'appuient volontiers sur les auteurs ou discutent leurs arguments. Ici encore, la collaboration est étroite entre les autorités juridiques officielles et les juristes qui n'ont d'autre titre que leur savoir.

Variété des sources selon les branches

Chacune des branches du droit énumérées ci-avant a son système propre de sources. On n'en donnera que les exemples suivants.

Tous les États, par le fait même qu'ils existent et fonctionnent, ont une constitution ; mais, en Angleterre, la Constitution est, pour une large part, coutumière et sa force est telle que le **Parlement** lui-même, quoique tout-puissant, n'oserait pas la modifier, du moins dans ses règles essentielles. Au contraire, aux États-Unis et sur le continent européen, les constitutions sont des lois écrites ; mais on découvre, en marge de la constitution, maintes pratiques coutumières qui en complètent ou même, parfois, en altèrent le texte.

En droit privé, la source principale, dans les droits de la famille romano-germanique, est la loi, et la coutume n'y occupe qu'une place modeste ; dans les pays anglo-saxons, c'est la jurisprudence des cours (*common law*) qui prime, sous réserve des solutions données par la loi (*statute law*). Mais les

cours tiennent compte des pratiques usuelles alors même qu'elles ne formeraient pas coutume juridique au sens strict. Dans tous les pays civilisés, le principe est admis qu'il ne peut y avoir ni incrimination ni peine sans loi qui les ait prévues : afin de parer à l'arbitraire du pouvoir et à des divergences d'appréciation de la part des juges, seule la loi a compétence pour déterminer les actes punissables comme infraction et le genre de peine qu'ils méritent.

En droit international public, la source première, en l'absence de législateur international, est la coutume internationale, qui est la pratique habituelle reconnue par la généralité des États comme étant le droit, y compris la règle du respect de la parole donnée (*Pacta sunt servanda*), qui est au fondement du droit international conventionnel. Le statut de la Cour internationale de justice, annexé à la charte des Nations unies (1945), ajoute à la coutume et aux accords internationaux « les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées », principes de droit positif par conséquent, expressément formulés ou sous-jacents, et non de droit naturel ou de droit positif idéal, quelle que soit d'ailleurs la branche du droit (substantiel ou procédural) dont ils dépendent.

Giuseppe Arcimboldo : «Le Juriste»



Plus vrai que nature, le juriste caricaturé avec tant d'artifice par Giuseppe Arcimboldo en 1566 donne l'image d'un être sec et perspicace, dont le corps, constitué de liasses de dossiers et de traités de jurisprudence, traduit la masse des textes qui le nourrissent.

Crédits : *Bridgeman Images*

Détermination du contenu du droit

Envisagée d'un point de vue formel, la règle de droit n'est qu'un contenant, lequel appelle un contenu. Ce contenu, d'où vient-il ? Existe-t-il déjà dans quelque réalité objective, en sorte que le juriste - législateur, juge ou expert en droit - n'aurait qu'à la *découvrir* quitte à l'adapter aux exigences formelles du contenant (le droit serait alors, comme « donné », objet de *science*) ; ou bien est-il l'œuvre de l'esprit humain qui aurait à l'*élaborer* (le droit serait alors « construit ») ? De la réponse apportée à la question va découler la *méthode juridique*.

Donné ou construit : les thèses en présence

Le positivisme juridique

Pour certains, il est vrai, la question serait sans pertinence, du moins pour le juriste. Le droit, disent-ils, est norme ; la science du droit est science de normes. Cette science se propose uniquement et exclusivement d'établir ce qu'est le droit et comment il est. Elle n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait ou doit être fait (H. Kelsen). Non que le contenu de la norme soit sans intérêt ; mais le choix de ce contenu, qui relève d'ailleurs de l'autorité publique, ne peut se faire qu'à partir de considérations psychologiques, sociologiques, éthiques et politiques qui sont étrangères à la science juridique. Étant donné pourtant cette originalité du droit qu'il règle lui-même sa propre création et sa propre application, il revient à la science du droit, à défaut de pouvoir apprécier la valeur *quant au fond* du droit décidé par l'autorité, d'en vérifier la valeur *quant à la forme*, c'est-à-dire la validité au regard des règles juridiques de compétence et de procédure qui gouvernent la création et l'application du droit.

Mais cette position est inacceptable. Certes, il appartient au juriste, comme homme de science, de décrire, avec les explications nécessaires, le droit tel qu'il est, bon ou mauvais, et aussi de juger de la régularité formelle d'une loi ou d'un règlement. Mais puisque le droit est à la fois fond et forme, ce n'est pas rendre compte de cette totalité que de s'attacher uniquement à la forme en se désintéressant du fond. On objecte qu'aborder le fond serait abandonner le terrain de la science - de la science pure du droit, *reine Rechtslehre* - pour verser dans la « politique juridique ». Il n'empêche que cette politique juridique représente à tout le moins un aspect du droit et que, si elle doit nécessairement faire état de considérations psychologiques, sociologiques, morales et politiques, de soi étrangères au droit, il faut savoir quel rôle elles ont à jouer les unes et les autres, comment les utiliser pour en tirer le contenu des règles. Aussi bien, il est souvent malaisé, même dans l'appréciation de la régularité formelle d'une règle, de s'abstenir de tout examen du fond. Comment, par exemple, décider du caractère irrégulier d'une loi comme violant le principe constitutionnel de l'égalité des citoyens devant la loi sans verser dans la politique juridique et même dans la philosophie sociale et politique ?

Ce qui est vrai sur le plan des règles posées (*de lege lata*), l'est aussi et davantage sur le plan des règles à poser (*de lege ferenda*), office qui incombe bien aux autorités publiques (loi, jurisprudence) mais dont nul juriste soucieux de la qualité du contenu des règles ne peut se désintéresser.

Les diverses conceptions du « donné » du droit

Le problème subsiste donc. Mais sa solution ne va pas sans discussion, au moins pour ce qui concerne le fond substantiel des règles. Suivant l'opinion la plus générale, ce fond est « donné », mais l'accord cesse sur la nature de ce « donné ». En gros, deux courants s'affrontent : l'un « réaliste », « scientifique », qui cherche dans les *faits sociaux* le « donné » des règles ; l'autre, philosophique, qui croit le trouver dans le *droit naturel*.

Pour Duguit, représentant de la conception psycho-sociologique du droit, « il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée... C'est au moment où la masse des esprits la conçoit, la désire, provoque sa constitution qu'apparaît la règle de droit. » Le travail du juriste est dès lors double : « travail vraiment scientifique : découvrir sous les faits sociaux la règle du droit ; travail d'art technique : préparer la règle coutumière ou écrite, règles constructives tendant à déterminer la portée et à garantir la réalisation de la norme ». D'autres parlent, dans le même sens, de « conscience sociale », de « sentiment populaire », d'« opinion publique ». On reconnaît dans ces variations le thème conducteur de l'École historique du droit (Savigny) : le droit, dans son fond, émane du peuple, non du peuple légal votant la loi, mais du peuple vaquant à ses activités journalières, pensant le droit en fonction de son expérience et de l'idée qu'il se fait de l'ordonnancement juridique.

À l'opposé de ce courant se place la thèse classique d'un donné juridique objectif déduit non plus d'états de conscience ou d'opinions, mais de la *nature de l'homme*, saisi dans son être et ses inclinations foncières, à la fois comme personne douée de raison et de liberté, comme membre d'une famille et comme « animal politique ». Selon l'interprétation aujourd'hui dominante, le droit naturel ne se présente plus avec la fixité qu'on lui attribuait autrefois, du temps de l'École du droit de la nature et des gens. Au contraire, on admet qu'il est, pour une part, sujet à changement non seulement dans la connaissance plus ou moins éclairée que peuvent en avoir les hommes, mais dans ses préceptes, en raison de l'« historicité » de la nature humaine elle-même.

Mais ni l'un ni l'autre de ces « donnés » du droit ne paraissent aptes à rendre le service, qui leur est demandé, de fournir au juriste le contenu du droit.

S'il s'agit de l'*opinion* de la grande masse des esprits, les objections se pressent : quel titre a cette opinion, sinon pour exprimer plus ou moins correctement le droit (ce qu'elle fait par la coutume), mais pour en être la mesure et le critère ? N'arrive-t-il pas, du reste, que, au lieu de se rallier à l'opinion, le droit lutte contre elle, finissant même par en triompher ? Surtout à notre époque, l'opinion est divisée, ou encore elle est « sans opinion » sur le point de droit à régler.

S'il s'agit du donné du *droit naturel*, de quel droit naturel parle-t-on ? Apparemment de celui qui est à la base de la morale, fondant les grandes règles de l'agir humain, d'ailleurs en tous domaines, y compris le domaine social et politique (cf. **droitNATUREL**). Mais ne faudrait-il pas en découvrir un autre, spécifique, qui serait le droit naturel de la « juridicité », indiquant les règles à poser en vue de la bonne ordonnance de la société sous tous ses aspects et non pas seulement sous l'aspect de la moralité ? Cependant en quoi consiste ce droit naturel de la « juridicité » ?

Le droit, œuvre de prudence

Ces arguments induisent à penser que, loin d'être la reproduction d'un « donné » que le juriste n'aurait qu'à recevoir, ou même simplement un principe d'inspiration, le contenu du droit positif procède en réalité d'un *faire* et d'un *savoir-faire* propre au juriste, bref d'une élaboration qui construit son objet. Est-ce à dire que l'opération du juriste constructeur du droit ne serait pas œuvre de raison ? Nullement ; mais la raison à l'œuvre en l'espèce est la raison *pratique*. Visant à une fin d'ordre pratique, qui est l'heureux règlement des rapports sociaux en telle société, l'élaboration du droit est affaire non de connaissance spéculative, mais de jugement, plus précisément de prudence. D'où le nom de « jurisprudence », donné par les Anciens à cette partie de la vertu de prudence qui a trait aux activités juridiques du législateur, du juge, du jurisconsulte (cf. F. Senn). En particulier, c'est la prudence législative qui guidera l'opération de tous ceux qui à un titre quelconque, officiel ou non, travaillent à l'édification du droit.

Mais il faut entrer dans l'examen des démarches de la prudence juridique en quête de la bonne règle.

Observons, en premier lieu, que le juriste ne tire pas sa règle du néant et qu'il ne la bâtit pas non plus dans le vide. Comme toute règle, le droit est à base de *faits* qui sont, eux, objets de *science*. Par faits on entend, au sens le plus large, toutes les réalités dont le juriste a à tenir compte dans l'élaboration de sa règle. *Faits d'infrastructure* d'abord : comment, par exemple, construire un droit économique, un droit du travail, un droit de l'énergie nucléaire sans une connaissance suffisante de la vie et des lois de l'économie, des conditions de la vie ouvrière, du phénomène nucléaire ? *Faits d'ambiance* ensuite, où prend place l'état de l'opinion publique, dont l'attitude hostile peut entraîner l'échec de la règle. Faits aussi, les *règles d'action*, sans distinction ici entre l'agir technique et l'agir humain : comment construire un droit bancaire ou un droit des assurances sans avoir égard aux règles techniques des activités de la banque ou de l'assurance ? Et s'il existe, en la matière, une règle de morale, par exemple celle qui interdit le vol ou l'adultère, comment, dans le traitement juridique de ces matières, faire abstraction de l'appréciation morale ?

Encore est-il que ces faits multiples, ressortissant à des sciences auxiliaires multiples, ne sont, pour le juriste, que des *données préalables* (*Vorgegebenheiten*) : elles figurent parmi les éléments de son problème, sans toutefois lui en dicter la solution, qui dépend uniquement de son choix raisonnable de juriste.

Or ce choix ne sera raisonnable que s'il est exercé conformément à une *méthode*, dont l'énoncé théorique est aussi simple que sa mise en pratique est délicate. Il suffit en effet de se demander : 1° à quelle *fin* est ordonnée la règle de droit ; 2° de quels *procédés* elle est tributaire pour se réaliser. La prudence du juriste est subordonnée à ces conditions de fin et d'outillage, en dehors desquelles la règle de droit serait non seulement mauvaise, mais dépourvue de sens.

La fin de l'ordonnement juridique

Si le droit est consubstantiel à l'idée de société organisée, la fin de la règle de droit ne peut être que la fin de la société elle-même, à savoir le bien qu'elle poursuit. Et puisque la société en cause est la société politique, l'État, la fin de la règle de droit est le bien public. Politique et droit se rejoignent

donc dans la même fin ; plus exactement, en tant que la politique est ce qui a trait au bien de la **communauté** totale et au bon **gouvernement** des hommes dans la cité, la règle de droit est au service de la politique, et la prudence qui régit l'élaboration du droit (prudence législative) est une partie de la prudence politique, vertu spécifique de l'homme politique.

Notion du bien public

Le *sujet bénéficiaire* du bien public est le public en général, c'est-à-dire tout le monde dans le groupe, compte tenu des générations présentes et des générations futures. Le « tout » du public n'est d'ailleurs pas une entité séparée des individus et des groupements particuliers ; il désigne simplement l'ensemble indifférencié des individus et des groupes, la *multitude*, par opposition aux individus pris un à un ou dans leur somme.

Du point de vue formel, le bien propre du public consiste dans l'établissement d'un milieu favorable au développement de la personnalité et des activités légitimes de chacun au sein du groupe. Interprété de cette manière, le bien public suppose, premièrement, le maintien dans la société d'un *certain ordre* générateur de sécurité et de confiance, hostile à la **violence** et à la fraude. De là les fonctions classiques de l'État gendarme : organisation d'une **police**, instauration de tribunaux, promulgation de règles certaines indiquant leur conduite aux citoyens et aux autorités publiques. À la fin du XIX^e siècle, on s'est aperçu que le bien public connaissait d'autres ennemis encore que le désordre dans la rue, à savoir la dispersion des efforts dans une concurrence sans frein. D'où la nécessité d'une certaine *coordination rationnelle* des activités, qui est de l'intérêt de la masse du public et, par conséquent, de la compétence de l'État. Enfin, l'État doit faire en sorte, par sa politique, que tout *service* pouvant être considéré, à un certain moment, comme d'intérêt public, soit assuré au public, en prenant en charge le service reconnu indispensable tant du moins que l'initiative privée ne l'aurait pas devancé ou gèrerait mal le service.

C'est en *toutes matières d'intérêt humain* que se manifestent les besoins d'ordre, de coordination, de service, par quoi se définit le bien public : intérêts de l'économie, de la santé, de la moralité, de la culture, etc., et, à titre d'instrument réalisateur, intérêt de l'État lui-même en ce qui touche sa constitution, son organisation, son bon fonctionnement (bien public *proprement politique*). C'est à tort que certains croient pouvoir tracer des séparations entre le politique, d'une part, l'économique, le social, le moral, etc., d'autre part. Le rôle du politique est en effet d'embrasser et de régir toute matière, non en ce qu'il appartiendrait à l'État de gérer, par exemple, l'économie ou la culture, qui sont d'abord l'affaire des particuliers, mais parce que l'État doit avoir une politique économique, une politique culturelle, comportant un programme de réalisation des exigences du bien public en ces diverses matières.

Entre les ordres d'intérêt humain que vient servir le bien public le rang n'est d'ailleurs pas égal, ce qui va obliger l'État, répondant du bien public, à prendre parti. Options superflues s'il était toujours possible de donner satisfaction simultanément aux requêtes de l'économique et du moral, du corps et de l'esprit, des individus et des collectivités. Or, dans le concret de la vie, ces intérêts sont souvent antagonistes : les « lois » de l'économie entrent en compétition avec les règles de la morale (par exemple, en matière de licenciements), ou encore l'individu se heurte aux collectivités dont il fait partie (il est des collectivités et des autorités tyranniques). Or de tels conflits ne peuvent se résoudre qu'à la lumière d'une philosophie de l'homme et du monde (*Weltanschauung*), qui, de soi,

n'est pas de la compétence du juriste.

C'est ce qui confère à la notion de bien public un caractère avant tout *moral*. Malgré son rôle de moyen, le bien public n'est pas chose simplement technique, parce qu'il est en relation étroite, en tous ses secteurs, avec une certaine conception de l'homme et des fins de l'homme. Il n'en est pas moins, dans ses applications, *relatif*, en tant que les hommes sont divers selon les temps et les lieux, en sorte que telle solution postulée par le bien public « en deçà des Pyrénées » pourrait se révéler néfaste « au-delà ». Bien plus encore que de l'historicité du *droit naturel*, il convient de parler de l'historicité du *bien public*, dont les requêtes sont essentiellement dépendantes de l'histoire et de la psychologie des peuples, de leur niveau (ou de leur genre) de civilisation et de culture.

Bien public et droit privé

Il importe de le souligner : le principe du bien public commande toutes les branches du droit.

Vérité d'évidence pour le *droit public*. D'une part, les règles d'organisation de l'État et des pouvoirs ne peuvent être établies que suivant le meilleur aménagement de l'État comme agent du bien public. D'autre part, en ce qui concerne les rapports entre l'État et ses membres, non seulement les charges qu'impose aux citoyens la vie en État ne sauraient avoir d'autre mesure que ce bien public qui est leur raison d'être, mais les « droits de l'homme » ou « libertés publiques », ainsi qu'on les nomme, ont juridiquement leur fondement dans le bien public, qui en réclame le respect en chacun des membres. Même la distribution du bien public, la répartition de ses avantages entre les citoyens ne peut avoir lieu que sous réserve du bien public, dont l'empire s'étend à toutes les formes de justice, y compris la justice distributive.

En dépit des vocables, la norme du bien public gouverne aussi l'élaboration du *droit privé*.

Bien que cette branche du droit règle les rapports des individus et des groupes privés entre eux, il n'en résulte point que le règlement devrait être conçu, premièrement, du point de vue du bien particulier des parties en présence. Privé, en ce qui concerne la nature des rapports qu'il régit, le droit privé est public ou – pour écarter toute confusion avec la branche du droit public – social, aussi bien dans sa fonction que dans son contenu. Cela signifie sans doute que, dans le règlement des rapports privés, le droit privé aura à veiller à la sauvegarde de l'**ordre public** et des bonnes mœurs en tenant pour nuls les arrangements privés qui y contrediraient, mais davantage encore que, dans la détermination des droits et devoirs respectifs, l'ordonnance devra être conçue d'abord par référence au bien de la communauté tout entière et non au droit particulier de chacun.

Il en va ainsi, notamment, chaque fois que le droit, dans sa disposition, vise à satisfaire à un besoin de sécurité. De sécurité sociale, quand la loi légitime le fait acquis, lors même que cette acquisition se serait produite à l'encontre de ses propres préceptes (cas de la **prescription** acquisitive des biens), ou quand elle attache à l'accomplissement de certaines formalités une vertu de purgation des vices originaires d'un **acte juridique**, ou quand elle accorde effet à l'apparence d'une situation. De sécurité juridique, quand la loi cherche à donner des solutions nettes coupant court à toute hésitation, fût-ce au détriment d'une justice qui demanderait plus de nuances (cas des vices du consentement dans les actes, réduits à l'extrême pour ne pas ébranler la stabilité des contrats, exclusion du vice de la lésion dans les contrats commutatifs, etc.). En de tels cas, le principe du *cuique suum*, qui est la règle normale des rapports entre individus particuliers, subit des altérations

plus ou moins graves, en considération du bien social général. Encore faudra-t-il que ces altérations soient raisonnablement justifiées, en dehors de tout apriorisme doctrinal, et qu'elles ne portent pas atteinte aux droits essentiels de la personne humaine.

La liberté juridique et le contenu négatif du droit

Norme du contenu *positif* du droit, le bien public est, pour le même motif, la norme de son contenu *négatif*.

Il arrive en effet que les exigences du bien public, selon les sociétés ou selon les matières, commandent à la règle de droit de s'abstenir et de laisser place à la liberté. Le dilemme est le suivant : la règle décrétée d'autorité sera-t-elle meilleur instrument de solution selon le bien public que la libre volonté des particuliers ? En apparence, la règle seule, comme émanant de l'autorité publique, est capable de s'élever au niveau du bien de tous, tandis que la volonté privée ne pourrait jamais se mettre qu'au service de l'intérêt particulier. Mais si l'histoire condamne la doctrine trop optimiste d'un bien public découlant, par un automatisme fatal, du choc des libertés concurrentes, ce serait, à l'inverse, une erreur que de dénier à la liberté tout effet socialement bienfaisant. Si la liberté a ses périls, en particulier le danger d'oppression du faible, la règle, de son côté, risque de briser l'élan créateur, de décourager des initiatives fécondes. Souvent d'ailleurs, les libertés plus faibles sont en mesure de se protéger elles-mêmes grâce à l'association ; on n'en voudra pour preuve que le fait du **syndicalisme** ouvrier.

N'oublions pas enfin que le droit n'est pas tout-puissant. Si l'opinion publique ne fait pas le droit, elle compte parmi les données préalables que le juriste doit accepter s'il veut édicter une règle efficace. Face à une opinion publique hostile, le législateur sera forcé de tolérer ce qu'il ne pourrait empêcher, de renoncer à ce qu'il ne pourrait obtenir. Au lieu de la règle contraignante, des procédés indirects, de dissuasion ou d'incitation seront mis en œuvre, qui ressortissent à la politique générale plus qu'à la politique juridique. Soit la lutte contre l'alcoolisme ou contre la hausse désordonnée des prix : plutôt que de faire front par des lois de prohibition ou de blocage, l'État prendra telles mesures dont le but sera d'entraver ou de freiner les comportements nuisibles : taxes prohibitives pour l'alcool, ouverture des frontières, etc.

Les moyens : l'outillage technique du droit

Comme toute règle de discipline sociale (au sens de sociétaire), le droit doit se réaliser dans les conduites. Or l'échec d'une règle peut tenir à la forme extérieure du précepte : c'est l'hypothèse du défaut de « réalisabilité formelle » du droit (Ihering). La règle de droit est en effet soumise à application tant de la part des sujets que des « organes d'application » du droit : tribunaux et agents du pouvoir exécutif. Ainsi, la vérité du droit résultant de son adéquation à la fin du bien public et à l'état de l'opinion ne suffit pas à remplir l'idéal de la bonne règle. Il faut, de plus, que le droit soit applicable, praticable, maniable, par correspondance aux conditions proprement techniques de sa réalisation. Ces conditions, quelles sont-elles ?

Une définition suffisante

La condition première de la praticabilité du droit réside dans une suffisante définition. Un droit insuffisamment défini n'est point praticable en ce que son application donnera lieu à des doutes et à des controverses génératrices d'insécurité. Socialement parlant, mieux vaut parfois l'absence de règle ou une règle moins parfaite en son fond qu'une règle incertaine. C'est la part de vérité que représentait, dans l'attaque menée contre elle au XIX^e siècle, l'École de la « jurisprudence des concepts » (*Begriffjurisprudenz*). Si le souci du concept ne peut l'emporter sur la considération des intérêts (*Interessenjurisprudenz*) et des valeurs de l'ordre social (*Wertjurisprudenz*), il faut cependant reconnaître que la certitude du droit fait partie de ces valeurs et qu'il n'y sera satisfait qu'au moyen d'un appareil conceptuel relativement rigoureux.

Tel est le motif pour lequel le juriste ne peut souscrire aux thèses, d'inspirations très diverses, tendant à faire litière de règles préétablies ; ainsi, naguère, en Allemagne, l'école dite du « droit libre » ou de la « libre découverte du droit » (*freie Rechtsfindung*) sous le prétexte qu'un droit préétabli, par hypothèse statique, ne serait pas en état de suivre d'assez près l'évolution des faits de la vie sociale, ou encore, sous l'influence de la philosophie existentialiste (des diverses obédiences), la tendance vers un « droit de situation », qui, vu le particularisme prétendument irréductible de chaque situation dans ce qu'elle a de vécu et d'unique, serait incompatible avec une norme générale posée d'avance, dans l'abstrait.

L'insuffisance de définition du droit peut se rencontrer d'abord au stade des sources formelles, soit parce que le problème des sources n'aurait pas été résolu, soit parce que les sources admises pécheraient elles-mêmes par vice d'indétermination. Si, pour la source législative et réglementaire, tout paraît clair (sauf la question de l'interprétation des textes), il n'en va pas de même, on l'a vu, pour la coutume et la jurisprudence des tribunaux : d'une part, le caractère obligatoire de ces sources et leur position par rapport à la loi peut, selon les pays ou les branches du droit, prêter à débat (par exemple, la coutume peut-elle abroger la loi ?) ; d'autre part, les facteurs constitutifs de la coutume sont souvent difficiles à déceler, et la jurisprudence des tribunaux, qui se forme au fur et à mesure (et au hasard) des procès, est lente à se fixer.

L'insuffisance de définition peut apparaître, ensuite, dans le contenu même des règles. On n'entend pas ici un défaut dans la détermination des mesures destinées à mettre en œuvre l'idée centrale d'un système, telle une organisation incomplète de la tutelle, de la police de la circulation ou du régime des preuves : ce sont là plutôt des lacunes dans le droit. On a en vue l'indétermination des concepts en lesquels sont énoncées les conditions d'application d'une règle ou son dispositif.

Soit, par exemple, la répression des pratiques usuraires dans les contrats. La difficulté est de cerner de manière nette, autrement que par une formule vague, une injustice protéiforme, variable selon les circonstances économiques, selon les localités, selon les moments. Choisir pour critère de cette injustice, comme l'ont fait maintes lois et jurisprudences, l'« illégitimité », l'« excès » ou même l'« anormalité » du gain, c'est en fait renoncer à toute définition, en laissant aux parties et au juge le soin d'apprécier en chaque cas d'espèce. De même pour l'injure grave, érigée par le **Code Napoléon** en « cause déterminée » de **divorce**, qui, nonobstant certaines précisions ultérieures (atteinte profonde au lien, vie conjugale intolérable), fonctionne en fait « comme une cause indéterminée de divorce » (Planiol). De même encore, en droit international public, pour la définition de la **guerre** d'agression, celle-ci ayant pris en fait des formes si multiples, si astucieusement

déguisées qu'elle échappe à une définition générale. De même et a fortiori pour des concepts tels que l'« intérêt général » (en matière d'annulation des actes des autorités décentralisées « blessant l'intérêt général ») ou l'« utilité publique » (en matière d'expropriation de biens).

C'est surtout, comme on l'a vu, à l'égard des concepts traduisant des réalités ou des valeurs de l'ordre spirituel et moral, par conséquent du genre qualitatif, que se marque la difficulté de la définition.

Les « standards » ou « directives »

Cependant il ne faut pas exagérer. La définition du droit n'est requise que jusqu'à un certain point : celui en deçà duquel la règle, décidément trop inconsistante, glisserait entre les doigts. Un droit défini de manière trop stricte est un droit incomplet, car il laisse de côté telles hypothèses, identiques au fond mais non formellement prévues ; souvent, en outre, il manque de souplesse, par absence de marge pour les cas d'exception s'écartant de la normale. De là la faveur témoignée à la méthode des définitions larges (*standards*, « directives »), dont la malléabilité permet à la fois d'englober beaucoup de cas et de donner à chacun d'eux le traitement approprié.

L'une des illustrations les plus remarquables de cette méthode est le concept d'« ordre public ». Le rôle de ce concept, en droit privé (interne et international), est considérable : non seulement l'ordre public fournit le principal critère de la distinction entre les lois impératives, auxquelles il n'est pas permis de déroger, et les lois simplement supplétives (cf. *supra*), mais, par lui-même, il a cet effet de rendre nulle en droit toute disposition de volonté des particuliers qui irait à son encontre. Or si le concept d'ordre public évoque les principes ordonnateurs de la vie sociale, économique et politique d'un pays à un moment déterminé de son histoire, la loi se garde de définir de plus près les exigences de l'ordre public, ce qui se comprend étant donné le nombre illimité et le caractère mouvant de ces exigences. Mais on comprend aussi que le droit, instrument au service du bien général, ne puisse prendre sous sa protection des actes ou opérations qui seraient contraires à l'ordre public. Il reviendra dès lors au juge, sous le contrôle de la cour suprême, de définir les exigences de l'ordre public en rapport avec les cas d'espèce.

Un autre exemple de définition large est donné dans l'article 1382 du Code Napoléon : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » On voit bien que la faute est un manquement, une erreur de conduite, mais, à la différence d'autres législations, le Code n'énumère et ne spécifie d'aucune manière les actes ou les abstentions méritant la qualification de faute. Pas davantage il ne précise le mode et l'étendue de la réparation. Ainsi, la règle se borne à poser le principe général et abstrait de la réparation des dommages fautifs. C'est le juge qui, sous le contrôle de la cour suprême, opérera détermination du principe d'après les situations concrètes. Par là se trouve garantie la plénitude d'application d'une règle jugée bonne et utile dans sa généralité même et dont le jeu serait entravé par un système de définition rigide.

La même méthode prévaut, beaucoup plus fréquemment encore, en droit public pour les normes directrices des activités du législateur, du gouvernement, de l'administration. Si, dans l'État de droit, les autorités publiques sont soumises à des règles, celles-ci doivent comporter une marge suffisante d'indétermination permettant de parer de manière adéquate aux imprévus de la vie publique.

Cependant, le procédé des « directives » ne convient pas indistinctement en toutes matières. Il en est dans lesquelles le besoin de sécurité prime : ainsi en droit pénal. Le principe moderne qu'il ne peut y avoir d'infraction punissable sans une loi qui l'établisse (*Nullum crimen sine lege*) serait une formule vaine s'il était loisible au législateur de s'exprimer en des termes si élastiques qu'ils ouvriraient la porte à tous les arbitraires. Également dans le domaine de l'impôt, afin que les comptes soient clairs entre le fisc et les contribuables, ou dans la répartition des compétences entre les diverses autorités afin d'éviter les conflits et les méprises, ou encore dans les règles de procédure où le détail précis importe plus encore que la ligne générale.

Les procédés de définition

Les procédés de définition utilisés pour rendre le droit « praticable » sont plus ou moins radicaux. D'une façon générale, le juriste use de simplification, négligeant le cas rare, s'embarrassant assez peu de nuances, s'attachant de préférence à l'aspect extérieur et sensible des choses. Sans doute, le droit moderne se préoccupe de plus en plus de psychologie et de sociologie, et les catégories héritées du **droit romain** se sont heureusement assouplies au contact d'une science plus poussée et plus fine. Mais, quoi que l'on souhaite, toujours la définition juridique restera plus ou moins approximative, expéditive et sommaire. Saisir les phénomènes dans leur complexité et leur continuité, a fortiori pénétrer l'essence des choses ne sera jamais le fort du juriste, parce que sa mission n'est pas d'établir des définitions scientifiquement ou philosophiquement valables, mais de mettre sur pied des règles applicables et que la « praticabilité » du droit postule des définitions relativement simples, aptes au maniement.

La tendance à la simplification ressort, en particulier, de l'emploi de certains moyens qui n'ont d'autre fin que de prévenir tout flottement dans l'application du droit : tels le moyen du « chiffrage », pour les concepts représentant des réalités quantitatives (ainsi les délais chiffrés de la prescription), et le moyen de l'énumération d'espèces, pour les concepts représentant des réalités qualitatives (ainsi la liste limitative des établissements dangereux, incommodes ou insalubres, sujets à autorisation administrative). Davantage encore, là où ces moyens se montreraient impuissants à procurer la détermination nette jugée indispensable, le juriste n'hésitera pas à remplacer le concept indocile par un substitut moins exact mais plus saisissable, d'ordinaire son indice ou son signe : ainsi un certain âge pris comme signe irréfragable de la maturité d'esprit justifiant la liberté et la capacité juridique, le caractère immobilier d'une opération comme signe du degré de gravité des actes juridiques justifiant au profit des incapables une protection renforcée. Si le signe est bien choisi, il aura des chances de recouvrir la majorité des hypothèses. Mais il suffit d'une hypothèse sortant de l'ordinaire pour que la vérité du droit soit sacrifiée à sa praticabilité.

La réceptivité à la preuve des faits soumis à règle

Un deuxième facteur de la praticabilité du droit consiste dans la réceptivité à la preuve des faits érigés en conditions d'application des règles. À défaut d'exécution spontanée, la nécessité apparaît d'une preuve objective de l'existence, en l'espèce, de ces conditions, sous peine d'aboutir à une justice impressionniste. Or tous les faits ne sont pas également aptes à la preuve : il en est, parmi eux, qui se dérobent à la démonstration par manque de moyens d'investigation sûrs. La loi peut bien remédier à la difficulté par des systèmes de preuves préconstituées ou même par des présomptions :

par exemple, elle dispose que l'enfant de la femme mariée conçu pendant le mariage – et ici interviennent des présomptions préalables, relatives à la durée de la grossesse – est issu des œuvres du mari.

Cependant la matière ne s'accommode pas toujours de ces artifices : ainsi quand les faits se passent normalement dans le secret, hors la présence de tout témoin, ou qu'ils ne laissent pas de trace, ou qu'ils revêtent une signification ambiguë. Il n'est alors, pour le juriste, d'autre ressource que d'éliminer ces faits comme conditions d'application des règles et, au cas où ils devraient en former la condition unique, de renoncer à la règle elle-même appelée à les régir : ainsi, par exemple, pour l'exclusion du dol comme cause de nullité de mariage.

Ailleurs, le juriste écarte, dans le complexe des faits mis à la base de la règle, l'élément rebelle à la preuve en ne retenant que les circonstances susceptibles de preuve : ainsi, dans l'attribution de la responsabilité du dommage provenant de causes multiples parmi lesquelles se trouverait une faute, on néglige le caractère plus ou moins déterminant de la faute par rapport aux autres causes pour condamner à la réparation totale l'**auteur** de la faute (théorie dite de l'équivalence des conditions). Le même abandon se remarque dans maintes règles de **droit civil**, voire de droit pénal, où il est fait abstraction de l'état psychologique de l'agent, de l'intention dans laquelle il a agi ou s'est abstenu d'agir, de sa bonne ou de sa mauvaise foi, simplement parce que ces recherches, de nature délicate, auraient pour conséquence de mettre entrave au jeu aisé de la règle.

Concentration des règles et « constructions juridiques »

Enfin, le droit demande, pour être « praticable », une certaine dose de concentration des règles. De là, notamment, les classements d'hypothèses et de solutions sous des prédicats communs donnant autant de principes de division : par exemple, les choses se divisent en meubles et immeubles ; les systèmes de protection des incapables se divisent en représentation et assistance ou autorisation. Parfois le juriste va plus loin : de la même manière qu'il fausse les définitions par substitution ou amputation, il force les classements soit par extension à des catégories qui, de soi, n'y rentrent point, soit par inversion de l'ordre naturel de rattachement : ainsi la classification meubles-immeubles étendue aux droits de créance et aux droits intellectuels, le rattachement de certains meubles à la catégorie des immeubles (cas des immeubles par destination), etc.

Un autre procédé de concentration des règles est celui des « constructions juridiques ». On entend par là une systématisation du droit par voie dialectique à partir d'une « idée » représentative et, si possible, évocatrice dont les conséquences dérivées rayonneront ensuite sur toute la matière pour l'unifier et, éventuellement, la féconder. À l'explication réelle des règles, tirée de considérations souvent fuyantes ou complexes, vient s'ajouter un principe idéal plus ou moins artificiel au regard de l'explication réelle, mais dont la valeur synthétique apportera lumière dans l'amas diffus des règles : ainsi l'idée de patrimoine comme entité abstraite indépendante des biens concrets qui le composent, l'idée de la continuation par l'héritier de la personne du défunt, etc. En même temps, l'idée, jouant le rôle de l'hypothèse dans les sciences, peut contribuer au développement du droit en suggérant des solutions sur des points nouveaux non prévus par le droit existant.

Mais il faut dire tout de suite que le procédé des constructions juridiques et aventureux, dans la mesure précisément où l'idée, s'éloignant des réalités qui conditionnent ou gouvernent le droit, risque de sacrifier la substance de celui-ci à une unité factice.

Aussi bien, et d'une manière générale, si important que soit, dans l'élaboration du droit, le facteur de la « praticabilité », on ne peut lui accorder la première place. Avant d'être « praticable », la règle juridique doit être bonne, c'est-à-dire conforme aux exigences du bien public dans les conditions propres au milieu social où elle est appelée à exercer son action. C'est donc un problème d'équilibre et de mesure, sans compter que l'« impraticabilité » d'aujourd'hui peut disparaître demain grâce aux progrès de la science dans la définition de ses concepts, grâce au perfectionnement des moyens de preuve, grâce à une distribution plus logique des matières du droit.

Notes complémentaires sur la méthode juridique

Vérité relative et variabilité des solutions du droit

De cet exposé sur la méthode d'élaboration du droit découlent deux conclusions. La première concerne le caractère de certitude simplement morale et même relative des solutions du droit. Apprécier exactement les situations de fait pouvant donner lieu à règlement ; discerner, à propos de ces situations et en relation avec ce règlement, les exigences concrètes du bien général ; discerner et soupeser, à propos du règlement projeté, le sentiment de l'opinion publique ; mettre en forme « praticable » la solution finalement arrêtée ; autant de problèmes que l'on ne peut résoudre à coup de certitudes d'ordre mathématique ou scientifique. Dès lors, s'il existe des solutions de droit qui peuvent s'autoriser d'une certitude suffisante aux yeux des hommes de jugement et d'expérience, il en est d'autres qui peuvent souffrir contestation, n'étant fondées que sur des opinions plus ou moins probables.

L'étude de la méthode juridique permet, d'autre part, de comprendre pourquoi le droit varie suivant les temps, les lieux, les circonstances. Car si les principes directeurs de l'élaboration ont valeur universelle en ce qu'ils déterminent les facteurs à prendre en considération, les réponses données par ces facteurs, dans les différents pays, aux différentes époques, sont variables. Dans la mesure, d'ailleurs, où les réponses viendraient à changer, le droit établi sur la base de ces réponses doit lui-même changer. C'est pourquoi il est erroné d'assigner au droit une « fonction conservatrice ». Certes, la règle établie a pour but et pour effet de stabiliser le droit : tant qu'elle n'aura pas été changée, elle garde sa force obligatoire. Mais c'est le devoir du législateur et du juriste constructeur du droit de modifier le droit établi pour le mettre en harmonie avec les mutations sociales irréversibles.

Droit et morale

Reprenant, pour la détermination du *contenu* des règles, le parallèle précédemment esquissé, du point de vue formel, entre le droit et la morale, les différences suivantes apparaissent.

1. Tandis que la règle de droit est un instrument – parmi d'autres, relevant de la politique générale – de réalisation effective du bien public, la règle morale n'a pas de fonction instrumentale : elle explicite simplement ce qui est à faire et à ne pas faire dans le domaine de l'agir humain.
2. Tandis que la règle de droit a pour mesure le bien public en tous domaines de l'ordre temporel, la règle morale exprime le bien et le mal par référence à la vocation de l'homme individuel et à

l'accomplissement de ses fins naturelles et surnaturelles.

3. Tandis que la règle de droit est obligée de tenir compte de l'opinion publique de peur que sa disposition ne soit inefficace ou même ne tourne finalement contre le bien public, la règle morale est, de soi, insensible à ces contingences.

4. Tandis que la règle de droit, pour être applicable, est assujettie à une technique de formulation et de mise à exécution, la règle morale n'a pas besoin du truchement des sources formelles, ni même des concepts et des mots pour s'imposer aux consciences. D'autre part, l'observation en est libre, sans l'intervention d'organes extérieurs d'application.

Aussi bien, distinction n'est pas séparation. Nonobstant la distinction des fins et des fonctions, très souvent le droit fait sienne l'exigence morale : ainsi spécialement quand il met son impératif au service de la justice. Rendre à chacun le sien, c'est d'abord une règle de morale, mais c'est aussi, normalement, l'exigence du bien public et, par conséquent, du droit. A fortiori, le droit ne peut contredire la morale en commandant ce qu'elle défend, en interdisant ce qu'elle prescrit. Comment imaginer un conflit entre le bien moral de l'homme et le bien de la communauté des hommes envisagé soit en lui-même, soit dans les moyens de le réaliser ?

Le droit subjectif

Le droit subjectif, on l'a dit, est la prérogative conférée à une personne par le droit objectif. Par exemple, un individu, personne physique ou personne morale, est propriétaire d'un bien corporel, ou il est créancier d'un autre qui lui doit une prestation en argent ou en service ; l'auteur d'une œuvre artistique ou littéraire a, sur cette œuvre, des droits moraux et des droits pécuniaires ; les père et mère ont sur leurs enfants mineurs un droit d'autorité ; l'ouvrier a le droit de faire **grève**, etc. Cependant, la notion de droit subjectif est ambiguë ; certains même la rejettent comme fautive, à tout le moins comme superflue. C'est pourquoi il convient, au préalable, de rechercher en quels termes se pose le problème du droit subjectif, après quoi on présentera une définition de la notion, puis une classification des droits subjectifs. Quant à l'exercice ou au mode d'exercice des droits subjectifs, question qui fait partie de la matière, il en a été traité.

Problématique du droit subjectif

Une première confusion à éviter est celle qui résulterait d'un déplacement, sur le terrain de la philosophie sociale et politique, du concept de droit subjectif interprété comme la traduction ou l'écho d'une théorie des droits naturels de l'individu (Villey). Perspective évidemment fautive en tant qu'elle néglige la nature à la fois individuelle et sociale de l'homme. Mais il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'opposer, à un droit subjectif de tendance libérale individualiste, un droit objectif de tendance sociale ou socialiste. Les doctrines sociales sont hors de cause. Le droit subjectif est pris dans le cadre du droit objectif, en dépendance de celui-ci, étant entendu, selon notre définition initiale, que le droit objectif est le droit positif, et non point le droit naturel. En un mot, le droit subjectif reste la prérogative créée et consacrée par le droit positif, dans les limites, sous les conditions et, éventuellement, les charges prévues par le droit positif.

On ne nie point pour autant la légitimité d'une projection du droit subjectif sur un autre plan, qui serait celui de la morale ou du droit naturel, ni même le devoir qui pourrait incomber au juriste, dans sa tâche propre d'élaboration du droit, de faire passer ces droits subjectifs, moraux ou naturels, au rang des droits protégés par la loi positive. En attendant ce passage au plan de la « juridicité » positive, de tels droits, juridiquement, n'existent pas.

Même envisagée dans le cadre du droit positif, la notion de droit subjectif a trouvé des contradicteurs.

Pour Duguit, le droit subjectif est un concept métaphysique, en ce qu'il impliquerait une supériorité de volonté du titulaire de ce prétendu droit sur la volonté de l'individu ou des individus tenus de le respecter. À ce concept, qu'il récuse au nom de la « science positive », Duguit substitue celui de « situation juridique », les individus étant situés par rapport à la règle soit activement, soit passivement. Ces « situations juridiques » seraient de deux espèces : d'une part, les « situations juridiques objectives », ainsi les situations d'époux, d'enfant légitime ou naturel, de propriétaire, de citoyen, etc. ; d'autre part, les « situations juridiques subjectives », ainsi les situations des personnes liées l'une vis-à-vis de l'autre par un contrat.

Pour Kelsen, ce qu'on nomme le droit subjectif n'est que l'effet réflexe de l'obligation juridique, de

l'individu ou des individus, de se conduire à l'égard d'un autre individu de telle façon déterminée par la règle de droit (*Théorie pure du droit*, trad. C. Eisenmann, p. 173). Le droit subjectif n'apparaît qu'avec le pouvoir, conféré par l'ordre juridique à celui envers lequel existe l'obligation de se conduire de telle façon, de faire valoir, par une action en justice, l'inexécution de l'obligation. Encore est-il que ce pouvoir juridique, tout comme l'obligation juridique, est une norme juridique, signifiant seulement qu'une norme fait d'une conduite déterminée du titulaire (l'exercice de l'action en justice), la condition de certaines conséquences (pp. 181 à 183).

Mais, une fois reconnue la primauté de la règle de droit positif, pourquoi nier que celle-ci puisse faire naître, dans les rapports entre les sujets, des droits subjectifs et des obligations subjectives ? Les situations juridiques actives et passives de Duguit ne se ramènent-elles pas aux droits et obligations de la théorie classique ? De même, l'obligation envers un ou plusieurs autres de Kelsen n'a-t-elle pas pour corrélatif nécessaire un droit de ces autres vis-à-vis de l'obligé ? Et qu'est-ce qui interdit de dénommer droit subjectif le pouvoir juridique, remis à celui envers lequel une certaine conduite est imposée, de poursuivre l'exécution de ce à quoi ou sur quoi, d'après la loi, il a droit ? En définitive, le droit subjectif n'est rien d'autre que le *suum cuique* de la définition classique. Le débat, dès lors, se réduit à une querelle de mots.

Ce qui est exact, en revanche, c'est que la tâche du droit positif ne se borne pas à la création de droits subjectifs comme si le droit subjectif couvrait tout le droit. Le droit subjectif suppose en effet un ou plusieurs titulaires, déterminés ou déterminables. Or une foule de règles ne prescrivent que des obligations dont les bénéficiaires sont la société en général ou les membres indéterminés de la société : ainsi les règles instituant des organismes ou des mécanismes et déterminant les conditions de leur fonctionnement (organisation de l'État, des groupements publics et privés, de l'état civil, de la publicité des mutations, etc.) ou encore les règles édictées dans l'intérêt des tiers ou du public (règles protectrices de l'ordre public, de la sécurité publique, de la police du commerce, etc.). L'objet premier de ces règles, bien qu'elles ne puissent se réaliser que dans et par des comportements, est évidemment institutionnel, normatif, et non attributif de droits subjectifs (sinon parfois par voie réflexe).

Il faut donc écarter les théories antagonistes : tant celle qui fait table rase du droit subjectif que celle qui ne voit dans le droit objectif qu'un réseau de droits subjectifs. La vérité est que, selon la matière qu'il a à traiter, le droit confère des droits ou ne pose que des règles objectives simplement génératrices de l'obligation générale de l'obéissance à la loi.

Définition du droit subjectif

Que faut-il maintenant ranger sous le concept de droit subjectif ? Toute prérogative quelconque attribuée à un sujet mérite-t-elle cette dénomination ? Certains auteurs, d'ailleurs partisans du droit subjectif, estiment qu'on abuse de ce concept et qu'il y a lieu d'en restreindre fortement l'emploi. Ne serait droit subjectif, selon cette opinion, que la prérogative constituant pour son titulaire un véritable bien dont normalement il peut disposer soit par voie de cession à un tiers, soit par voie de renonciation. Remplit ces conditions, au premier chef, le droit subjectif de propriété, mais non, par exemple, la catégorie des droits dits de la personnalité (droit à la vie, aux différentes libertés), lesquels demeurent dans la sphère des intérêts légitimes protégés par une action en justice (P. Roubier). Mais la réponse dépend de la définition que l'on donne du droit subjectif.

Remarquons d'abord, du point de vue méthodologique que rien n'empêche d'entendre le droit subjectif non comme une espèce particulière du genre « prérogative », mais comme synonyme de « prérogative » en général. Historiquement, c'est de cette façon qu'est née l'expression : d'un côté, il y avait le Droit, c'est-à-dire la règle, à laquelle on a donné le nom de « droit objectif » ; de l'autre, il y avait les droits, c'est-à-dire les prérogatives dérivées de la règle, auxquels on a donné, par antithèse, le nom de droits subjectifs. Plus tard, on s'est efforcé de donner du droit subjectif une définition plus stricte, en en faisant une prérogative d'une certaine espèce.

Sous le bénéfice de cette observation, deux grandes définitions ont été proposées : l'une met en avant le pouvoir de volonté conféré par la loi (Savigny, Windscheid), l'autre s'attache à l'idée d'intérêt protégé par la loi (Ihering). Des thèses mixtes ont vu le jour, faisant intervenir à la fois l'intérêt et la volonté (Jellinek, L. Michoud). Il semble bien que la priorité doive être accordée à l'élément intérêt : à la base des droits subjectifs se trouvent des intérêts, c'est-à-dire des biens ou valeurs reconnus par la loi comme appartenant en propre à l'intéressé. Tantôt ces biens ou valeurs sont inhérents à la personne du sujet et ils sont innés (ainsi la vie, les différentes libertés), tantôt ils lui sont extérieurs et ils doivent avoir été acquis légalement (ainsi les choses). Tantôt l'appartenance est directe : dès l'abord le bien est sien ; tantôt l'appartenance est indirecte, se traduisant par une créance contre une personne, créance fondée soit sur une qualité du créancier (ainsi la créance d'aliments entre parents), soit sur quelque commutation où la créance est la contrepartie d'une prestation (par exemple, la créance en paiement du prix de vente, en réparation d'un dommage appelant réparation, en restitution d'un enrichissement sans cause).

Mais ce n'est pas tout. Sauf au cas de biens dont la jouissance ne nécessite aucune activité de la part du sujet (ainsi pour la vie, qu'il suffit d'entretenir), le droit subjectif appelle à sa suite un pouvoir juridique de libre usage et de libre disposition du bien sur lequel porte le droit : en principe, le titulaire fait du bien qui lui appartient ou qui lui revient, ce qu'il veut. Par cette voie s'introduit, dans la définition, le facteur de la volonté sinon comme élément constitutif du droit (à moins que le droit n'ait précisément pour objet quelque liberté d'agir ou de ne pas agir), mais comme la condition requise pour son exercice. Quant aux personnes que la loi déclare incapables (ainsi les mineurs non émancipés), elles conservent leurs droits, avec les avantages qu'ils comportent, mais en perdent l'exercice, qui est confié à leurs représentants, pour autant d'ailleurs que, par leur nature, ces droits ne répugnent pas à représentation.

Enfin, le droit subjectif, qui s'impose au respect de tout le monde (inviolabilité), est sanctionné par une action en justice (action en revendication d'une chose, en exécution d'une obligation, en réparation d'un dommage, etc.). Nonobstant sa liaison avec le droit, l'action fait l'objet d'un droit subjectif nouveau, dont le sort et le régime juridique ne sont pas toujours ceux du droit garanti. Aussi bien, il est des actions en justice auxquelles ne correspond aucun droit, par exemple les actions en annulation ou en résolution d'actes juridiques.

Si cette définition du droit subjectif est correcte, on ne voit pas le motif d'exclure de la catégorie du droit subjectif, pour les mettre à part, les droits de la personnalité, les droits réflexes du droit objectif, les libertés, les facultés, les pouvoirs, toutes ces situations évoquant des intérêts dont l'ayant droit est le maître, en principe. Seuls font difficulté les droits-fonctions : plutôt que bien propre, la fonction est service. Encore faut-il remarquer qu'une personne peut avoir un droit subjectif à l'attribution d'une fonction (ainsi les parents pour l'éducation de leurs enfants) et que toute personne investie d'une fonction a le droit d'accomplir, sous sa responsabilité mais sans immixtion indue, les actes d'exercice de cette fonction.

Classement des droits subjectifs

Il est impossible et vain de donner une énumération des droits subjectifs tant sont multiples les intérêts qu'ils peuvent recouvrir. C'est dire qu'il n'est pas de l'essence du droit subjectif d'être préconstitué, défini d'avance par la loi, la coutume, la jurisprudence. En raison des progrès de la science et de l'évolution sociale, des intérêts nouveaux surgissent qui, peu à peu, par le travail des tribunaux et de la doctrine, recevront la protection du droit. Il est possible, en revanche, et indispensable d'opérer entre les droits subjectifs des classements, parce que ces classements influent sur le régime juridique des droits.

Les principes de classement sont très divers. L'un des plus fréquemment cités est le classement des droits en patrimoniaux et extra-patrimoniaux. Mais si l'on se réfère à la structure des droits subjectifs plutôt qu'à des qualités ou attributs étrangers à cette structure (ainsi le caractère patrimonial ou extra-patrimonial), deux principes de classement sont à prendre en considération : l'un, tiré de l'objet du droit subjectif, l'autre déduit du système de relations, interindividuelles ou corporatives, dans lequel s'insère le droit.

Classement selon l'objet

De ce point de vue, les droits subjectifs se divisent en droits de la personnalité, droits sur les choses corporelles (droit réel, *jus in re*), droits sur la personne d'autrui (droit personnel ou de créance, *jus in personam*), droit sur des choses incorporelles (droits intellectuels).

1. Les *droits de la personnalité* sont les droits qui ont pour objet les éléments constitutifs de la personne sous tous ses aspects : physique et moral, individuel et social. En premier lieu, l'être du sujet : son corps et ses membres, mais aussi ses convictions et ses affections, sa pudeur, son intimité, son honneur, les traits de son personnage physique (son image) et moral. Autant de valeurs qui tiennent à la personne et auxquelles nul ne peut porter atteinte sans violer le droit du sujet.

Mais vivre, pour l'homme, c'est aussi déployer les puissances et satisfaire les aspirations de son être, bref agir et, puisque l'homme est un être doué de raison, agir de façon autonome.

Ici se profile le champ immense des libertés extérieures : libertés corporelles d'aller et venir, de résider en un lieu ; liberté d'expression de la pensée, oralement ou par la presse, de la pratique d'un culte, d'enseigner ; liberté de la production d'œuvres de toutes sortes, des mains ou de l'esprit ; liberté du choix du mode de vie (mariage, profession, travail) ; liberté de communiquer avec autrui par la voie de l'**échange**, de la donation, de la fondation, de l'**association**, de la réunion - bref, liberté d'accomplir tous actes quelconques (actes matériels ou actes juridiques, générateurs de droit ou de situations de droit), toujours sous réserve des limitations ou conditions posées par la règle de droit.

À ces libertés ou droits d'agir on joindra les « pures facultés » ou libertés de ne pas agir (de ne pas passer contrat, de ne pas s'affilier à un groupement privé), ainsi que les « droits d'option » entre deux ou plusieurs partis (accepter ou répudier une succession).

2. Les *droits réels* ont pour objet les choses corporelles, solides ou fluides captables (gaz,

électricité). Le droit réel le plus complet, que l'on a l'habitude de confondre avec la chose même, est le droit de propriété, qu'il s'agisse de propriété individuelle ou de copropriété indivise. Le propriétaire a la plénitude et l'exclusivité des pouvoirs d'utilisation de la chose ; il peut en user, la transformer ou la détruire, comme il peut en faire bénéficier d'autres personnes bénévolement ou en leur concédant sur sa chose un certain droit d'usage, soit à titre personnel, soit à titre réel. En ce dernier cas, le droit de propriété est dit « démembré » : tantôt le propriétaire ne peut plus tout faire (restriction à la plénitude des pouvoirs : cas de l'usufruit, des servitudes négatives, telle celle de ne pas bâtir) ; tantôt il doit souffrir qu'un autre fasse, de son côté, ce qu'il peut d'ailleurs continuer à faire lui-même (cas des servitudes positives : laisser le passage par son fonds).

3. Alors que les droits réels frappent les choses, les *droits de créance*, eux, frappent les personnes, en ce sens qu'une personne, le débiteur, est tenue vis-à-vis d'une autre, le créancier, de l'exécution d'une certaine prestation, positive ou négative, formant le contenu de son obligation. En raison de l'obligation qui la lie au créancier, la personne du débiteur est engagée. Le créancier a pouvoir sur elle et, à défaut d'exécution volontaire, l'exécution forcée pourra être demandée sur sa personne ou sur ses biens.

Dans le langage technique des juristes, le nom de droit de créance ne désigne que les créances qui ont pour objet une prestation évaluable en argent. Mais, du point de vue des structures, le caractère patrimonial ou non de l'obligation est sans portée. C'est pourquoi, dans le droit de la famille, les devoirs de cohabitation, de fidélité et d'assistance entre époux, le devoir des père et mère d'élever et d'éduquer leurs enfants répondent entièrement au concept du droit de créance.

C'est à tort que l'on a prétendu ramener au type unique du droit de créance les droits réels sous prétexte que ceux-ci engendreraient simplement une « obligation passive universelle », le débiteur étant alors tout le monde hormis le titulaire du droit (Planiol). En réalité, cette obligation de tout le monde n'est rien d'autre que l'obligation générale négative de ne pas porter atteinte aux droits subjectifs d'autrui, laquelle existe d'ailleurs pour le droit de créance aussi bien que pour le droit réel : n'est-il pas interdit à quiconque de s'immiscer dans les rapports entre le créancier et le débiteur pour empêcher celui-ci de remplir son obligation ? C'est l'opposabilité des droits aux tiers qui est ici en cause. Or, à cet égard, tous les droits, quel que soit leur objet - choses ou personnes - sont opposables aux tiers.

Aussi faut-il répudier la distinction entre des droits qui seraient absolus, tels les droits réels, et des droits qui ne seraient que relatifs, tels les droits de créance. Droits réels et droits de créance sont pareillement absolus, en ce qu'ils existent vis-à-vis de tout le monde ; ils sont pareillement relatifs, en ce qu'ils existent, pour le droit réel, sur une certaine chose, pour le droit de créance, sur une certaine personne, le débiteur.

4. À la division classique entre droits réels et droits de créance s'est ajoutée, au XIX^e siècle, une catégorie nouvelle que nous nommerons les *droits intellectuels* (*jura in re incorporali*) : ainsi les droits des auteurs sur leurs créations (propriété artistique et littéraire, inventions brevetées, dessins et modèles déposés) et les droits sur les signes représentatifs des personnes (nom civil), des entreprises (nom commercial, enseigne) ou des produits (marque de fabrique ou de commerce). Or, indépendamment de l'objet matériel qui leur sert de support (le **livre**, le tableau, l'appareil breveté, pour les créations ; le vocable ou l'image, pour les signes), c'est sur ces choses mêmes, en tant qu'incorporelles, qu'est assis le droit intellectuel. S'il s'agit de créations, l'auteur ou l'inventeur a la faculté de modifier ou de supprimer sa création, de la garder secrète ou de la communiquer au

public en retenant pour lui le bénéfice matériel et moral de la publication. Il peut aussi céder ou donner en licence son monopole d'exploitation. S'il s'agit de signes, le titulaire du nom commercial, de la marque, etc., peut en faire usage pour lui-même et en interdire l'usage par d'autres.

On a proposé de dénommer « droits de clientèle » les monopoles d'exploitation attachés aux brevets et aux marques (Roubier). L'expression n'est guère satisfaisante parce qu'elle n'évoque que la finalité économique de ces monopoles comme moyens de ralliement de la clientèle, sans les définir dans leur structure juridique. Par contre, la clientèle peut faire l'objet d'un droit en tant qu'élément essentiel de l'ensemble incorporel que constitue le « fonds de commerce ».

Droits interindividuels et droits corporatifs

Les droits interindividuels sont ceux qui se meuvent dans les rapports entre des sujets de droit distincts : personnes physiques ou personnes morales, privées ou publiques (ainsi les rapports entre deux États ou entre un État et une personne étrangère). Sous cette réserve capitale que les droits subjectifs des personnes morales ne sont jamais que fonctionnels, au service de leur fin sociale, les sociétés de commerce ou les États, par exemple, ont les « droits de la personnalité » compatibles avec leur nature d'êtres moraux (droit à la vie, à l'honneur) ; ils peuvent être propriétaires (domanialité privée ou publique) ; ils peuvent être créanciers ou débiteurs ; ils peuvent agir en justice.

Mais si l'on se place sur le plan corporatif, celui des rapports intérieurs entre le groupe, privé ou public, et ses membres, la situation change. Non point que la relation de corps à membre serait exclusive de l'idée de sujet distinct qui est à la base même du droit subjectif. Car l'unité corporative n'est que morale et, dès lors, la dualité des sujets de droit - membre d'une part, groupe d'autre part - subsiste. Cependant, du fait de l'inclusion du membre dans un ordre sociétaire, les droits subjectifs, corporatifs prennent une physionomie particulière.

Du côté du corps d'abord, les droits corporatifs de celui-ci englobent les contributions diverses par lesquelles les membres collaborent à l'établissement et au fonctionnement du groupe. De ces contributions le groupe est, à la lettre, créancier : par exemple, l'État est créancier de l'impôt, comme des autres prestations qu'il peut requérir des citoyens. De plus, le groupe a sur ses membres un droit d'autorité s'exprimant dans les prérogatives de la législation, de l'administration, de la juridiction, avec le droit de sanctionner ses règlements et décisions : par exemple, l'État a des droits de puissance publique.

Du côté des membres du groupe : chacun de ceux-ci (si le groupe est à but intéressé) a le droit de recueillir une part équitable, proportionnelle à son rang ou à ses mérites, des avantages qui sont le résultat des activités sociétaires : par exemple, les citoyens ont le droit d'accès aux tribunaux, le droit à l'usage des services publics administratifs ; fréquemment ils se voient reconnaître des « droits économiques et sociaux » (droit à l'emploi, à la sécurité d'existence, au logement, à l'instruction, à la culture, etc.). Selon que le régime du groupe est plus ou moins démocratique, les membres ont des droits de participation au gouvernement du groupe : par exemple, dans l'État, les droits politiques (électorat, éligibilité, jury, référendum), l'admissibilité aux emplois publics, etc.

Le tableau que l'on vient d'ébaucher montre que le système des droits subjectifs corporatifs fonctionne selon le même modèle, *mutatis mutandis*, dans l'État et dans les groupements privés. Il

reste toutefois cette différence essentielle que la position de souveraineté de l'État suscite un problème : celui de la possibilité logique, s'agissant d'un corps qui n'a pas de supérieur, de fonder, d'une manière à la fois objective et positive, les droits subjectifs réciproques du corps et des membres qu'implique sa vie intérieure corporative. Quant aux citoyens, comment peuvent-ils revendiquer, à l'égard de l'État, des droits subjectifs publics alors que ceux-ci dérivent de la volonté de cet État et ne peuvent être garantis que par lui ? Quant à l'État, comment peut-il être admis, en même temps juge et partie, à définir lui-même souverainement ses propres droits vis-à-vis de ses membres ?

De fait, en théorie, le problème est sans issue. Mais, dans la pratique, des combinaisons institutionnelles ont été imaginées à l'effet de limiter par le dedans le bon plaisir de l'État souverain : ainsi, la séparation des pouvoirs qui cantonne chacun de ceux-ci dans sa sphère d'attributions ; mieux encore, le contrôle des actes de l'État par ses propres juges, à la décision desquels le pouvoir une fois condamné se range spontanément.

Il reste pourtant la toute-puissance du législateur, du moins là où n'a pas été institué un contrôle de la constitutionnalité des lois et, à un niveau plus élevé, la toute-puissance du pouvoir constituant. Mais les autorités internes, même suprêmes, sont parfois liées par des règles internationales protectrices des droits de leurs sujets : il en est ainsi pour la Convention européenne des **droits de l'homme**, signée le 4 novembre 1950, ratifiée par les États membres du **Conseil de l'Europe**. Dans cette convention sont énoncés comme droits positifs une série de droits de l'homme (parmi lesquels figurent certains droits subjectifs publics), la sauvegarde des droits énumérés étant assurée par des recours auprès d'organismes judiciaires internationaux (Commission et Cour européennes des droits de l'homme).

— *Jean DABIN*

BIBLIOGRAPHIE

Archives de philosophie du droit, Paris, depuis 1954 : spécialement t. VII, *Qu'est-ce que la philosophie du droit ?* 1962 ; t. IX, *Le Droit subjectif en question*, 1964 ; t. XI, *La Logique du droit*, 1966 ; t. XII, *Marx et le droit moderne*, 1967

H. BATIFFOL, *La Philosophie du droit*, coll. Que sais-je ? P.U.F., 8^e éd. 1989

J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, Paris, 2^e éd. 1989

A. BRIMO, *Les Grands Courants de la philosophie du droit et de l'État*, Pédone, Paris, rééd. 1978

G. BURDEAU, *Traité de science politique*, t. I, Paris, 3^e éd. 1980

H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlin, 1950, 4^e éd. de Gruyter, 1985

J. DABIN, *La Philosophie de l'ordre juridique positif*, Paris, 1929 ; *Le Droit subjectif*, Paris, 1952 ; *Droit subjectif et prérogatives juridiques*, Mém. Acad. roy. Belg., Bruxelles, 1960 ; *Théorie générale du droit*, Paris, 3^e éd. rev. 1969

- L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, Paris, 3^e éd. 1927 ; réimpr. Cujas 1981
- C. DU PASQUIER, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel, 3^e éd. 1948
- G. FASSÒ, *Histoire de la philosophie du droit* (Storia della filosofia del diritto), L.G.D.J., Paris, 1976
- W. FRIEDMANN, *Théorie générale du droit (Legal Theory)*, Paris, 4^e éd. 1965
- F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, 1914-1925
- H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961
- H. HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munich-Berlin, 1964, 2^e éd. rev. C. H. Beck, 1977
- H. KELSEN, *Théorie pure du droit (Reine Rechtslehre)*, trad. C. Eisenmann, Dalloz, Paris, 2^e éd. 1989
- P. PESCATORE, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, 1960
- G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, éd. Erik Wolf, Stuttgart, 1950, 8^e éd. 1973
- M. REALE, *Filosofia do Direito*, São Paulo, 3^e éd. 1962
- K. STOYANOVITCH, *La Philosophie du droit en U.R.S.S.*, Paris, 1965
- G. DEL VECCHIO, *Philosophie du droit* (trad. d'Aynac), Paris, 1953
- A. VERDROSS, *Abendlandische Rechtsphilosophie*, Vienne, 2^e éd. 1963
- M. VILLEY, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, 2^e éd. 1962.

POUR CITER L'ARTICLE

Jean DABIN, « **DROIT - Théorie et philosophie** », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 25 mars 2021. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/droit-theorie-et-philosophie/>