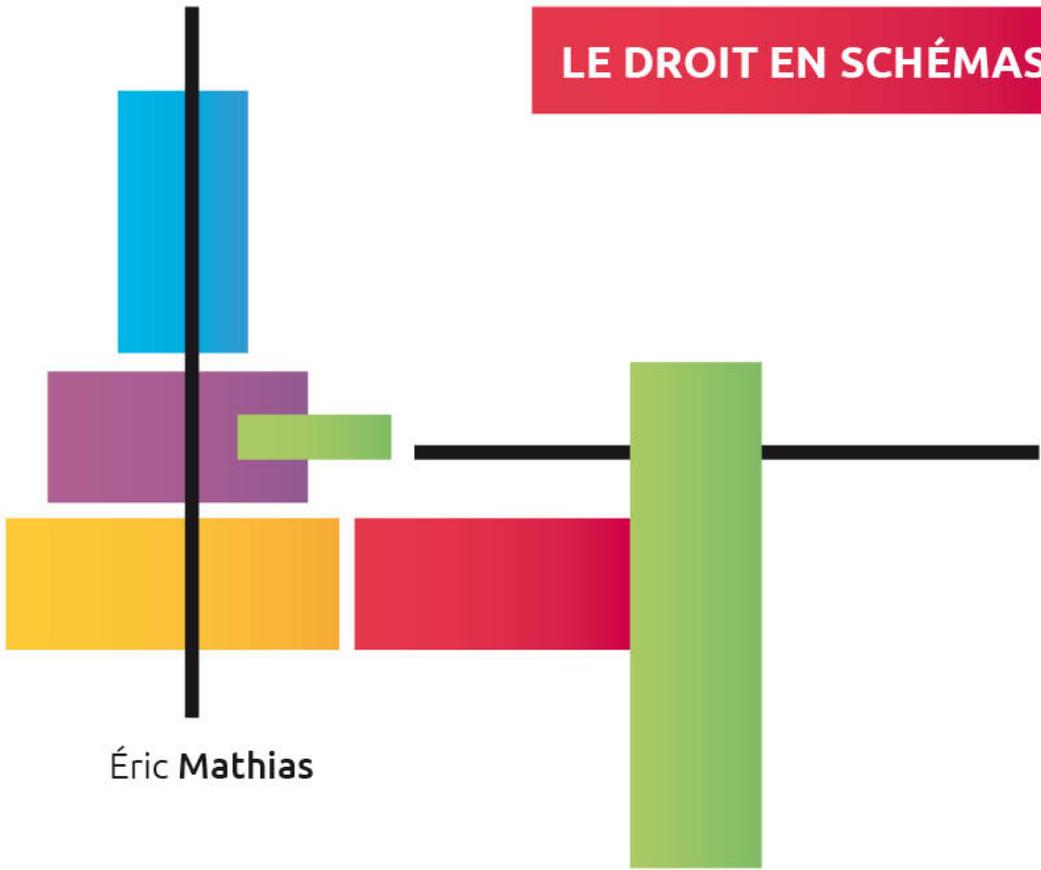


LE DROIT EN SCHÉMAS



Éric Mathias

Introduction générale au droit en schémas

3^e édition

ellipses

Titre préliminaire

L'identification du droit

Chapitre premier – Le droit objectif (Le « grand droit »)

Chapitre second – Les droits subjectifs (Les « petits droits »)

Titre préliminaire

L'identification du droit

Identifier le droit, c'est mettre en lumière ses caractères. Nous mènerons cet exercice de discrimination, au sens étymologique (et donc exact) de ce mot, en distinguant le **droit objectif** – soit l'ensemble des règles étatiques qui gouvernent les rapports des hommes entre eux (Le droit quant à son objet/chapitre I) – des **droits subjectifs** qui en résultent, c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives (ou pouvoirs) dont chacun d'entre nous peut être titulaire (Le droit quant à son sujet/chapitre II).

Chapitre premier. Le droit objectif (Le « grand droit »)

Le droit objectif, le « grand droit » comme le qualifie le doyen Carbonnier, se compose de règles dont nous allons dégager la juridicité (section I) ; il constitue une discipline dont nous mettrons par ailleurs en exergue la scientificité (section II).

Section I. La règle juridique (De la juridicité des règles)

La règle juridique peut être définie comme un instrument (I) au service d'une cause légitime, la Justice, dont il tire son autorité – et donc son fondement (II).

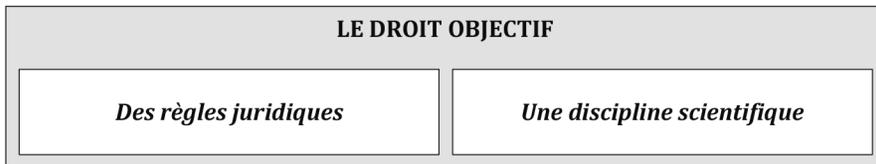
I. L'instrument du droit

Le premier instrument du droit (ses autres instruments sont l'appareil juridictionnel, l'outil pénitentiaire, etc.), ce sont ses règles diverses et distinctes d'autres modes d'organisation de la vie sociale – ce qui conduit à évoquer successivement la spécificité (A) et la spécialisation du droit (B).

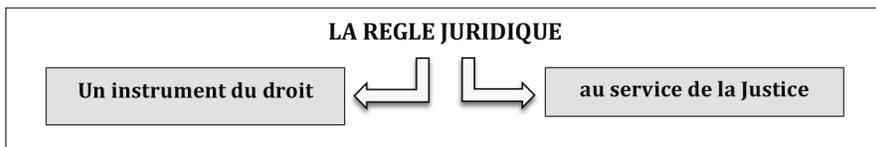
Titre préliminaire. L'identification du droit



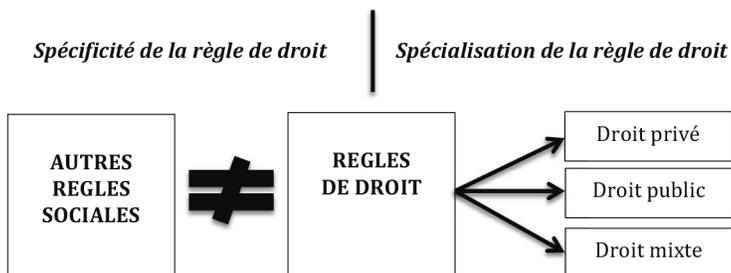
Chapitre premier. Le droit objectif (Le « grand droit »)



Section I. La règle juridique (De la juridicité des règles)



I. L'instrument du droit



A. DISTINGUER LA RÈGLE DE DROIT (SPÉCIFICITÉ DU DROIT)

« Le droit n'est pas le seul régulateur de la vie en société » (Cornu). L'organisation de la vie sociale est en effet l'objet de nombreuses règles qui relèvent pour certaines de la politesse, d'exigences morales, religieuses ou encore du droit. La règle de droit figure donc l'un des instruments de la régulation sociale. Mais quelle est sa spécificité ? Comment la distinguer des autres règles ? Avant de préciser les caractéristiques distinctives de la règle de droit et même son essence (2), mettons en évidence l'existence de règles non juridiques (1).

1. L'existence de règles sans droit

Nos règles ne sont pas nécessairement juridiques ; certaines relèvent de la morale, de la religion ou de la bienséance.

Les comparer au droit est aussi une façon d'identifier celui-ci.

a. Règles morales et règles juridiques

« Tout ce qui est licite n'est pas pour autant honnête » (Saint Paul) – ce qui revient à dire que droit et morale ne se confondent pas. Illustrons au moyen d'un exemple : après un certain délai variable, l'auteur d'une infraction ne peut plus être poursuivi, ni donc puni. Voilà une situation d'impunité qu'assurément la morale réproouve. Cet antagonisme trouve son fondement dans la sécurité juridique à laquelle doit aussi pourvoir le droit. Cette primauté de la sécurité sur la morale n'est cependant pas sans résonance... morale : remettre en cause une situation figée depuis plusieurs années voire décennies peut être choquant. En effet, quelle fiabilité accorder par exemple au prétendu témoin d'un crime quarante ans après les faits ?

Au travers de cet exemple, on comprend que le droit et la morale sont différents, et même se distinguent à bien des égards. D'abord quant à leurs **sources** : si le droit procède de l'autorité publique (Pouvoir législatif, pouvoir exécutif, autorité judiciaire), les règles morales coulent de plusieurs sources – notamment de la conscience individuelle. Le **but** poursuivi par la morale (pure) est encore différent de celui que vise le droit : elle a pour finalité l'élévation personnelle, le perfectionnement individuel tandis qu'il recherche le bien commun, l'harmonie interindividuelle, l'ordre public contre l'anarchie. Une autre distinction tient au **domaine** respectif du droit et de la morale : si quelques règles morales sont également juridiques (faire preuve de bonne foi, ne pas nuire à autrui, etc.), d'autres n'ont aucune correspondance juridique (par exemple l'impunité de celui qui prépare un crime, mais se désiste volontairement), tandis que certaines règles de droit (par exemple celles du Code de la route) ne renvoient à aucune exigence morale. En conséquence, la figure des cercles entrecroisés représente opportunément les liens qu'entretiennent le droit et la morale, l'aire commune aux deux cercles (du droit et de la morale) constituant ce qu'on appellera le « pétale juridico-moral ».

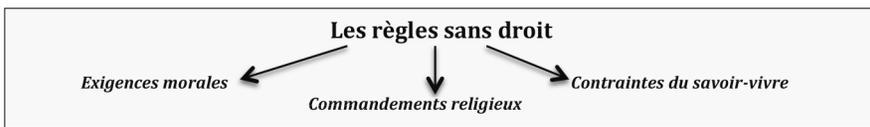
La **teneur** des règles respectives de la morale et du droit est encore distincte : des devoirs ici – ceux qui s'imposent à l'individu en vue de son amélioration –, plusieurs types de contraintes là – celles qu'impose la vie sociale.

La dernière divergence du droit à la morale concerne les **sanctions** applicables à l'individu en cas de transgression : la violation des règles de droit donne lieu à un jugement extérieur et, le cas échéant, à des sanctions elles-mêmes indépendantes du fautif (condamnation à verser des dommages-intérêts, emprisonnement, etc.). Tandis que la sanction morale – qui n'en existe pas moins en la forme du remords, de la culpabilité, de la réprobation, etc. –, dépend du sujet qui se trouve à la fois juge et partie de sa propre cause.

A. DISTINGUER LA RÈGLE DE DROIT (SPÉCIFICITÉ DU DROIT)



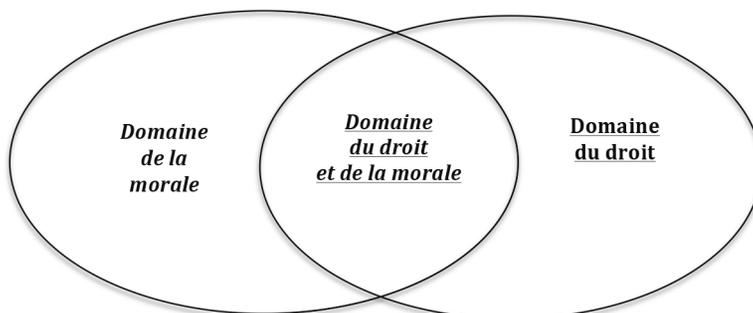
1. L'existence de règles sans droit



a. Règles morales et règles juridiques

| ↙ | Source | But | Domaine | Teneur | Sanction |
|---------------|-------------------------|-----------------------|--------------------|----------------------------|---------------------|
| <i>Morale</i> | Conscience individuelle | Elévation personnelle | Exclusif ou commun | Devoirs | Propre au sujet |
| <i>Droit</i> | Autorité publique | Ordre public | Exclusif ou commun | Obligations et contraintes | Extérieure au sujet |

Domaines respectifs du droit et de la morale



b. Règles religieuses et règles juridiques

Règles religieuses et règles de droit ont très longtemps coïncidé pour cette raison que la césure entre les unes et les autres n'existait pas dans les sociétés anciennes: le droit s'entendait de préceptes religieux. Mais le droit s'est, en France, progressivement laïcisé, c'est-à-dire libéré de l'emprise des cultes dont il assure néanmoins la protection.

La séparation du droit et de la religion – Le texte majeur est la loi du 9 décembre 1905 qui consacre la séparation des Églises et de l'État: ce qui veut dire que la République applique à l'égard du phénomène religieux la plus stricte neutralité et ne reconnaît en conséquence aucune religion d'État.

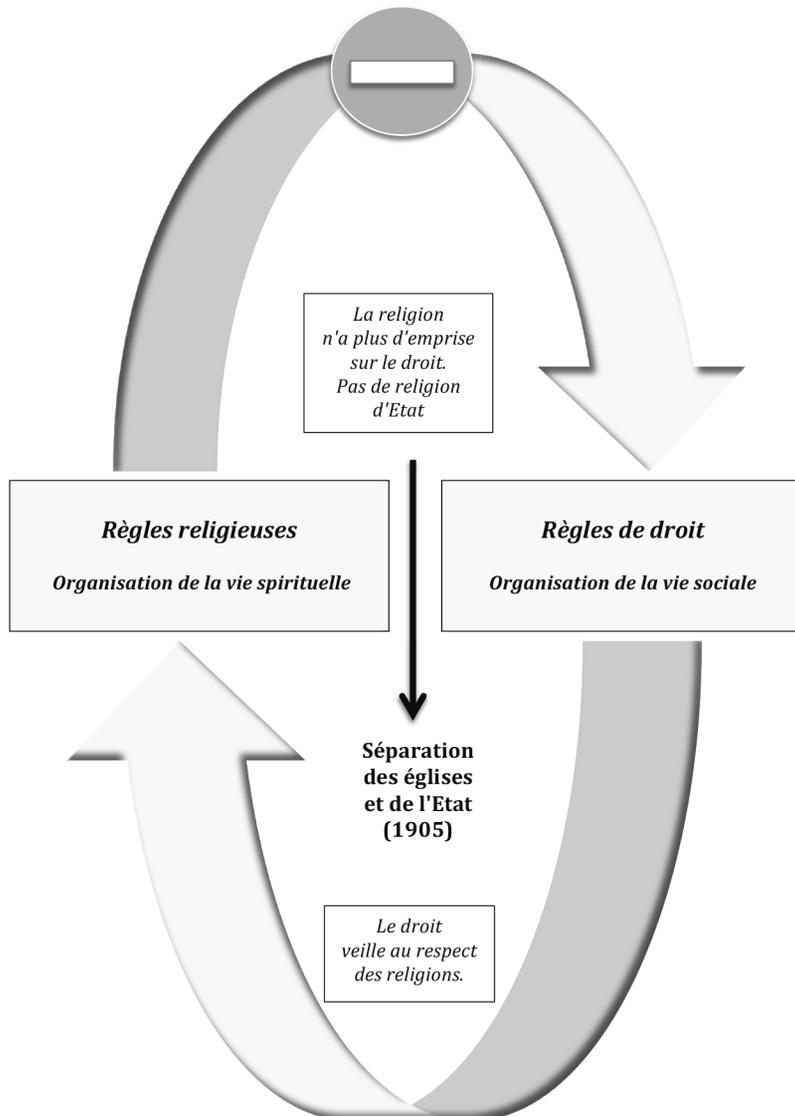
Un autre texte fondamental quant aux rapports du juridique au religieux figure sous le premier article de la Constitution de 1958 aux termes duquel la République française est laïque.

D'autres textes, plus récents, ont précisé certaines implications du principe de laïcité. La loi du 15 mars 2004 prohibe le port ostentatoire ou revendicatif de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics; ce texte interdit les comportements significatifs d'une intention provocatrice voire prosélyte. La loi du 24 août 2021 est venue conforter le respect des principes de la République. Ce texte, dont la vocation est d'endiguer le développement de l'extrémisme politico-religieux, crée notamment un délit d'entrave à l'exercice de la fonction d'enseignant et conditionne l'attribution (aux associations) de subventions à la souscription préalable d'un contrat d'engagement républicain. Au-delà des textes, c'est la jurisprudence administrative qui rappelle de plus en plus souvent que le premier article de la Constitution interdit à quiconque de se prévaloir de ses croyances religieuses pour s'affranchir des règles communes régissant les relations entre collectivités publiques et particuliers – de sorte qu'est illégal le règlement intérieur des piscines municipales autorisant le port de tenues « non prêt du corps » (en clair le burkini) car cette disposition, destinée à satisfaire une revendication religieuse, déroge à la règle commune imposant le port de tenues de bain près du corps pour des motifs d'hygiène et de sécurité, affecte le bon fonctionnement du service public et rompt de manière caractérisée l'égalité de traitement des usagers, ce qui revient à méconnaître le principe de neutralité des services publics (CE, 21 juin 2021 n° 464648; TA Grenoble, 25 mai 2022, n° 2203163).

La séparation qu'instaure le principe de laïcité (entre droit et religion) n'est guère surprenante dès lors que les deux corps de règles sont fondamentalement distincts quant aux buts qu'ils poursuivent et quant aux sanctions qu'ils prescrivent. Le but de la règle religieuse est spirituel; il s'agit d'offrir à l'homme respectueux des préceptes religieux le salut de son âme, son « avenir métaphysique » (Starck); rien de tel avec le droit dont la vocation est temporelle, matérielle puisqu'il s'agit d'organiser la vie sociale. Par ailleurs, la sanction en cas de violation de la règle de droit est le fait de l'État et s'applique ici-bas (par exemple en prison), tandis que la sanction de celui qui transgresse la loi divine serait infligée par Dieu dans l'au-delà.

Le caractère laïque de notre droit explique qu'aujourd'hui deux « types de règles » coexistent: d'un côté les règles religieuses, de l'autre les règles de droit. Cette coexistence prend souvent la forme d'une opposition: le droit s'affranchit de la religion – par exemple en autorisant le divorce ou en ne réprimant plus l'adultère ou le blasphème. Mais la coexistence s'entend aussi, à bien des titres, d'une superposition, c'est-à-dire d'une transposition d'un précepte religieux dans le droit – en fait, de la prégnance d'un héritage culturel dont le Parlement est l'interprète.

b. Règles religieuses et règles juridiques



La protection juridique des croyants – Contrairement à ce que pourrait laisser supposer une approche sommaire (et donc erronée) de la laïcité, les dispositifs juridiques protecteurs de la religion ne sont pas paradoxaux : un État laïque n'a pas de religion... et protège donc l'exercice des cultes sans exclusive.

Plusieurs textes traduisent cette conception : la déclaration des droits de l'homme et du citoyen dont l'article 10 dispose que « nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses » ; l'article 1^{er} de la Constitution en vertu duquel « La France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances » ; l'article 9 CEDH qui garantit la liberté religieuse des individus. Cette liberté religieuse ne peut faire l'objet d'aucune restriction sinon celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la protection des droits et libertés d'autrui – de sorte que l'interdiction du port du voile intégral dans un lieu public n'est nullement attentatoire à la liberté religieuse (loi du 11 octobre 2010).

Dans une République laïque, le principe fondamental du respect dû aux croyances conduit même le droit à sanctionner – au sens de valider – certaines règles religieuses. Voici un fameux exemple tiré du droit social. Une institutrice avait été embauchée par un établissement d'enseignement catholique, puis licenciée au motif qu'elle s'était remariée après avoir divorcé. Ce licenciement était-il valable ou abusif ? La direction de l'école pouvait-elle, sans faute, congédier la salariée au nom du manquement à la règle religieuse de l'indissolubilité du mariage ? La cour de cassation l'a admis dans la mesure où l'institutrice s'était elle-même engagée implicitement par contrat à respecter cette norme religieuse : « lors de la conclusion du contrat par lequel l'établissement Sainte-Marthe s'était lié à Madame R., les convictions religieuses de cette dernière avaient été prises en considération et cet élément de l'accord des volontés, qui reste habituellement en dehors des rapports de travail, avait été incorporé volontairement dans le contrat dont il était devenu partie essentielle et déterminante » (Ass. Plén., 19 mai 1978, *D.* 1978, p. 541).

Il résulte de cet arrêt que la règle religieuse n'est pas validée par le droit pour elle-même, mais parce que les obligations contractuelles, auxquelles le droit civil français donne force de loi (art. 1103 C. civ.), soumettaient les parties au respect d'une prescription religieuse. En d'autres termes, c'est parce que le droit français confère au contrat la valeur d'une loi que la règle pourtant catholique de l'indissolubilité du mariage peut avoir une incidence juridique, la juridicisation contractuelle de la règle oblitérant son caractère religieux – ce qui signifie, *a contrario*, qu'un salarié ne peut pas invoquer une règle religieuse pour refuser de travailler dès lors que son contrat de travail ne l'y autorise pas expressément ou que le règlement intérieur de l'entreprise contient des dispositions qui, au nom du principe de neutralité, restreignent la liberté des salariés de manifester leurs convictions. Aux termes de l'article L. 1321-2-1 du Code du travail, tel qu'il résulte de la loi du 8 août 2016, ces restrictions doivent être non seulement « justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise », mais encore « proportionnées au but recherché ».