

LE DROIT PHÉNOMÈNE SOCIAL

Georges Mure

Volume 9, Number 2, 1979

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1110738ar>

DOI: <https://doi.org/10.17118/11143/19787>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke

ISSN

0317-9656 (print)

2561-7087 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Mure, G. (1979). LE DROIT PHÉNOMÈNE SOCIAL. *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 9(2), 323–353. <https://doi.org/10.17118/11143/19787>

Articles

LE DROIT PHÉNOMÈNE SOCIAL *

par Georges MURE**

SOMMAIRE

INTRODUCTION	325
PARAGRAPHE PREMIER: LE DROIT: PHÉNOMÈNE JURIDIQUE	326
I - Appréciation du concept de droit	326
A- Les divers sens du terme "Droit"	327
B- Les fonctions du Droit	328
C- Le Droit en tant que discipline	329
1) Le Droit en tant que science	330
2) Le Droit en tant que technique	331
3) Le Droit en tant qu'art	331
II- La spécificité du droit	332
A- La règle de droit et la morale	332
1) Définition des termes	332
2) Différences et ressemblances	333
B- La règle de droit et la justice	335

* Document présenté dans le cadre de la semaine d'information juridique introductive au baccalauréat en Droit de la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke (juillet 1979).

** Professeur agrégé à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, conseiller en loi.

PARAGRAPHE DEUXIÈME: LE DROIT: PHÉNOMÈNE HUMAIN	336
I - Le fondement sociologique du droit	337
A- Le droit et les aspirations individuelles: le fondement personnel	338
1) Le devoir et l'obligation	338
2) Les droits naturels et les droits subjectifs	339
B- Le droit et les aspirations sociales: le fondement collectif	340
1) Passage de l'inégalité à l'égalité juridique	341
2) Le passage de l'égalité juridique à l'égalité économique et sociale	342
a) L'effacement de la volonté individuelle	343
b) L'affaiblissement des droits du propriétaire	344
II- Le fondement politique du droit	345
A- Les divers modèles juridiques	345
B- Le droit comme instrument de politique	346
1) Le droit et la politique dans les démocraties occidentales	347
2) Le droit et la politique dans les démocraties populaires	349
3) Appréciation de l'interdépendance entre le droit et la politique	350
CONCLUSION	351

"À notre époque où règne la confusion, où coule le sang, où on ordonne le désordre, où l'arbitraire prend force de loi, où l'humanité se déshumanise... Ne dites jamais: 'c'est naturel' afin que rien ne passe pour immuable".

B. Brecht

INTRODUCTION

Le Droit se présente comme un système global cohérent. Il peut être décrit de "l'intérieur": c'est là l'objet de chacun des enseignements spécialisés dispensés dans l'enceinte de nos augustes Facultés de Droit. Son étude consiste alors à apprendre, disséquer, analyser et comprendre chacune des règles juridiques composant les grandes branches du droit comme le droit civil, le droit commercial, le droit constitutionnel, le droit criminel ou tout autre ensemble constituant une catégorie homogène de normes spécifiques à un sujet donné.

Il peut être décrit de "l'extérieur": cette tâche appartient au philosophe et au sociologue du Droit. Il leur revient de situer le droit parmi d'autres éléments inhérents à toute organisation sociale, de le définir par rapport à d'autres fondements ou institutions. Il s'agit alors, non plus, d'apprécier le "contenu" mais le "contenant". C'est cette deuxième perception du droit qui est retenue comme champ d'étude.

En tant que tel, le droit est une représentation intellectuelle, générale et abstraite d'une certaine organisation sociale ou étatique. Ce concept peut être saisi comme un "phénomène purement juridique". Il convient alors de le qualifier, de le définir, voire même, de le classer en raison de son état, de sa structure et de sa finalité idéologique. Nous étudierons cette question dans un premier paragraphe.

Cependant, lorsque le droit est replacé dans son contexte normal d'existence, c'est-à-dire la société, le concept prend vie. Il n'est alors que le reflet des divers besoins et ne peut être saisi qu'en

raison de sa réalité existentielle. Dans ce contexte, le droit acquiert une toute autre dimension. De "science" abstraite et indépendante, il devient objet de réflexion soumis à la conscience collective. Il peut, certes, influencer la société qu'il organise et régleme, mais il est à son tour influencé par celle-ci¹. Dans cette optique, l'étude du concept de droit débouche alors sur celle du "droit — phénomène humain", objet d'un second paragraphe.

PARAGRAPHE PREMIER: LE DROIT: PHÉNOMÈNE JURIDIQUE

Les juristes ont de tout temps cherché à comprendre le phénomène juridique et à définir le droit. Leurs recherches sont restées vaines². Le droit garde son mystère. Chacun peut rapidement s'en faire une idée, mais nulle définition n'a su jusqu'alors retenir l'assentiment général. La raison en est que dans son essence même le droit paraît insaisissable. Ainsi notre approche consistera-t-elle plus à cerner le concept de droit qu'à le définir.

I- APPRÉCIATION DU CONCEPT DE DROIT

Le terme "Droit" revêt plusieurs significations: leur présentation formera un premier thème de réflexion.

La ou les fonctions du droit sont étroitement liées, au sens que les philosophes attribuent au terme même de Droit. L'étude de ces fonctions fera l'objet d'un deuxième thème de réflexion.

Enfin, indépendamment du sens ou de la fonction, le droit peut être saisi comme étant, parmi d'autres, une branche de la connaissance humaine. Un troisième thème de réflexion sera consacré à la qualification de la discipline juridique.

1. Une évolution s'opère alors par le jeu de l'opposition de la loi aux besoins sociaux et politiques et par l'opposition de ces mêmes besoins à la loi. La concrétisation et le dépassement de ces oppositions illustrent ce que l'on appelle la "dialectique juridique". (Jean DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif spécialement en droit privé*, Sirey et Émile Bruylant, 1935, pp. 203 et 204). C'est par cette dialectique que le phénomène purement juridique devient en dernière analyse un véritable phénomène social et politique.

2. Georges DELVECCHIO, *Philosophie du Droit*, Dalloz, 1953, pp. 245 et s.

A- LES DIVERS SENS DU TERME "DROIT"

Selon Jean Dabin, "le droit est l'ensemble des règles de conduite édictées ou du moins consacrées par la société civile, sous la sanction de la contrainte publique, à l'effet de réaliser, dans les rapports entre les hommes un certain ordre, celui que postulent la fin de la société civile et le maintien de la société civile comme instrument voué à cette fin"³. Cette définition ramène la notion de droit à celle de "droit objectif". Or, selon certains, la règle de droit n'est pas le Droit. Elle est une des méthodes, un des moyens pour atteindre le Droit. En ce sens, les lois sont d'abord l'instrument du "juste". Le Droit acquiert alors une dimension plus irréaliste, plus impalpable. "Il est, écrit Villey, au-delà des règles..., une valeur transcendante, que l'on poursuit sans jamais prétendre l'avoir intégralement saisi"⁴.

De fait, le mot Droit revêt deux sens. Suivant Villey, il représente l'état idéal de la société vers laquelle l'homme tente d'aller en ayant un certain comportement social et en respectant une règle et un ordre social donnés. Dans ce premier sens, le Droit est souvent écrit avec un grand "D".

Suivant Dabin, il représente un ensemble de règles sanctionnées par le pouvoir public: c'est le droit "objectif" ou "positif". Dans ce deuxième sens, on parle du droit privé ou du droit public par exemple, et on assimile le droit à la loi⁵.

Ce double sens du mot Droit amène Russo à distinguer entre le "social objectif" et le "social objectivisé". "Il y a... d'un côté l'idée, la représentation collective assez déterminée, difficile à exprimer et de l'autre l'institution parfaitement déterminée. L'idée, c'est le social objectif; l'institution, c'est le social objectivisé"⁶. Enfin, notons que le mot Droit peut aussi signifier les avantages ou prérogatives reconnus aux personnes juridiques. Il s'agit alors du droit "subjectif". On peut le définir comme étant "une liberté reconnue dans un secteur donné, ou une prérogative octroyée sur certains biens, à un individu abstraitement désigné"⁷.

3. Jean DABIN, *Théorie générale*, 1ère éd., Bruylant, 1966, no 5, p. 6.

4. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969, p. 24.

5. Georges RENARD, *Le droit, la justice et la volonté. Conférence d'introduction philosophique à l'étude du droit*, Sirey, 1924, 2ème conférence: *Le Droit, est-ce la loi?* pp. 25 et s.

6. RUSSO, *Réalité juridique et réalité sociale*, Sirey, 1962, p. 121.

7. Léon RAUCENT, *Pour une théorie critique du droit*, Duculot, 1975, p. 30.

B- LES FONCTIONS DU DROIT

Selon J. Dabin, le droit a pour fonction "de réaliser, dans les rapports entre les hommes un certain ordre..."⁸. Selon Villey, le droit a pour fonction d'établir ce qui est juste⁹, et ce n'est que par la suite, que l'homme établit des règles afin de réaliser dans les rapports entre les hommes un certain ordre apte à satisfaire cette justice.

La fonction du droit donnée par Villey satisfait l'esprit du philosophe. Dans la réalité des choses, il est cependant vain et irraisonnable de soutenir que droit et justice sont synonymes¹⁰. La justice est certes l'une des conditions d'existence du droit, et à défaut de fonder le droit sur la justice (ou sur ce qui est conçu comme tel), le droit perdrait son identité¹¹, mais la notion de justice est particulièrement fluctuante. Une chose cependant demeure, c'est l'ordre établi. Le droit qui l'a réalisé et qui le réalise demeure avec lui. Or, juste ou injuste, cet ordre n'en trouve pas moins sa source dans le droit qui remplit ainsi sa fonction primaire, celle définie par J. Dabin.

On ne peut cependant se résoudre à confiner le droit à cette seule fonction. Le droit sert à établir un certain ordre, mais encore faut-il que cet ordre converge vers une seule finalité: l'homme. Traditionnellement, la finalité humaine du droit trouve son sens et son expression dans la morale et la justice. Par le fait même, cet ordre doit permettre à chacun de développer sa personnalité et ses activités légitimes. En d'autres termes, le droit doit être accepté et vécu par le public plus qu'il ne doit lui être imposé. Il trouve alors dans la morale un guide essentiel à son action. L'ordre établi doit également créer dans l'esprit de la personne un sentiment de confiance tant à l'égard de la loi et du système juridique, qu'à l'égard des individus. En ce sens, le droit doit s'efforcer d'harmoniser les diverses valeurs afin que tous les hommes se sentent égaux. L'idéal de justice devient ainsi un des critères du Droit.

Comme guide ou critère, la morale et la justice cautionnent, en quelque sorte, les lois qui reflètent ou qui sont inspirées des idées et principes couramment acceptées par la majorité de la population d'un pays qui voit ses convictions réconfortées. Mais il y a plus. Non

8. J. DABIN, *op. cit.*, note 3; dans le même sens, Jules DESCHÈNES, *Les plateaux de la balance*, Léméac, 1979, p. 55.

9. VILLEY, *op. cit.*, note 4.

10. Cf. *infra*, 335 et s.

11. Bichara TABBAH, "Droit politique et humanisme", L.G.D.J., 1955, p. 86: "Le droit sans justice est un droit désanimé".

seulement la morale et la justice doivent-elles être des instruments de réalisation du droit, mais elles en sont la finalité¹². Ensemble, elles préfigurent ce que devrait être le droit. "Tout l'art du législateur, écrit Helvetius, consiste... à forcer les hommes par le sentiment de l'amour d'eux-mêmes, d'être toujours justes les uns envers les autres"¹³.

Convient-il de revenir à la fonction du droit décrite par Villey? Certainement pas. Un droit qui établirait un système où la morale et la justice seules gouverneraient les hommes, est un droit qui, à l'extrême, se condamne à disparaître. Mû par la morale et la justice, un peuple n'a plus besoin du droit qui a justement pour objet de réglementer et de contraindre. Le droit n'a d'existence qu'en raison de l'impuissance des hommes à vivre dans l'harmonie et à créer une société parfaite et idéale. Sa fonction consiste, par la force des choses, à se modeler ou à tendre vers la règle de morale et de justice sans les atteindre jamais. "Les hommes, écrit Kant, doivent consentir à n'aller à l'amour que par les étapes d'une justice peu amoureuse"¹⁴.

Face à l'idéalisme de Villey, le réalisme de Dabin ramène la fonction du droit à une dimension moins noble, mais certainement, et peut-être malheureusement, plus proche de la réalité des choses. Le droit n'a encore consacré ni la morale, ni la justice. En l'état, il n'est ni la morale, ni la justice. Il est "une" morale et "une" justice réglementées par les hommes et pour les hommes¹⁵.

C- LE DROIT EN TANT QUE DISCIPLINE

Le fait que des étudiants s'inscrivent dans des facultés pour apprendre le Droit, prouve à l'évidence que le droit constitue un ensemble de connaissances auxquelles on peut attribuer le caractère de discipline. Mais de quelle discipline s'agit-il? Est-ce que la

12. "Dire que le droit positif n'a pas d'autres limites que la justice ou la morale sociale, ce n'est donc pas dire qu'il doit partout et toujours et indistinctement en adopter et sanctionner toutes les exigences; c'est dire que la justice ou la morale sociale représente le principe d'unité fondamental de tout ordre juridique positif". Georges RENARD, *op. cit.*, note 5, 96.

13. HELVETIUS, *De l'esprit*, Marabout Université, 1973, pp. 195-196.

14. Cité par RAUCENT, *op. cit.*, note 7, 213.

15. L'association du droit avec la morale et la justice se retrouve dans le principe que "nul n'est censé ignorer la loi". En effet suivant ce principe, il est sous-entendu que toute personne doit avoir une conscience suffisante pour distinguer le bien du mal, le moral de l'immoral, le juste de l'injuste; ce qui, *de facto*, lui donne la connaissance de la loi fondée sur cette dualité et sanctionnant le bien, le moral et le juste.

discipline juridique s'apparente à une science, à une technique ou à un art? Selon Jean Dabin le droit est les trois à la fois. "À la lettre, écrit-il, le juriste (professionnel ou non), qualifié ou non comme autorité fait, fabrique la règle, comme le savant fait la science, comme l'artiste fait l'oeuvre d'art, comme l'ingénieur, le technicien, l'ouvrier fait un pont, une machine, un outil..."¹⁶.

1) Le Droit en tant que science

Les expressions "science du droit" ou "science juridique" sont régulièrement employées.

Le droit peut, à juste titre, être considéré comme une science car l'étude juridique a une orientation positiviste. C'est en effet une discipline dans laquelle il n'est pas tenu compte des volontés surnaturelles et dont l'élaboration dans sa détermination positive est le fruit d'un travail intelligent et conscient¹⁷. "Considérer le législateur ou le théoricien comme un créateur écrit E. Picard, est une idée fausse. Il ne l'est pas plus en droit que le savant dans les sciences naturelles"¹⁸.

Autre facteur de comparaison et d'association: à l'instar de toute science, le droit se présente comme un ensemble organisé de connaissances. Une science a ses postulats et ses règles; le droit a, de son côté, ses principes généraux et ses lois et règlements. L'action conjuguée de faits ou de phénomènes entraînent des conséquences quantifiables scientifiquement, de la même manière l'action des individus dans notre société engendre des conséquences qui peuvent être mesurées par l'application des règles juridiques.

Cependant, le droit n'est pas une science exacte car il est de nature normative. En effet, le juriste ne se contente pas d'observer les faits, il propose des règles et crée des normes (lois et règlements) en fonction des buts qu'il veut atteindre. En ce sens le droit est variable. Il change avec l'esprit du législateur. Il est fonction de diverses finalités voulues par l'homme qu'elles soient sociales,

16. Jean DABIN, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, Sirey, 1929, p. 105.

17. Cf. à ce propos, M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., 1929, pp. 2 et s, 34 et s.

18. E. PICARD, *Le Droit pur*, pp. 144-145, no. 91, cité par J. DABIN, *op. cit.*, note 16, 105. Il faut bien comprendre que le juriste n'invente pas; il ne fait que découvrir. Ainsi lorsqu'au début de ce siècle, le "droit à la vie privée" fut mis de l'avant, c'est suite à une prise de conscience, de l'existence à l'état naturel, du droit que devrait avoir tout individu de vivre sa vie à l'abri de toute indiscretion. Ce droit existait avant d'être juridiquement reconnu. Il fut reconnu en droit, afin de le mettre à l'abri des violations dont il faisait l'objet et parce qu'il faisait l'objet de violation.

politiques ou économiques. Dès lors, le droit est relatif tandis que la science est universelle. Les techniques juridiques, quant à elles, ont une plus grande permanence. On peut alors se demander si la science juridique n'a pas seulement pour objet l'étude des diverses techniques ou si le droit n'est pas qu'une simple technique!

2) Le Droit en tant que technique

Le droit prend l'aspect d'une technique lorsqu'il est saisi comme un ensemble de procédés ou de moyens mis au service d'un certain objectif¹⁹. Alors que la science est une question de fond, la technique touche la forme du droit²⁰. Avec cette perception du droit, le paroxysme de ce que l'on appelle le matérialisme juridique est atteint.

Il convient néanmoins de se demander s'il ne se crée pas une confusion entre le droit et ses composantes. Le droit est constitué d'un ensemble de techniques, mais peut-être ne devient-il pas pour autant une "super technique" qui aurait une vocation utilitaire consistant à régir les rapports entre les hommes dans l'intérêt global de la communauté! Si cela était, le droit existerait indépendamment de toute morale et de toute justice. Suivant l'expression de Georges Renard, il serait comme un "édifice dont la cohésion procède de son seul équilibre intérieur, sans aucune fondation"²¹.

En vérité, ce sont les techniques du droit qui permettent une réalisation concrète des aspirations sociales, tandis que l'expression "technique", employée généralement pour qualifier le droit, ne représente qu'une habilité à mettre en place ou à se servir d'un système juridique. Cette habilité propre aux juristes peut cependant s'échapper du concept rigide de "technique juridique" pour s'apparenter à l'art.

3) Le Droit en tant qu'art

De celui qui sait organiser les éléments pour faire une construction élégante ou pour réaliser une oeuvre picturale ou musicale, on dit qu'il est un artiste. De la même manière, le juriste

19. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 6e conférence, *Le droit et sa technique*, p. 123 et, Roger PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, thèse, Paris, Sirey, 1947, p. 15.

20. Par exemple: donner à autrui ce qui lui est dû, c'est là une règle de fond; les techniques de compensation, d'enrichissement sans cause, ou du chèque sont des règles de forme.

21. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 61. À ce sujet cf. la 3e conférence: *Le droit est-ce la forme?*, où est développée la thèse de l'immanence juridique.

devient artiste lorsqu'il réalise une construction juridique parfaite, lorsqu'il invente des notions juridiques nouvelles ou lorsqu'il plaide. Ne parle-t-on pas de l'art de la plaidoirie? Et Stendahl, ne se vantait-il pas d'avoir fait du Code civil français, son livre de chevet afin de parfaire son propre style littéraire en s'imprégnant nuit après nuit de celui des codificateurs français de 1804! La comparaison avec l'art littéraire est encore plus réelle. Tout comme les romans, les comédies ou les tragédies, le droit s'efforce de donner une représentation des rapports humains. Il est enfin nécessaire que les textes juridiques soient particulièrement bien écrits afin que tout ce qui doit être dit soit bien dit et compris de chacun. "Il est essentiel, écrivait Montesquieu, que les paroles des lois réveillent chez tous les hommes les mêmes idées"²². Cette nécessité de composition et de style, et l'usage d'un vocabulaire approprié apporte ainsi une élégance et une finesse particulière à toute discussion juridique.

Par contre, si l'art est gratuit et ne fait qu'exprimer les inspirations de l'artiste, il n'en est pas de même pour le droit qui doit être calqué sur la réalité humaine et les aspirations sociales. Si de l'art, il n'émane aucun pouvoir coercitif s'exerçant sur ceux qui l'admirent, le droit au contraire contraint l'homme qui doit s'y soumettre.

II- LA SPÉCIFICITÉ DU DROIT

Le droit normatif ou objectif présente des analogies avec la morale et la justice. Il est cependant impossible de calquer l'un sur l'autre. Le droit, la morale et la justice ont tous trois des caractères et des traits distinctifs qui, sans les opposer, leur attribuent une certaine originalité.

A- LA RÈGLE DE DROIT ET LA MORALE

La règle de droit présente des caractères particuliers qui la distinguent d'autres règles comme la règle de morale, les moeurs et les règles de bienséance ou de conventions sociales²³.

1) Définition des termes

a) La morale est définie par le Larousse comme "la science qui enseigne les règles à suivre pour faire le bien et éviter le mal". Sur un

22. *De l'esprit des lois*, L. XXIX, c. 16.

23. Cf. à ce sujet DELVECCHIO, *op. cit.*, note 2, 270 et s. et Jean DABIN, *op. cit.*, note 16, chap V. *L'utilisation de la donnée morale dans l'élaboration juridique*, pp. 433 et s.

plan philosophique, c'est aussi la règle "de création de soi par soi" (Jean Lacroix), le moyen de "devenir une personne dans une société de personnes" (Tillich), ou encore "l'action par laquelle l'homme tente de se rendre digne de lui-même" (J. Ladrière)²⁴.

Il s'agit en quelque sorte d'une règle de conduite profondément ancrée dans l'esprit de l'homme. Elle peut lui être dictée par sa conscience ou par un groupement, notamment les groupements religieux, mais elle est toujours "intérieure" en ce sens qu'elle se rapporte à l'âme.

b) Les mœurs se distinguent de la morale en ce qu'elles sont "extérieures". Ce sont les habitudes, naturelles ou acquises, relatives à la pratique du bien et du mal. De fait, les mœurs peuvent être considérées comme des modèles de comportement individuels ou sociaux adoptés par un groupe de personnes dans les domaines qui relèvent de la morale.

Les mœurs peuvent cependant déborder du cadre strict de la morale pure. Elles sont alors définies comme l'ensemble des habitudes, manières d'être, attitudes, usages ou pratiques qui sous l'influence consolidante d'une opinion commune aboutissent à diriger la vie physique, morale ou sociale d'un groupe dans un certain sens, suivant une idée générale de convenance ou d'utilité.

c) La règle de bienséance ou les convenances sociales chevauchent la notion extensive des mœurs. Elles sont aussi des modèles de comportement, des attitudes, usages ou pratiques, mais elles en diffèrent en ce sens qu'elles concernent des secteurs d'activités qui n'intéressent pas la morale.

La frontière entre les mœurs et les convenances sociales est difficile à tracer: la morale en est le critère. Elle dépend de la conception acceptée de la morale et de la portée qui lui est reconnue.

2) Différences et ressemblances

a) Le droit a des champs d'action qui parfois se confondent avec ceux de la morale, des mœurs et des convenances sociales et parfois sont distincts²⁵. Chacun constitue une règle de vie. Lorsque leurs champs d'action se confondent, le droit naturel pénètre alors dans le droit objectif²⁶.

24. Cités par L. RAUCENT, *op. cit.*, note 7, 211.

25. DELVECCHIO, *op. cit.*, note 2, 275 et s. et 431 et s.

26. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 100.

Ainsi, parce qu'il convient de ne faire du mal à personne, le droit interdit de tuer et sanctionne sévèrement cet acte. De même parce qu'il est naturel que quelqu'un puisse cultiver une terre pour vivre du produit de son labeur ou jouir d'un immeuble pour les besoins de sa famille, il est apparu juste de créer le droit de propriété et de protéger ce droit contre toute violation, etc...

Mais le droit est à la fois plus vaste et plus restreint que les diverses règles sociales.

Il est plus vaste car il a en vue le bien social. Or, cette notion de "bien social" qui déborde de beaucoup la morale, ne serait-ce que par sa double finalité d'ordre et de justice, impose au droit des fondements étrangers à la morale comme les questions d'ordre politique ou économique par exemple.

Il est plus restreint car il ne régleme que les choses qui apparaissent utiles ou nécessaires à la collectivité. Cette dimension essentiellement pragmatique du droit a pour conséquence que bien des règles de morale ne feront jamais l'objet d'une réglementation juridique. Pour le droit, qui a ainsi pour but de régler diverses situations avec le maximum d'efficacité, il suffira de ne pas offusquer la morale sans pour autant la consacrer dans son ensemble²⁷.

b) Le droit se distingue aussi des autres règles de conduites sociales en raison de l'existence du système juridique qui l'impose et de la sanction qui crée la contrainte.

Le droit en effet, est un précepte de conduite sociale imposée à l'homme sous une forme générale et impersonnelle alors que la règle de morale est choisie par l'homme qui par conviction religieuse ou laïque accepte librement de la faire sienne.

Par ailleurs, tout ordre juridique doit être "garanti extérieurement par une contrainte qu'une instance, spécialement instituée à cet effet, peut exercer sur l'activité des membres en vue de le faire respecter ou de châtier toute infraction"²⁸. Au contraire, les autres règles ne sont pas sanctionnées si ce n'est par la désapprobation — qui peut être générale — la raillerie ou la moquerie²⁹.

27. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 96.

28. Max WEBER, *Économie et société*, tome 1, trad. par Freund et autres, Plon, 1977, p. 30.

29. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 114.

B- LA RÈGLE DE DROIT ET LA JUSTICE³⁰

“On ne voit rien de juste ou d’injuste qui ne change de qualité en changeant de climat. Trois degrés d’élévation du pôle renversent toute la jurisprudence; un méridien décide de la vérité”³¹. Cette pensée de Pascal nous amène à méditer sur le caractère relatif de la justice.

“Presque toutes les révolutions qui ont changé la face des peuples ont été faites pour consacrer ou établir l’égalité” écrivait Tocqueville et Charles O’Connor, juriste célèbre et candidat à la présidence des États-Unis en 1859, proclamait très sérieusement: “J’insiste sur le fait que l’esclavage des noirs n’est pas injuste. Il est juste, sage et bienfaisant... j’insiste sur le fait que l’esclavage des noirs... est un commandement de la nature... et nous inclinant devant le clair décret de la nature et les dictats d’une saine philosophie, nous devons déclarer que cette institution est juste, bienveillante, licite et convenable”³².

Ainsi, le concept de justice est-il équivoque. Ce caractère le distingue du droit qui doit être univoque. Hier, le divorce était interdit et ce n’était que justice que deux êtres unis devant Dieu ne puissent être séparés que par la volonté de Dieu; aujourd’hui, on dénombre plus de 18,000 requêtes de divorce annuellement dans la seule province de Québec³³. Hier encore l’enfant bâtard et adultérin était forban. Aujourd’hui ses droits sont reconnus et il devient parfois l’égal de l’enfant légitime³⁴.

Dans la société communiste, il est juste de priver le citoyen de la propriété des biens de production, dans nos sociétés occidentales au contraire la justice suppose que chacun jouisse de l’ensemble de ses biens civils ou commerciaux.

30. Dans un vers demeuré classique Voltaire a sanctionné l’opposition existant entre la légalité stricte et la justice: “un droit porté trop loin devient une injustice”.

31. PASCAL, *Pensées, oeuvres complètes*, Ed. La Pléiade, pp. 1148 et 1149.

32. Cité par RAUCENT, *op. cit.*, note 7, 207 (Tocqueville) et 178 (O’Connor). Cf. en ce sens: l’affaire *Plessy c. Fergusson*, (1896) 163 U.S. 537 dans laquelle la Cour suprême des États-Unis a consacré la doctrine de la “séparation des races dans l’égalité” (*separate but equal*).

33. Statistiques empruntées à Jules DESCHÊNES, “La défense des droits de l’enfant”, (1976-77) 7 R.D.U.S. 429.

34. En ce sens, cf., les réformes en 1970 et 1971 des articles 241 et 237 du Code civil québécois, l’évolution de la jurisprudence québécoise et la réforme du 3 janvier 1972 qui supprime le terme “adultérin” du Code civil français. Sur l’évolution du droit, cf. G. MURE, “Le principe d’égalité dans le droit des personnes”, 5 R.D.U.S. 177.

Ces divers exemples montrent qu'un même fait social est interprété différemment suivant l'époque, le lieu ou l'idéologie.

La justice des uns est l'injustice des autres. Mais juste ou injuste le droit au contraire appartient à tous, et en contrepartie s'impose à tous. La subjectivité domine ainsi le concept de justice alors que le droit est essentiellement objectif; la norme ou la règle de droit écrite lui attribuant ce caractère. "Seul, écrit DelVecchio, un aveugle dogmatique pourrait empêcher de reconnaître ce qu'il y a d'injuste dans l'histoire juridique de l'humanité... Même le droit injuste est droit et doit être étudié et compris dans son espèce logique, puisqu'il a le caractère formel de la juridicité, et il doit être analysé dans ses causes puisque, comme le droit positif, il appartient à la série des faits naturels..."³⁵.

Telle est l'apparence du droit; celui qui fait l'objet d'un enseignement dans les facultés ou qui est au centre des querelles des plaideurs. Mais, à y regarder de plus près, le droit est plus que cela. Au-delà de la rationalité du système juridique comme au-delà de la règle objective, apparaissent les fondements d'ordre sociologique, économique et politique.

Dans cet esprit, le droit réacquiert une certaine relativité qui, sans mettre en cause la permanence du système établi dans un pays, apporte une explication à l'originalité du droit existant, un sens à l'évolution qu'il subit et qui le transforme, une raison d'être aux différents systèmes juridiques nationaux de notre époque.

PARAGRAPHE DEUXIÈME: LE DROIT: PHÉNOMÈNE HUMAIN

Il y a nécessairement une corrélation entre la vie sociale et politique et le contenu du droit. La propriété que notre Code civil libéralise, les contrats qu'il soumet à la volonté individuelle, la famille qu'il établit autour du "père-chef" sont autant de symboles représentatifs des besoins et des désirs de la classe sociale dominante à savoir le propriétaire terrien et le bourgeois³⁶. Cette relativité juridique a été parfois niée par les puristes classiques qui croyaient en un droit éternel et qui faisaient du droit une science indépendante des contingences sociales.

35. DELVECCHIO, *op. cit.*, note 2, 436-437. Dans le même sens, cf. Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955, p. 71.

36. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 161 et s., no 65.

Aujourd'hui, nul ne peut contester et nul auteur ne conteste l'influence sociale sur le devenir et l'état du droit. Le passage de la civilisation bourgeoise du XIXe siècle à la civilisation industrielle du XXe a fait disparaître les dernières illusions des puristes traditionnels. "La loi, écrit Mauss, reste impuissante quand elle n'est pas supportée par les moeurs ou ne se modèle pas sur des pratiques sociales suffisamment fortes ou suffisamment traditionnelles"³⁷.

Par ailleurs, nul ne songe non plus à déclarer que le droit ne subit pas l'influence de la politique. "Le droit, écrit Léon Raucent, est politique aussi bien dans le sens noble du terme que dans son sens péjoratif: au service de ceux qui comptent politiquement"³⁸.

Georges Renard saisit cette double perception en distinguant entre "le droit positif qui apparaît comme une règle de conduite imposée ou proposée aux individus et aux collectivités — en ce sens le droit est un effort d'adaptation de la justice souveraine aux contingences sociales — et — le droit positif qui apparaît comme l'expression d'une volonté autoritaire — dans ce deuxième sens — c'est un acte de commandement"³⁹. Nous analyserons tour à tour ces deux influences comme des fondements du droit.

I- LE FONDEMENT SOCIOLOGIQUE DU DROIT

Nous ne chercherons pas à définir le droit en tant que concept sociologique. Nous nous bornerons à préciser dans quelle mesure le droit tire son aspiration de certaines doctrines ou de certaines disciplines. Nous chercherons à savoir qu'elles sont les idées et les principes que le droit prétend traduire en règle juridique.

L'homme peut être saisi sous deux aspects. C'est d'abord un individu: il a certaines tendances, certains besoins, certaines aspirations personnelles. Comment le droit lui permet-il de satisfaire à ces tendances, besoins ou aspirations? C'est ensuite un élément de la société: en tant que tel, il est soumis aux nécessités de la vie collective qui impose certaines contraintes tout en offrant des possibilités de développement intellectuel. Comment le droit organise la vie collective et comment permet-il à l'homme de réaliser ses aspirations sociales?

37. MAUSS, "Appréciation sociologique du bolchevisme" in, *Revue de métaphysique et de morale*, 1024, p. 115.

38. RAUCENT, *op. cit.*, note 7, 230.

39. G RENARD, *op. cit.*, note 5, 1ère conférence, pp. 16-17.

A- LÈ DROIT ET LES ASPIRATIONS INDIVIDUELLES: LE FONDEMENT PERSONNEL

Lorsque l'individu prend conscience de sa personnalité, il découvre que son existence est conditionnée par deux éléments: le désir qui engendre la satisfaction et le devoir qui dicte la conduite tant dans l'action que dans l'abstention. Le droit s'efforce de traduire ce double mouvement. Il va saisir les désirs (droits naturels) et les transformer à l'état de droits subjectifs. Il va saisir le devoir et le transformer en obligation.

1) Le devoir et l'obligation

Nous avons vu⁴⁰ que l'homme adhère à une morale en raison de sa foi religieuse ou métaphysique ou encore en raison de ses conceptions laïques. Il est donc du devoir moral comme de la règle morale, les deux s'imposent à l'homme par l'effet d'une contrainte personnelle et intérieure. Au contraire, l'obligation juridique est imposée à chacun par l'autorité étatique. Sans distinction de quelque nature que ce soit, l'obligation a une portée générale. Ces caractères de contrainte extérieure et de généralité permettent ainsi de distinguer le devoir de l'obligation. Ils forcent aussi le législateur à choisir entre les diverses morales et entre les divers devoirs. Il est en effet impossible de transformer tous les devoirs moraux en obligations juridiques. Le choix s'opère en raison de la morale dominante; c'est-à-dire pour nos sociétés occidentales la morale chrétienne⁴¹.

Ce calque de l'obligation sur le devoir, tel que majoritairement admis, est garant de l'équilibre social. Mais il peut être source de frustration ou même d'injustice. Il en est ainsi lorsque l'obligation va à l'encontre des aspirations individuelles ou collectives, minoritaires. L'obligation peut alors s'opposer à un devoir spécifique et restreindre par le fait même la liberté de choix ou de conscience des individus⁴².

Ce premier fondement du droit laisse déjà apparaître l'impossible mission du droit qui consiste à concilier les aspirations individuelles — qui sont par hypothèses laissées à la discrétion des

40. Cf. *supra*, 332 et s.

41. Sur le rôle de la morale chrétienne, cf. J. DABIN, *op. cit.*, note 16, chap. IV; *La morale catholique*, pp. 396 et s.

42. Il est ainsi par exemple de l'obligation de secourir et de soigner toute personne dont la vie est en danger qui s'oppose à la conscience des témoins de Jéhovah qui par principe refusent d'autoriser sur leur personne ou celles de leurs enfants une transfusion sanguine même si celle-ci peut sauver la personne malade.

individus — et les obligations juridiques — qui sont en raison du système démocratique dépendantes d'une simple majorité -.

2) Les droits naturels et les droits subjectifs

Les caractères du droit naturel et son existence même ont animé les controverses philosophiques et juridiques. Le problème du rapport entre le droit naturel et le droit positif (comprenant les droits subjectifs) est beaucoup plus complexe que le problème précédent. Un fort courant de pensée veut qu'au-dessus des lois des hommes existe une équité, un droit idéal que l'homme essaie d'imiter sans y réussir pleinement. Ce système de droit naturel s'oppose au droit positif qui est le nôtre. Les doctrines de droit naturel ont pris des formes différentes dans le temps et selon les auteurs. La grande époque fut le XVIII^e siècle avec J.J. Rousseau. Le principe que l'homme est bon sous-tend l'idée que le droit naturel et idéal est plus juste que le droit positif.

Cette idée eut un tel succès que dans le projet de l'article 8 du Code civil français de 1804, on pouvait lire: "Il existe un droit universel et invariable, source de droit positif...". Pour la même raison, la déclaration des droits de l'homme et du citoyen énumérait les droits naturels (propriété, liberté, famille) et les déclarait inviolables et sacrés.

Cependant, cette théorie du droit naturel a été rapidement attaquée. Ces partisans n'ont jamais pu donner un critère solide pour distinguer et partager ce qui est droit naturel ou droit civil. Or, les personnes de l'époque reconnaissaient la nécessité de créer à côté des droits naturels, des droits civils qui ne se trouveraient pas dans la nature des hommes mais qui auraient pour effet de faciliter la vie. Qui pouvait dire si le droit de propriété était inscrit dans les astres ou s'il était une institution pour faciliter les rapports, si l'adoption était de droit naturel ou si elle était une création purement législative?

L'influence de cette théorie ne peut être déterminée avec précision, mais il est néanmoins possible d'affirmer que le concept de droit naturel a été un facteur de progrès du droit dans le sens d'un plus grand respect de la personne humaine. Ce fut aussi un facteur de progrès au moment de la révolution française et de la rédaction du Code napoléon en mettant de l'avant l'idée d'une égalité sociale. Son influence sur le Code civil québécois apparaît avec évidence à la lecture des articles 406 sur la propriété et 984 sur la formation des contrats. Le premier sanctionne le principe du libéralisme, le deuxième celui de l'individualisme qui sous-tend les idées de liberté et d'égalité.

De nos jours, les juristes ne font plus appel à la théorie du droit naturel sous sa forme dogmatique. Il n'en demeure pas moins que ces mêmes juristes sont sensibles à l'idée que certains droits se distinguent des autres et méritent une protection particulière tant ils sont profondément attachés à la personne. Le droit naturel demeure alors "la puissance attractive de la justice"⁴³. Certes, il n'y a en droit positif aucune règle qui ne puisse pas être modifiée par le législateur, mais il y aurait une certaine répugnance à faire disparaître les droits de propriété ou les droits de la famille. Par la même il faut affirmer que certains droits subjectifs sont tellement indispensables, ou jugés comme tel, à l'existence et au développement de l'homme que l'on a tendance à les assimiler à des droits naturels et que l'on ne concevrait pas de système juridique digne de ce nom qui les ignorerait.

B- LE DROIT ET LES ASPIRATIONS SOCIALES: LE FONDEMENT COLLECTIF

Si l'une des fonctions du droit est l'épanouissement de la personne humaine, c'est aussi celle de la coexistence des hommes. Est-ce que le droit exprime les besoins sociaux ou détermine des règles dans les relations humaines? Deux exemples illustreront cette dualité.

La grève est apparue comme un besoin social. Il y a eu grève avant que le droit de grève ne soit reconnu. Cette règle juridique a trouvé sa source dans un certain équilibre de fait entre la puissance du travail et celle du capital. Le droit de grève est né des aspirations sociales, les ouvriers ayant exercé *de facto* le droit avant toute reconnaissance législative⁴⁴.

La "légitimation" adoptive est une règle conçue pour faciliter les relations humaines. Deux époux peuvent prendre un enfant en bas âge et le considérer comme leur propre enfant. Mais la relation juridique de "légitimité" n'a été possible qu'après que le législateur ait accordé ce droit. Le phénomène social est là postérieur à la règle puisque les enfants adoptés n'ont pu exercer les droits des enfants légitimes qu'après la promulgation de la règle.

Il est cependant difficile de distinguer entre les rapports sociaux de fait (besoin social) et les rapports sociaux de droit (règle). Les deux sont dans une interdépendance très étroite, les uns agissant sur les autres. Cette dialectique juridique ne s'est pas accomplie au hasard.

43. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 97.

44. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 110 et s., no 42.

Dans un premier temps, elle a fait passer les rapports humains du stade de l'inégalité à l'égalité juridique puis au stade de l'égalité économique pour essayer d'atteindre l'égalité sociale.

1) Passage de l'inégalité à l'égalité juridique

Les droits primitifs se caractérisent par leur indifférence complète à l'idée d'égalité. L'inégalité règne comme un dogme. Les règles juridiques sont le reflet exact de l'inégalité sociale.

On trouve dans tous les rapports l'idée que certains individus doivent avoir une ascendance sur les autres. À Rome, patricien v. plébeien; au Moyen-Âge: le souverain v. les suzerains v. les serfs; au XIXe siècle dans notre droit: le mari v. la femme et les enfants, le patron v. le salarié.

Le droit est parvenu à créer une certaine égalité entre les hommes mais cette égalité est théorique et abstraite. Deux facteurs d'évolution peuvent être retenus: le facteur religieux et le facteur laïque.

Il faut reconnaître au christianisme un rôle certain dans cette marche vers l'égalité⁴⁵. Dès son apparition, il a affirmé plusieurs idées qui ont contribué à concevoir et à admettre une égalité humaine (tous les hommes sont frères). Ce n'est pas pourtant l'influence chrétienne qui a fait le pas décisif mais l'influence laïque.

Celle-ci s'est manifestée au cours du XVIIIe siècle. J.J. Rousseau avec "le contrat social" et Montesquieu avec "l'esprit des lois" furent à l'origine de ce mouvement. L'homme est alors au centre des préoccupations de l'époque. Toujours, il y a exaltation de l'individu qu'il faut protéger et élever: "Tous les hommes naissent libres et égaux". La liberté de chacun est totale et n'a d'autre limite que la liberté égale d'autrui⁴⁶.

Cette exaltation de l'individualisme fondé sur le principe de "liberté" a conduit à une égalité mais une égalité juridique seulement.

Au nom du principe égalitaire, tous les hommes avaient une même vocation à utiliser l'ensemble des règles juridiques. Ce qui apparaissait alors comme une conquête de l'homme sur l'ancien droit paraît, avec le recul du temps, bien illusoire. En effet, cette égalité juridique est essentiellement dogmatique et formelle. L'individualisme conduit contradictoirement à l'abstraction des

45. Jean DABIN, *op. cit.*, note 16, 405 et s., nos 113 et 119.

46. Article 4 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789.

personnes. Chaque individu est à l'image d'un archétype qui ne permet pas de distinguer l'inégalité des "conditions" dans lesquelles sont placées les personnes.

De fait, le droit est ouvert à tous, mais n'en profitent que ceux qui en ont les moyens, les facultés suffisantes. Le droit de propriété, par exemple, est l'apanage de chacun, mais profitera essentiellement aux détenteurs de capitaux qui deviendront locateur, employeur, etc... L'égalité juridique est moins une défense des intérêts du grand nombre que de ceux d'une minorité. Ce ne sont là que des exemples de situations factuelles engendrées par le mythe de la liberté individuelle et de l'égalité juridique. Les professeurs Duguit et Hauriou ont tour à tour et à leur manière dénoncé cette philosophie juridique suivant laquelle l'homme s'imagine être libre alors que les faits démontrent qu'il a tort.

Aujourd'hui, la tendance au nivellement des conditions sociales, se traduit par une "certaine inégalité juridique" susceptible de créer l'égalité économique et sociale.

2) Le passage de l'égalité juridique à l'égalité économique et sociale

L'égalité juridique s'avère vite un leurre. Il n'y a pas d'égalité véritable entre la volonté du salarié et celle du patron qui embauche. Sur le plan économique et social, parler d'égalité c'est dire une contre-vérité.

Deux critiques peuvent être formulées contre les conceptions philosophiques de la fin du XVIIIe siècle et du début du XIXe siècle.

i) L'idée d'exaltation de la souveraineté de l'individu est pernicieuse. L'individu ne peut pas être considéré *in abstracto* et ne doit pas être au centre de la vie juridique. Sa condition dépend du contexte économique et social dans lequel il évolue. L'homme se croit libre, mais il est soumis au jeu d'une inéluctable nécessité. L'homme pense mais il est asservi à des contraintes. Il est un "animal" social qui a sa place dans la collectivité⁴⁷. Dès lors, c'est la société qui est au centre de la vie juridique, et c'est elle qui doit être réglementée pour le mieux être des individus. Cette première critique a une influence directe sur le droit en amenant un effacement de "la volonté individuelle".

ii) Les penseurs libéraux du XIXe siècle affirment que la propriété individuelle conçue par le Code civil est "une idée d'égoïsme contraire à la charité". Proudhon écrit: "La propriété

47. Jean DABIN, *op. cit.*, note 16, 332.

c'est le vol". Bien que les thèses socialistes n'ont pas pénétré notre droit comme cela s'est produit en Europe, il n'en reste pas moins que notre droit tend à se "socialiser", à chercher une plus grande justice sociale⁴⁸. Cette deuxième critique a influencé le droit en affaiblissant les droits de propriété.

a) L'effacement de la volonté individuelle

Les articles 984 et 1022 du Code civil sanctionnent le rôle primordial de la volonté individuelle dans la vie juridique. Au nom de l'intérêt collectif, cette volonté a subi des atteintes nombreuses et variées. L'État impose son point de vue. Quand l'État fixe un prix de vente maximum ou un salaire minimum, détermine le maximum d'augmentation des salaires, permet à une partie contractante de se délier de sa promesse, impose une assurance obligatoire, s'infiltré dans le cadre de la vie familiale par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire, que devient la volonté individuelle du vendeur, de l'employé, de l'employeur, du contractant, de l'automobiliste, des époux? Il y a, somme toute, une sorte de transfert d'une partie de la volonté individuelle vers l'État qui organise la société.

Par ailleurs, la volonté d'un individu est également soumise à celle d'autres individus groupés dans une organisation collective privée. Il en est ainsi en matière de droit du travail par exemple. Le syndicat discute avec l'employeur des conditions d'embauche, de salaire, etc... Si les négociations aboutissent, elles donnent lieu à la signature d'une convention collective. En appliquant l'article 1023 du Code civil qui stipule que "les contrats n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes", seuls les syndiqués devraient être liés par la convention. Cette dernière ne devrait pas toucher les non-syndiqués, non partie au contrat. Or, la convention collective s'applique à tous les membres de l'unité d'accréditation syndiqués ou non.

Enfin, la volonté individuelle conserve bien peu d'importance face aux nombreux consortiums ou aux multinationales qui offrent les services essentiels à la collectivité. Quel est en effet le rôle de la volonté d'un individu acheteur de services ou de denrées lorsqu'il contracte avec des sociétés comme Bell Canada, Hydro-Québec ou les compagnies pétrolières, d'assurances ou alimentaires? La théorie individualiste devrait permettre à chaque partie contractante de faire valoir sa volonté: ce n'est plus le cas. De nos jours, le contrat né

48. Jules DESCHÈNES, *op. cit.*, note 8, 84, *in fine* "... l'on assiste à un glissement de plus en plus sensible, accéléré et certainement irréversible vers l'instauration d'une société de type socialiste. Le Québec n'échappe pas à cette tendance vers la création d'un nouvel ordre social..."

de la volonté individuelle cède le pas au "contrat d'adhésion" établi par une des parties seulement et accepté globalement par celle qui ne peut pas le discuter, en raison de sa faiblesse économique ou sociale.

b) L'affaiblissement des droits du propriétaire

Chaque propriétaire peut profiter de ses biens parce qu'il est titulaire d'un droit de propriété⁴⁹. Mais de nos jours, le propriétaire est aussi investi d'une fonction sociale. Son droit ne peut être abstrait de l'organisation économique et sociale⁵⁰.

Le petit propriétaire ne peut construire (sur son propre terrain) une maison d'habitation qu'après l'obtention d'un permis de construire et qu'en respectant les normes de construction en vigueur. Il ne peut jouir de sa propriété que s'il ne trouble pas la jouissance de ses voisins. En quelque sorte, il ne peut profiter de la prérogative de propriété que s'il en use conformément à l'organisation globale de la cité dans laquelle il vit⁵¹.

L'affaiblissement des droits du propriétaire est plus sensible dans le domaine de la propriété des entreprises⁵². L'entrepreneur demeure propriétaire de son entreprise mais il exécute plus les "devoirs de sa fonction" que les "pouvoirs de son droit"⁵³. Il est soumis à la conjoncture économique et sociale existant dans un pays à un moment donné. Il est obligé d'adopter une attitude sociale face aux règles du droit fiscal, à celles du droit du travail, face aussi aux employés et aux consommateurs. Au regard de la société, il est un producteur et un employeur de main-d'oeuvre; il est un pourvoyeur de biens et de service⁵⁴. La fermeture d'une usine et la liquidation d'une compagnie ne sont plus tant perçues comme portant atteinte

49. Cf. art. 406 du Code civil.

50. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 193 et s., no 78, *Le règle des propriétaires fonciers* et 228 et s., *propriété individuelle et propriété collective*.

51. La première limitation à l'usage discrétionnaire d'un droit a été introduite par l'application de la théorie dite de l'abus des droits. À ce sujet cf. Louis JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Édit. Sirey, 1939, et la cause *Antares Shipping Corporation c. Portland Shipping Company Inc. and the Bank of Montreal et al.*, C.A.Q., 9842, 6 septembre 1974 (non publiée, citée par J. DESCHÈNES, *op. cit.*, note 8, 35).

52. Michel DESPAX, *L'entreprise et le droit*, Thèse Toulouse, 1956, L.G.D.J., 1957.

53. Sur cette transformation des droits du propriétaire, cf. L. DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, 2e édit., Lib. Félix Alcan, 1920. G. MORIN, *La révolte des faits contre le code*, 2e édit., Lib. Bernard Grasset, 1920.

54. Jean E. ABEILLE, *Un droit pour l'entreprise*, L.G.D.J., 1964.

au droit de propriété de l'entrepreneur ou des actionnaires que comme créatrices d'une masse complémentaire de chômeurs. La prise de contrôle d'une compagnie par une autre, au moyen du rachat massif d'actions, est contrôlée par l'État au nom de l'intérêt des consommateurs qui risquent de souffrir des conséquences d'une position dominante dans un secteur clef de l'économie.

Sommes-nous aujourd'hui parvenus à l'égalité sociale? Pour certains, il n'y a jamais eu autant d'inégalité et d'injustice sociales que de nos jours et seul un éclatement des structures économiques et sociales actuelles permettrait l'instauration d'une société juste. Pour d'autres, nous nous trouvons au coeur de l'évolution. L'égalité sociale devrait venir en rendant les hommes responsables les uns envers les autres, c'est-à-dire en accentuant l'aspect "fonction" des droits et en rejetant davantage l'idée d'individualisme⁵⁵.

Ce débat qui conduit inéluctablement à une limitation de la liberté de chacun intéresse autant le juriste que l'économiste, le politicien, le sociologue et le philosophe. On retrouve là la grande opposition des idéologies qui se partagent le monde: la tendance collectiviste et la tendance libérale. Nous la retrouvons dans l'étude du fondement politique du droit.

II- LE FONDEMENT POLITIQUE DU DROIT

Sur le plan politique, le droit peut être considéré comme un instrument de domination sociale mis entre les mains de la classe dirigeante et dominante, ou au contraire comme un instrument de justice sociale mis à la disposition du peuple dans son ensemble⁵⁶. Afin de déterminer le rapport droit-politique et de savoir si le droit est un instrument de politique ou un instrument de justice, il convient d'abord de vérifier si le système juridique diffère suivant le régime politique en vigueur dans un pays. Ensuite nous analyserons la question du droit en tant qu'instrument politique.

A- LES DIVERS MODÈLES JURIDIQUES

Le modèle juridique diffère suivant le régime politique en vigueur dans un pays. "Chaque peuple a le droit qu'il se donne donc le droit qu'il mérite" écrit Georges Ripert⁵⁷.

55. Plusieurs réformes de la législation québécoise témoignent de cet effort de socialisation du droit: *Loi de l'assurance hospitalisation* (1960, 9-10 Eliz. II, c. 78), *Loi de l'assurance maladie* (L.Q. 1970, c. 37), *Loi de l'aide juridique* (L.Q. 1972, c. 14), *Loi de l'assurance automobile* (L.Q. 1977, c. 68), *Loi sur le recours collectif* (L.Q. 1978, c. 8).

56. Sur ce sujet cf. B. TABBAH, *op. cit.*, note 11.

57. Georges RIPERT, *op. cit.*, note 35, 71.

1° Dans un régime despotique où un seul homme gouverne, le droit est absent. La loi lorsqu'elle existe reflète la volonté du despote. Elle est faite pour dominer la masse; le despote et ses proches y étant le plus souvent soustraits. Le droit est alors arbitraire et anachronique.

2° Dans un régime monarchique qui a pour base la légitimité du monarque désigné conformément à une règle précise et acceptée; le modèle juridique le plus courant est foncièrement conservateur et dominé par la tradition. Cela tient au fait que le roi responsable de l'unité politique du royaume respecte les coutumes populaires. En Angleterre par exemple, le système de la "Common Law" est un héritage de ce passé. C'est un droit inductif parfois qualifié d'empirique. Il trouve sa source autant dans les textes constatant les coutumes que dans les décisions des juges qui ont pour fonction de "dire le droit".

3° Dans un régime républicain qui est le gouvernement du peuple par le peuple, le droit est caractérisé par la domination légale, par une réglementation à outrance. Le droit est ce qui est écrit et le juge n'a que le pouvoir de concrétiser, par sa décision, la loi écrite représentative de la volonté du peuple — de la majorité en tous cas —.

Ainsi, si le système juridique diffère en fonction du régime politique, on peut à juste titre se demander s'il n'existerait pas, au-delà de cette simple constatation, un lien de cause à effet.

Est-ce que la nature d'un système juridique est fonction du régime politique établi, ou est-ce que le droit permet à une politique de s'affirmer? La mission du droit est certes différente dans chacune des deux hypothèses: mais qu'il soit un instrument permettant la continuité ou la création d'un système politique, il n'en reste pas moins qu'il apparaît être un instrument de politique.

B- LE DROIT COMME INSTRUMENT DE POLITIQUE

Par principe, les états démocratiques affirment l'indépendance des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Ce principe qui est en soi le seul moyen de faire échapper le droit à l'emprise de la politique, souffre cependant de plusieurs entorses. C'est le cas par exemple lorsque l'état employeur fait voter des lois afin de régler des différends qui l'opposent aux travailleurs de la fonction publique. C'est aussi le cas pour le pouvoir judiciaire, lorsque les magistrats sont nommés par le gouvernement ou lorsque l'avancement et la promotion dépendent de l'autorité ministérielle en place. Enfin, dans la mesure où un gouvernement est porté au pouvoir sur la base d'un programme électoral reflétant un choix de société, le droit qui

met en place et organise ce choix social est par le fait même un instrument mis à la disposition des hommes politiques⁵⁸. "Le régime démocratique permet l'action des réformateurs, écrit Georges Ripert. Il n'est plus besoin de recourir à la violence des émeutes: il suffit de conquérir le pouvoir politique qui donne le droit de légiférer"⁵⁹. Il reste à savoir l'usage qui en est fait. Normalement le droit, une fois établi, soumet le "politique"; mais il arrive que le "politique" domine le droit et l'asservit à ses propres fins.

1) Le droit et la politique dans les démocraties occidentales

Dans les démocraties occidentales comme le Canada, le pouvoir législatif appartient au peuple représenté aux parlements (fédéral et provinciaux) par des députés démocratiquement élus. À l'origine, le pouvoir du député trouvait sa source et son fondement dans la volonté de ses électeurs. Il était lié par celle-ci. Il était en quelque sorte le mandataire de ceux-là.

Aujourd'hui, l'électeur vote plus pour une certaine idée politique, pour un programme global d'action, pour le chef d'un parti que pour le candidat qui se présente à son choix dans sa circonscription. De là, il ressort que le député acquiert une certaine autonomie. Membre d'un parti, son pouvoir origine toujours de la volonté des électeurs mais trouve son fondement dans le parti politique et plus exactement dans l'idéologie de ce dernier⁶⁰. Les choix et options du parti deviennent, sauf exception, les siens.

Dès lors, lorsqu'une majorité politique s'affirme dans une assemblée, lorsque cette même majorité gouverne le pays, il est indéniable que les lois refléteront l'idéologie du parti. Bien plus, et les faits politiques le démontrent, les lois peuvent n'être que l'expression des idées du chef⁶¹.

Toutefois, les démocraties occidentales demeurent à l'abri d'une emprise globale du droit par le politique. Le droit est certes politique mais il demeure au-dessus de celle-ci en ce sens que l'état et les pouvoirs publics sont eux-mêmes soumis au droit positif⁶².

58. Jean DABIN, *op. cit.*, note 16, 12 et s.

59. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 91.

60. *Id.*, 117 et 118.

61. Sur l'action des forces sociales sur la législation cf. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 92 et s.

62. J. DESCHÈNES, *op. cit.*, note 8, 250 et 251.

Nous pouvons isoler trois garants de la primauté du droit sur le politique.

- La loi est soumise à la constitution, c'est-à-dire pour le Canada à l'Acte d'Amérique du Nord Britannique. L'État est l'auteur du droit positif et en ce sens, il peut faire ou défaire toutes lois. Du moins, ne peut-il pas changer l'A.A.N.B.; et toute loi qui ne se conformerait pas à la constitution sera déclarée inconstitutionnelle.
- En plus de juger de la constitutionnalité des lois, le pouvoir judiciaire est également le garant du respect de celles-ci par l'État lui-même⁶³. L'État peut certes modifier ses propres lois mais il doit se soumettre au droit positif existant⁶⁴.
- Enfin, le politique est soumis au droit avec un "D". Les droits naturels, comme les droits de l'homme, sont trop ancrés dans l'esprit des occidentaux pour qu'un gouvernement y porte atteinte⁶⁵.

On peut néanmoins se demander si cette primauté du droit sur le "politique" n'est pas pour partie une simple illusion. Si le "politique" est limité, c'est parce qu'il accepte des limites comme la constitution, les droits de l'homme ou le contrôle de son action par les tribunaux. Il les accepte parce qu'elles correspondent à l'idéologie sociale et politique dominante⁶⁶. À supposer un refus d'une de ces limites et le droit présente alors son vrai visage. C'est ce qui se passe au Canada avec le problème du rapatriement de la constitution et plus encore avec le phénomène indépendantiste. Jusqu'alors la constitution passait pour mettre le pays et les citoyens à l'abri de toute influence politique. Aujourd'hui, elle fait l'objet d'un marchandage politique entre le pouvoir central et les pouvoirs provinciaux et entre les provinces elles-mêmes. Elle est aussi l'obstacle légaliste au cheminement autonomiste de la province de Québec. La constitution protège alors l'idéologie ou le système en place. À supposer aussi un non-respect par les autorités gouvernementales des limites majoritairement acceptées et le droit devient un instrument de

63. *Id.*, 23 à 26.

64. L'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, (1959) R.C.S. 121, est un exemple de cette soumission.

65. En ce sens *La déclaration canadienne des droits* (8-9 Eliz. II, c. 44) et *La Charte des droits et libertés de la personne* adoptée le 27 juin 1975 par l'assemblée nationale du Québec.

66. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 79, cf. les conclusions de J. DESCHÊNES et son étude sur la politique et la règle de droit *op. cit.*, note 8, 260.

légalisation des mesures et méthodes illégales ou contraires au droit naturel. Il en est ainsi des lois qui autorisent l'ouverture du courrier en contrevenant aux principes de liberté et d'intimité ou qui obligent le retour au travail en mettant fin à l'usage du droit de grève qui appartient aux travailleurs. Dans cette hypothèse, la loi est l'expression de la volonté de quelques-uns qui en raison de leur position de force imposent la règle juridique⁶⁷.

Enfin, lorsque le choix social conduit par exemple à méconnaître un droit considéré comme l'un des piliers de notre système juridique, le texte de la Loi et son esprit s'opposent à l'implantation d'une nouvelle société. "Le droit positif, tel qu'il a été constitué à un moment donné, a tendance à défendre sa position contre les innovations — spécialement contre les innovations législatives; il leur fait l'accueil des maîtres de poste aux chemins de fer et des cochers de fiacre aux chauffeurs d'automobile"⁶⁸. Le choix d'une société socialo-communiste est un exemple. L'abolition du droit de propriété des biens de production préconisé par ce système se heurte à la conscience collective des occidentaux. Le droit positif, reflet de cette conscience, est le garant du statu quo⁶⁹. La situation est toute différente cependant si le choix social devient un choix politique et si ce choix est imposé soit par une nouvelle majorité, soit par une minorité à la majorité. Dans ce cas, le droit positif devient un non-droit⁷⁰. Un ordre nouveau est instauré. Le droit devient véritablement l'instrument de réalisation du nouveau système socio-économique découlant de l'option politique nouvelle.

C'est ce qui s'est passé et c'est ce qui se passe encore dans les démocraties populaires⁷¹.

2) Le droit et la politique dans les démocraties populaires

Karl Marx disait du droit qu'il n'était pas le moteur de la vie sociale, mais un instrument d'oppression qui sert la classe

67. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 81, cf. aussi 127.

68. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 220-221.

69. Jean DABIN, *op. cit.*, note 16 "or, dès que la société est posée le droit suit: Ubi societas ibi jus, et c'est ainsi que l'histoire nous montre la règle protégeant l'institution sociale et faisant régner l'ordre au sein de la collectivité". (p. 13).

70. Cf. J. DESCHÈNES, *op. cit.*, note 8, 244 à 247, chap. 14, *La politique et la règle de droit*. — "... les deux rois Charles 1^e. et Louis XVI furent exécutés... Tous deux s'avèrent incapables d'endiguer le courant révolutionnaire et d'empêcher qu'il emportât la règle de droit". (p. 247).

71. André HAURIUO, *Vers la dictature des partis*, in Rev. de Paris, 1^{er} février 1946 et G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 108, no 41.

dominante. Suivant la pensée marxiste, le droit ne crée pas la société; c'est elle au contraire qui crée le droit. L'avènement d'une société parfaite caractérisée par la suppression des classes et par l'abondance des biens de consommation devait logiquement aboutir à la disparition du droit⁷².

Qu'en est-il en fait? Contrairement à notre système juridique qui réglemente une organisation sociale existante, le système juridique socialiste a pour finalité l'instauration d'une société nouvelle. Le droit qui est fonction de la politique joue alors un double rôle. Il fixe les nouvelles règles de la vie sociale et de comportement économique: en ce sens, s'il n'est pas créé par la société, il trouve tout du moins ses fondements dans l'idéologie qui gouverne l'établissement d'une société nouvelle. Une fois établi, il conditionne le processus d'élaboration de cette société nouvelle: en ce sens, il participe grandement à sa création⁷³.

Dans le contexte des démocraties populaires, seule l'instauration de la société communiste parfaite aura pour conséquence la disparition du droit⁷⁴. Il semble que ce seuil d'idéal n'a pas encore été atteint et le droit, qui demeure, est plus que jamais un instrument mis à la disposition de la politique socio-économique des travailleurs.

3) Appréciation de l'interdépendance entre le droit et la politique

Y a-t-il vraiment une grande différence entre l'usage qui est fait du droit dans les démocraties occidentales dites libérales et les démocraties populaires? Au niveau de l'usage proprement dit, nous ne le pensons pas! Ici comme ailleurs le droit a pour fonction de réglementer et il réglemente effectivement la société suivant l'opinion qui se dégage du consensus collectif, suivant les nécessités économiques et suivant les besoins politiques⁷⁵. Ce qui heurte l'esprit des occidentaux et qui leur cache l'identité des fonctions du droit, c'est d'une part les principes de base qui sous-tendent le droit positif des pays communistes et d'autre part le contenu même de ce droit.

Pour apprécier le droit en tant "qu'instrument de politique", il convient de ne pas fonder de jugement sur la politique, afin d'éviter

72. B. TABBAH, *op. cit.*, note 11, 59 et s. et K. STOYANOVITCH, *Marxisme et droit*, L.G.D.J., 1964, préface de H. Battifol, pp. 86 et s.

73. Cf. R. DAVID et HAZARD, *Le droit soviétique*, 2 vol., 1954, T. 1, pp. 157 et s.

74. K. STOYANOVITCH, *op. cit.*, note 72, 105.

75. G. RIPERT, *op. cit.*, note 35, 84, no 30, *Nature des forces créatrices du droit*.

de conclure que le droit est l'instrument des politiques que l'on refuse et qu'il est un instrument de justice pour celle que l'on accepte. C'est effectivement pour cette raison que selon les tenants des sociétés libérales, notre droit est un instrument de justice et le droit communiste un instrument de politique et que vice-versa les tenants de la société communiste, considèrent notre droit comme un instrument de politique et le leur comme un instrument de justice. Cette relativité établit pour le moins que dans chacun des cas le droit confine à la politique. Il est à souhaiter que cette politique soit "juste" pour que le droit soit avant tout un instrument de justice sociale. Mais, là encore, ce ne peut être qu'une illusion. L'homme, "dompté et apprivoisé par ce que nous appelons la civilisation", ne devrait pas oublier, en effet, qu'il est, "au fond, un animal sauvage", suivant les expressions d'Arthur Schopenhauer, et que toute dorée que soit sa cage, il est pourtant prisonnier d'un système où le droit naît de la majorité. Or, y aurait-il un grand nombre de citoyens qui partageraient un sentiment positif à l'égard de la loi, que celle-ci n'en aurait pas une plus grande valeur car on ne décide pas du juste et de l'injuste à la majorité.

CONCLUSION

"Ce n'est point le corps des lois que je cherche, mais leur âme" écrivait Montesquieu. Or, l'âme de la loi, c'est l'âme d'un peuple. Celle-ci doit changer avec celle-là. Fruit de la pensée et des moeurs actuelles de la collectivité, valeurs essentiellement mouvantes et changeantes, la loi est cependant comme figée par un texte qui sans être immuable n'en revêt pas moins une certaine permanence. Ce décalage de fait entre le droit et la réalité sociale auquel s'ajoute un besoin de stabilité de l'ordre juridique explique en partie la perception du droit comme science conservatrice⁷⁶. Le Code napoléon de 1804 qui passait pour être perpétuel et immuable a confirmé ce caractère en droit civil⁷⁷. Influencé par les exégètes français, le juriste québécois de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle fit sienne une conception de la science juridique qui ne pouvait que perpétuer cette perception du droit. Le juriste québécois mit alors son savoir et sa technique au service exclusif de la loi. Le texte était sa seule source d'inspiration. Généralement, il ne se

76. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 9e conférence: *La fonction conservatrice du droit*, p. 213.

77. Léon DUGUIT, *op. cit.*, note 53, 6 et G. MORIN, *op. cit.*, note 53, *Introduction*, p. 1.

détournait des codes, traités et recueils que pour analyser les faits d'un cas d'espèce; puis y retournait pour y trouver le moyen approprié pour satisfaire les intérêts des particuliers. Cette permanence des textes face à l'évolution sociale a pour conséquence qu'un texte comme celui de l'article 1054 du Code civil doit aujourd'hui satisfaire aux problèmes de responsabilité existant à l'époque des supersoniques alors qu'il était conçu au temps de la diligence. "Nos formes techniques, de même que les lois scientifiques, écrit G. Renard, sont comme des habits qui ne grandissent pas avec l'enfant pour qui ils ont été taillés. Les mères de famille économes cousent alors un volant ou lachent un ourlet, pour permettre à l'enfant d'user ses vieux habits. Ainsi les juristes rallongent leurs concepts par des fictions"⁷⁸. Cette perception livresque, voire biblique du droit, ne changea que progressivement. Ce n'est que vers les années soixante qu'une évolution plus rapide se fit sentir.

À partir de la révolution tranquille qui ébranla divers fondements et institutions de notre société touchant l'éducation, le droit au travail, la sécurité sociale ou le clergé, le juriste mit en doute le caractère de stabilité et de permanence de la loi. Il se devait d'emboîter le pas de la réforme sociale. C'est alors que nous assistons à une prise de conscience par le législateur des problèmes économiques et sociaux contemporains, ce qui explique la prolifération législative actuelle. C'est alors que sans pour autant devenir critique du système juridique existant, le juriste enseignant, en signale les imperfections et recherche des solutions nouvelles qu'il fait connaître par des écrits de plus en plus nombreux. C'est à cette même occasion que progressivement le juriste praticien s'interroge sur sa mission d'homme de loi et que de plus en plus il quitte sa robe de plaideur pour revêtir l'habit du conseiller.

Dans cette évolution, le droit tout entier s'enrichit. Le juriste quel qu'il soit devient alors sociologue, économiste, politicologue. Dans cette optique, si le droit doit satisfaire aux intérêts des particuliers et de la collectivité dans le respect de la justice, le juriste devrait être avant tout un humaniste.

Le praticien doit alors accentuer son rôle de conseiller et de conciliateur. C'est Descartes qui écrivait que "toutes les fois que deux hommes portent sur la même chose un jugement contraire, il est certain que l'un d'eux se trompe. Il y a plus, aucun d'eux ne possède la vérité; car s'il en avait une claire et nette, il pourrait

78. G. RENARD, *op. cit.*, note 5, 225.

l'exposer à son adversaire de telle sorte qu'elle finirait par forcer sa conviction". La conciliation conduit alors à une certaine vérité qui admise de part et d'autre est déjà une justice.

Le magistrat a quant à lui la lourde tâche de traduire dans ses sentences la conscience collective, les aspirations communes et l'intérêt social. À l'époque où le droit positif était synonyme de justice et où l'application stricte de la règle de droit était source de justice, le juge était l'exécuteur de la loi. "Pour cela, il ne lui faut que des yeux" écrivait Montesquieu. Peut-il juger avec son cœur? Malgré le système civiliste du Québec — système de droit écrit qui limite la liberté d'action du juge — il est à souhaiter que nos magistrats ne fassent plus taire en eux les voix de leur conscience pour n'écouter que les paroles de la loi et qu'ils ne se gardent plus de tout jugement de valeur pour ne limiter les activités intellectuelles qu'au classement des espèces dans les catégories légales⁷⁹. Qu'ils deviennent, en somme, juges des hommes⁸⁰.

Le juriste quel qu'il soit, praticien, magistrat ou enseignant, se doit de porter un jugement de valeur sur le droit qui régleme notre cadre social. C'est à lui que revient la tâche de commenter, d'expliquer, de justifier, de critiquer, voire même de condamner le droit normatif. Par ses notes, articles, traités ou thèses, il doit faire oeuvre créatrice afin de faire évoluer la science juridique et d'enrichir le savoir humain.

Il est bon enfin que l'étudiant sache et n'oublie pas que si l'étude du droit est matière de savoir, sa compréhension commence par l'analyse de ses fondements et sa construction par la critique de la loi.

79. Dixit L. RAUCENT, *op. cit.*, note 7, 127.

80. "La loi est faite pour l'homme et non l'homme pour la loi. Lorsqu'ils disent le droit, les tribunaux ne doivent pas ignorer le milieu social en perpétuelle évolution dans lequel et, ne l'oublions pas, pour lequel ils existent. Les juges respirent le même air que leurs concitoyens. Au contraire, il leur faut saisir tout mouvement, toute pulsion de cette société et être prêts à y répondre en moulant le droit dans la mesure de leurs moyens, aux besoins de leur temps." J. DESCHÈNES, *op. cit.*, note 8, 50 et 51.