

COLLECTION

DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE  
Laurent AYNÈS

# INTRODUCTION AU DROIT

Philippe MALAURIE  
Patrick MORVAN

9<sup>e</sup> édition

**LGDJ**

un savoir-faire de  
**Lextenso**



**DROIT CIVIL**

# INTRODUCTION AU DROIT

*Ouvrage couronné par l'Académie des sciences morales et politiques  
Prix Dupin aîné*

Philippe MALAURIE †

*Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Patrick MORVAN

*Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas*

*<http://patrickmorvan.over-blog.com>*

9<sup>e</sup> édition

À jour au 15 juin 2022

**LGDJ**

un savoir-faire de  
**Lextenso**

# DROIT CIVIL

Philippe MALAURIE • Laurent AYNÈS

## Présentation de la collection

La collection de Droit civil réunit, après la disparition de Philippe Malaurie, outre Laurent Aynès, des auteurs qui ont le souci de renouveler l'exposé du droit positif et des questions qu'il suscite.

Les ouvrages s'adressent à ceux qui – étudiants, universitaires, professionnels – ont le désir de comprendre, en suivant une méthode vivante et rigoureuse, ce qui demeure l'armature du corps social.

## Ouvrages parus

Introduction au droit

Droit des personnes – La protection des mineurs et des majeurs

Droit des biens

Droit des obligations

Droit des contrats spéciaux

Droit des sûretés

Droit de la famille

Droit de la propriété littéraire et artistique

Droit des successions et des libéralités

Droit des régimes matrimoniaux

### **Autres ouvrages de Philippe Malaurie :**

Dictionnaire d'un droit humaniste, Université Panthéon-Assas, Paris II, LGDJ, 2015

Anthologie de la pensée juridique, Cujas, 2<sup>e</sup> éd., 1996

Droit et littérature, Une anthologie, Cujas, 1997

Avec la collaboration de Philippe Delestre, Droit civil illustré, Defrénois, 2011

De Philippe Malaurie et Jean Rogues, Le vent souffle où il veut, Parole et silence, 2016

### **Autres ouvrages de Patrick Morvan :**

Le principe de droit privé, éd. Panthéon-Assas, 1999

Droit de la protection sociale, LexisNexis, 10<sup>e</sup> éd., 2020

Restructurations en droit social, LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd., 2020

Criminologie, LexisNexis, 4<sup>e</sup> éd., 2022



© 2022, LGDJ, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)  
EAN : 9782275093925  
ISSN : 1958-9905

*Quelques jours avant sa mort, survenue au printemps 2020, Philippe Malaurie travaillait encore aux nouvelles éditions de la collection de Droit civil, pourchassant inlassablement les lourdeurs, les complications, les artifices. Il était convaincu, nous étions convaincus, que la vérité se trouve dans la simplicité. La simplicité est exigeante. Elle réclame une intelligence de la réalité – inter-legere : trier, discerner, démêler – et une humilité dans l’expression ; une ascèse, en somme.*

*Depuis Les obligations, premier livre que nous avons publié en 1986, le droit a connu des bouleversements souvent imperceptibles à l’origine, qui paraissent l’avoir privé de sens : avènement des sources supralégales et dégradation corrélative de la loi, devenue prétentieuse ou réglementaire, bavarde, obsolète ; promotion du rôle du juge, ou plutôt des juges, libérés du service de la loi par l’exaltation des « principes », et dont les décisions, grandes et petites, sont également accessibles en un clic ; foisonnement des publications juridiques disponibles sur tablettes individuelles, qui s’attachent souvent à l’instantané qu’on appelle l’actualité ; communication numérique qui s’impose dans toutes les relations et bouscule le rapport au texte... Avec un optimisme fondé sur sa foi en l’homme, les yeux grand ouverts sur le monde changeant qui aiguisait son insatiable curiosité, M. Malaurie s’employait à comprendre pour faire comprendre, sa véritable passion. Toujours agere contra, suivant le conseil ignatien : opposer au piège de la technique le jugement de valeur ; au culte du dernier arrêt la perspective historique ; à la tentation du « tout dire », à la facilité du quantitatif et de l’encyclopédisme, une fine sélection de ce qui est vraiment significatif et peut nourrir un jugement libre ; au commentaire de deuxième ou troisième main, le retour à l’aridité du texte premier et de ses mots. Nous croyions que le droit n’a pas en lui-même sa propre fin, il est un langage particulier dans une culture – la sienne était immense – qui l’éclaire et le maintient à sa place.*

*Nous partageons ces convictions avec les auteurs qui ont enrichi au fil du temps la collection de Droit civil. Ainsi vivra-t-elle, comme le désirait ardemment Philippe Malaurie.*

Laurent Aynès



# SOMMAIRE

Avant-propos .....	13
PREMIÈRES VUES QU'est-ce Que Le DROIT ? .....	17
Chapitre I. – LE DROIT EST UN PHÉNOMÈNE SOCIAL ET NORMATIF ....	39
Chapitre II. – LES DIVERSES BRANCHES DU DROIT .....	95

## LIVRE I ÉVOLUTION DU DROIT CIVIL

Chapitre I. – LE DROIT CIVIL AVANT LE CODE CIVIL .....	107
Chapitre II. – LE CODE CIVIL .....	125
Chapitre III. – APRÈS LE CODE CIVIL .....	131

## LIVRE II RÉALISATION DU DROIT

TITRE I. – <b>ORGANISATION DE LA JUSTICE</b> .....	155
Chapitre I. – JURIDICTIONS .....	157
Chapitre II. – JUGEMENTS .....	175
Chapitre III. – GENS DE JUSTICE .....	189
TITRE II. – <b>LA PREUVE</b> .....	193
PREMIÈRES VUES SUR LA PREUVE .....	195
Chapitre I. – CHARGE DE LA PREUVE .....	203
Chapitre II. – OBJET DE LA PREUVE .....	217
Chapitre III. – RECEVABILITÉ DES MOYENS DE PREUVE .....	229
Chapitre IV. – FORCE PROBANTE .....	265

## LIVRE III SOURCES DU DROIT

TITRE I. – <b>SOURCES ÉCRITES</b> .....	279
Chapitre I. – LA LOI .....	283
Chapitre II. – AU-DESSUS ET AU-DESSOUS DE LA LOI .....	339
TITRE II. – <b>SOURCES NON ÉCRITES</b> .....	397
Chapitre I. – LA COUTUME .....	399
Chapitre II. – LA JURISPRUDENCE .....	419
Chapitre III. – LA DOCTRINE .....	463
INDEX DES ADAGES .....	515

INDEX DES ARTICLES DU CODE CIVIL .....	517
INDEX DE LA JURISPRUDENCE .....	519
INDEX ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES .....	523
TABLE DES MATIÈRES .....	533

---

# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

## Sources du droit (Codes, Constitutions...)

ACP = Ancien Code pénal	COJ = Code de l'organisation judiciaire
ACPC = Ancien Code de procédure civile	Conv. EDH = Convention européenne des droits de l'homme
BGB = <i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Code civil allemand)	C. pén. = Code pénal
CASF = Code de l'action sociale et des familles	CPC = Code de procédure civile
C. assur. = Code des assurances	CPC exéc. = Code des procédures civiles d'exécution
C. aviation = Code de l'aviation civile et commerciale	CPP = Code de procédure pénale
CCH = Code de la construction et de l'habitation	CPI = Code de la propriété intellectuelle
C. civ. = Code civil	C. relations pub. adm. = Code des relations entre le public et l'administration
C. com. = Code de commerce	C. rur. = Code rural
C. communes = Code des communes	CSP = Code de la santé publique
C. consom. = Code de la consommation	CSS = Code de la sécurité sociale
Ccs = Code civil suisse	C. trav. = Code du travail
C. déb. boiss. = Code des débits de boissons	C. trib. adm. = Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel (ancien)
C. dom. Ét. = Code du domaine de l'État	C. urb. = Code de l'urbanisme
C. dr. can. = Code de droit canonique	D. = décret
C. env. = Code de l'environnement	D.-L. = décret-loi
C. fam. = ancien Code de la famille et de l'aide sociale	DDH = Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789)
C. for. = Code forestier	DUDH = Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen
CJA = Code de justice administrative	L. = loi
CGCT = Code général des collectivités territoriales	LPF = Livre des procédures fiscales
CGI = Code général des impôts	NCPC = Nouveau Code de procédure civile
Circ. = circulaire	NC pén. = Nouveau Code pénal
C. minier = Code minier	Ord. = ordonnance
C. mon. fin. = Code monétaire et financier	réd. L. 9 avr. 1898 = rédaction de la loi du 9 avril 1898
C. Nap. = Code Napoléon (édition de 1804)	Rép. min. = réponse ministérielle écrite
C. nat. = Code de la nationalité	
C.O. = Code suisse des obligations	
Const. = Constitution	

## Publications (Annales, Recueils, Répertoires, Revues, Grands arrêts...)

<i>Administrer</i> = Revue Administrer	<i>Ann. propr. ind.</i> = Annales de la propriété industrielle
<i>AJJC</i> = Annuaire international de justice constitutionnelle	<i>Arch. phil. dr.</i> = Archives de philosophie du droit
<i>AJDA</i> = Actualité juridique de droit administratif	<i>Arch. pol. crim.</i> = Archives de police criminelle
<i>AJPI</i> = Actualité juridique de la propriété immobilière	<i>ATF</i> = Annales du Tribunal fédéral (Suisse)
<i>ALD</i> = Actualité législative Dalloz	<i>BICC</i> = Bulletin d'information de la Cour de cassation
<i>Ann. dr. com.</i> = Annales du droit commercial	<i>BOCC</i> = Bulletin officiel de la concurrence et de la consommation
<i>Annuaire fr. dr. int.</i> = Annuaire français de droit international	<i>BOSP</i> = Bulletin officiel du service des prix

*Bull. cass. ass. plén.* = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (assemblée plénière)  
*Bull. civ.* = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)  
*Bull. crim.* = Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)  
*Bull. Joly Sociétés* = Bulletin mensuel Joly Sociétés  
*Cah. dr. auteur* = Cahiers du droit d'auteur  
*Cah. dr. entr.* = Cahiers de droit de l'entreprise  
*Cah. dr. eur.* = Cahiers de droit européen  
*CJEG* = Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz  
*Comm. com. électr.* = Communication – Commerce électronique  
*Contrats, conc. consom.* = Contrats, concurrence, consommation  
*D.* = Recueil Dalloz  
*DA* = Recueil Dalloz analytique  
*D. Aff.* = Dalloz Affaires  
*Dalloz Jur. gén.* = Dalloz Jurisprudence générale  
*DC* = Recueil Dalloz critique  
*Defrénois* = Répertoire général du notariat Defrénois  
*DH* = Recueil Dalloz hebdomadaire  
*Dig.* = Digeste  
*DMF* = Droit maritime français  
*Doc. fr.* = La documentation française  
*DP* = Recueil Dalloz périodique  
*Dr. adm.* = Droit administratif  
*Dr. et patr.* = Droit et patrimoine  
*Dr. Famille* = Droit de la famille  
*Droits* = Revue Droits  
*Dr. ouvrier* = Droit ouvrier  
*Dr. pén.* = Droit pénal  
*Dr. prat. com. int.* = Droit et pratique du commerce international  
*Dr. soc.* = Droit social  
*Dr. sociétés* = Droit des sociétés  
*EDCE* = Études et documents du Conseil d'État  
*GAJA* = Les grands arrêts de la jurisprudence administrative  
*GAJ civ.* = Les grands arrêts de la jurisprudence civile  
*GAJCIUE* = Les grands arrêts de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne  
*GAJDIP* = Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé  
*Gaz. Pal.* = Gazette du Palais  
*GDCC* = Les grandes décisions du Conseil constitutionnel  
*J.-Cl. civil* = Jurisclasseur civil  
*J.-Cl. com.* = Jurisclasseur commercial  
*JCP E* = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition entreprises  
*JCP G* = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition générale  
*JCP N* = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition notariale

*JCP S* = Jurisclasseur périodique (semaine juridique), édition sociale  
*JDI* = Journal de droit international (Clunet)  
*JO* = Journal officiel de la République française (lois et règlements)  
*JOAN Q/JO Sénat Q* = Journal officiel de la République française (questions écrites au ministre, Assemblée nationale, Sénat)  
*JO déb.* = Journal officiel de la République française (débat parlementaire)  
*JOUE* = Journal officiel de l'Union européenne  
*Journ. not.* = Journal des notaires et des avocats  
*LPA* = *Les LPA*  
*Lebon* = Recueil des décisions du Conseil d'État  
*Quot. jur.* = Quotidien juridique  
*RJDA* = Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)  
*RFD aérien* = Revue française de droit aérien  
*RD bancaire et bourse* = Revue de droit bancaire et de la bourse  
*RDC* = Revue des contrats  
*RDI* = Revue de droit immobilier  
*RDP* = Revue du droit public  
*R. dr. can.* = Revue de droit canonique  
*RDLF* = Revue des droits et libertés fondamentales  
*RD rur.* = Revue de droit rural  
*RDSS* = Revue de droit sanitaire et social  
*RD uniforme* = Revue du droit uniforme  
*Rec. CJUE* = Recueil des arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne  
*Rec. Cons. const.* = Recueil des décisions du Conseil constitutionnel  
*Rec. cours La Haye* = Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye  
*Rép. civ. Dalloz* = Répertoire Dalloz de droit civil  
*Rép. com. Dalloz* = Répertoire Dalloz de droit commercial  
*Rép. pén. Dalloz* = Répertoire Dalloz de droit pénal  
*Rép. pr. civ. Dalloz* = Répertoire Dalloz de procédure civile  
*Rép. sociétés Dalloz* = Répertoire Dalloz du droit des sociétés  
*Rép. trav. Dalloz* = Répertoire Dalloz de droit du travail  
*Rev. arb.* = Revue de l'arbitrage  
*Rev. crit.* = Revue critique de législation et de jurisprudence  
*Rev. crit. DIP* = Revue critique de droit international privé  
*Rev. dr. fam.* = Revue du droit de la famille  
*Rev. hist. fac. droit* = Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique  
*Rev. loyers* = Revue des loyers  
*Rev. proc. coll.* = Revue des procédures collectives

*Rev. sc. mor. et polit.* = Revue des sciences morales et politiques  
*Rev. sociétés* = Revue des sociétés  
*RFDA* = Revue française de droit administratif  
*RFD const.* = Revue française de droit constitutionnel  
*RGAT* = Revue générale des assurances terrestres  
*RGD int. publ.* = Revue générale de droit international public  
*RGDP* = Revue générale des procédures  
*RHD* = Revue historique du droit  
*RIDA* = Revue internationale du droit d'auteur  
*RID comp.* = Revue internationale de droit comparé  
*RID éco.* = Revue internationale de droit économique  
*RID pén.* = Revue internationale de droit pénal

*RJ com.* = Revue de jurisprudence commerciale  
*RJF* = Revue de jurisprudence fiscale  
*RJPF* = Revue juridique Personnes et Famille  
*RJS* = Revue de jurisprudence sociale  
*RRJ* = Revue de recherche juridique (Aix-en-Provence)  
*RSC* = Revue de science criminelle et de droit pénal comparé  
*R. sociologie* = Revue française de sociologie  
*RTD civ.* = Revue trimestrielle de droit civil  
*RTD com.* = Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique  
*RTD eur.* = Revue trimestrielle de droit européen  
*RTDH* = Revue trimestrielle des droits de l'homme  
*S.* = Recueil Sirey

## Juridictions

*CA* = arrêt de la *Court of Appeal* (Grande-Bretagne)  
*CA* = arrêt d'une cour d'appel  
*CAA* = arrêt d'une cour administrative d'appel  
*Cass. ass. plén.* = arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation  
*Cass. ch. mixte* = arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation  
*Cass. ch. réunies* = arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation  
*Cass. civ.* = arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation  
*Cass. com.* = arrêt de la chambre commerciale et financière de la Cour de cassation  
*Cass. crim.* = arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation  
*Cass. soc.* = arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation  
*CE* = arrêt du Conseil d'État  
*CEDH* = arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme  
*CJCE* = arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes  
*CJUE* = arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne  
*Cons. const.* = décision du Conseil constitutionnel

*Cons. prud'h.* = Conseil des prud'hommes  
*JAF* = décision d'un juge aux affaires familiales  
*J.d.t.* = décision d'un juge des tutelles  
*KB* = arrêt du *King's bench* (Banc du roi) (Grande-Bretagne)  
*QB* = arrêt du *Queen's Bench* (Banc de la reine) (Grande-Bretagne)  
*Réf.* = ordonnance d'un juge des référés  
*Req.* = arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation  
*Sent. arb.* = sentence arbitrale  
*Sol. impl.* = solution implicite  
*TA* = jugement d'un tribunal administratif  
*T. civ.* = jugement d'un tribunal civil  
*T. com.* = jugement d'un tribunal de commerce  
*T. confl.* = décision du Tribunal des conflits  
*T. corr.* = jugement d'un tribunal judiciaire, chambre correctionnelle  
*T.f.* = arrêt du Tribunal fédéral (Suisse)  
*TGI* = jugement d'un tribunal de grande instance  
*TI* = jugement d'un tribunal d'instance  
*TPICE* = Tribunal de première instance des communautés européennes

## Acronymes

*AFNOR* = Association française de normalisation  
*CCI* = Chambre de commerce internationale  
*Ccne* = Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé

*CEE* = Communauté économique européenne  
*DASS* = Direction de l'action sanitaire et sociale  
*DPU* = Droit de préemption urbain  
*IRPI* = Institut de recherche en propriété intellectuelle

OPE = offre publique d'échange de valeurs mobilières  
 PIDCP = Pacte international sur les droits civils et politiques  
 POS = plan d'occupation des sols  
 PUAM = Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille  
 PUF = Presses universitaires de France

SA = société anonyme  
 SARL = société à responsabilité limitée  
 SAS = société anonyme simplifiée  
 SCI = société civile immobilière  
 SNC = société en nom collectif  
 TUE = Traité sur l'Union européenne  
 TFUE = Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

## Abréviations usuelles

A. = arrêté  
 Adde = ajouter  
 Aff. = affaire  
 al. = alinéa  
 Ann. = annales  
 Appr. = approbative (note)  
 Arg. = argument  
 Art. = article  
 Art. cit. = article cité  
 Av. gal. = avocat général  
 cbné = combiné  
 cf. = se reporter à  
 chron. = chronique  
 col. = colonne  
 comp. = comparer  
 concl. = conclusions  
 cons. = consorts  
 Contra = solution contraire  
 crit. = critique (note)  
 DIP = Droit international public/Droit international privé  
 doct. = doctrine  
 éd. = édition  
 eod. vo = eodem verbo = au même mot  
 Et. = Mélanges  
 ib. = *ibid.* = *ibidem* = au même endroit  
 infra = ci-dessous

IR = informations rapides  
*loc. cit.* = *loco citato* = à l'endroit cité  
 m. n./déc./ concl. = même note/ décision/ conclusion  
 n. = note  
 n.p.B. = non publié au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (inédit)  
*op. cit.* = *opere citato* = dans l'ouvrage cité  
*passim* = çà et là  
 préc. = précité  
 pub. = publié  
 rapp. = rapport  
 Sect. = section  
 sté = société  
 somm. = sommaires  
*supra* = ci-dessus  
 TCF DIP = Travaux du Comité français de DIP  
 th. = thèse  
 V. = voyez  
 v = *versus* = contre  
 V<sup>o</sup> = *verbo* = mot (V<sup>is</sup> = *verbis* = mots)  
 \* et \*\* = décisions particulièrement importantes  
 Sauf indication contraire, les articles cités se réfèrent au Code civil.

## AVANT-PROPOS

D'année en année, le temps s'écoule, les mœurs et les mentalités changent, le droit et la pensée évoluent et notre *Introduction au droit* essaie d'en rendre compte d'une édition à l'autre. Voici les points principaux qui ont retenu notre attention : la rigidité ou la flexibilité du droit, ses sources (multiples et tortueuses), sa langue (qui se veut de plus en plus accessible) ; l'Islam et les religions, le développement de l'incroyance et des pensées extrêmes (paranoïaques et complotistes) ; la pédagogie, la culture, les réseaux d'information, les univers numériques et les algorithmes ; la famille, la personne humaine et ses avatars, la femme, l'enfant ; les pauvres, les migrants ; le droit du travail, le libéralisme, l'Europe et les Nations ; la conception singulière, parfois outrancière, que l'on se fait de l'égalité, des libertés, de la sécurité, de la justice et la manière de la rendre ; l'écologie et la prédation mondiale des ressources naturelles, la vengeance de la Nature (dont a été relâchée la force destructrice du Covid-19) ; le pouvoir, l'État de droit, les états d'urgence et les droits d'exception qui se multiplient (contre le terrorisme, contre les pandémies).

Serait-ce donc un énorme changement de société, une transformation totale des structures sociales ou, pour employer le langage emphatique d'aujourd'hui, un « changement de civilisation » ? Ce que Giuseppe Tomasi di Lampedusa (*Le Iguépard*, 1958, adapté au cinéma en 1963 par Visconti) avait relativisé en une phrase célèbre, admirable de profondeur : « Se vogliamo che tutto rimanga com'è, bisogna che tutto cambi » (traduit et résumé par : il faut que tout change pour que rien ne change). Ce mot cruel a longtemps caractérisé le verbalisme de nombreuses réformes. En est-il autrement dans le « monde d'après », qui était censé naître après la déflagration planétaire due à la pandémie de 2020-2021 ? On peut en douter. Le « monde d'après » ressemble fort au « monde d'avant », en pire : une croissance économique débridée, des régimes autoritaires renforcés (Chine, Russie), une pauvreté criante, des famines, des ravages environnementaux incessants. Oui : il aura fallu que tout change pour que rien ne change.

Philippe Malaurie et Patrick Morvan



## BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

- J.-L. AUBERT et É. SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 17<sup>e</sup> éd., 2018.
- J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique fondamentale et appliquée*, PUF, coll. Thémis droit, 3<sup>e</sup> éd., 2018.
- J. CARBONNIER, *Introduction*, PUF, coll. Thémis, 27<sup>e</sup> éd., 2002.
- P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 6<sup>e</sup> éd., 2021.
- M. FABRE-MAGNAN et F. BRUNET, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. Thémis, 2017.
- J. GHESTIN, H. BARBIER et J.-S. BERGÉ, *Traité de droit civil. Introduction générale*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2018.
- Ph. MALINVAUD et N. BALAT, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 21<sup>e</sup> éd., 2021.
- Fr. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2021.



# PREMIÈRES VUES QU'EST-CE QUE LE DROIT ?<sup>1</sup>

*« L'humilité est la voie qui conduit à la vérité. »*

SAINTE BERNARD DE CLAIRVAUX, *Traité sur les degrés d'humilité et d'orgueil* (1124)

*« Il est incroyable de voir la quantité de personnes qui sont complexées par leur corps  
et combien si peu le sont par leurs pensées. »*

ANDRZEJ SARAMONOWICZ

Bien qu'il ait été l'objet de nombreuses et incessantes analyses sur sa définition, sa nature et ses fonctions, le droit conserve une grande part de mystère.

Au-delà de ses multiples définitions, le droit est l'institution, l'instrument et l'expression de la civilisation ; le pouvoir qu'il traduit demande beaucoup d'humilité ; il est souvent pervers et même une imposture ; il est lié au temps, à l'histoire et à la patrie ; aujourd'hui il est en déclin.

Le droit suppose une discipline sociale dont notre pays paraît actuellement dépourvu, ce qui est un des maux de la société française. Les désordres sont multiples : à l'école et, parfois, à l'université (blocages d'« étudiants » contestataires), dans la rue (incivilités urbaines) et les espaces publics virtuels (innombrables invitations à la haine sur les réseaux « sociaux »), sur la route (délinquance routière), dans les transports (dysfonctionnements et grèves), etc. Les pouvoirs publics s'efforcent de combattre ces maux, parfois avec succès, toujours avec difficulté.

**1. Civilisation et barbarie ; le droit, la paix, la guerre. – 1<sup>o</sup>** C'est par le droit que toute civilisation s'édifie chaque jour, que la justice, la liberté, la paix, la

---

1. Ph. MALAURIE, « Pourquoi une introduction au droit ? », *JCP G* 2016, 1189 ; également publié in *Qu'est-ce qu'une introduction au droit ?*, dir. R. Cabrillac, Dalloz, 2017, p. 1 (livre issu d'un cycle de conférences à la faculté de droit de Montpellier portant sur l'esprit et le contenu de la vingtaine d'ouvrages dits d'« introduction au droit » en France et sur l'introduction au droit dans les études juridiques en Grande-Bretagne, Allemagne, Italie, Espagne, Belgique et Luxembourg).

prospérité et l'épanouissement des hommes sont assurés. La justice, l'esprit de mesure et la paix sont pour Hésiode l'origine même du droit<sup>2</sup>. Comme toutes les notions sociales fondamentales, le droit se définit surtout par sa transgression. On ne sait pas trop ce qu'il est mais on sait ce qu'emporte sa méconnaissance : le règne des voyous et l'oppression des faibles par les forts.

Il y a cependant, dans ces mots de « civilisation » et de « barbarie », des équivoques, des variations selon les temps, que les penseurs contemporains se plaisent à souligner. Ainsi, au lendemain de la Première guerre mondiale, les rapports du droit et de la paix furent débattus. Un credo de la pensée juridique était que la paix devait être assurée par le droit. Mais, dans les années 1920 et 1930, Alain (un philosophe engagé politiquement qui jouissait d'une grande autorité) en dénonça l'illusion. Le droit permet parfois la paix, mais pas toujours. « La paix par le droit » est souvent une illusion ; cela est même parfois un « cri de guerre » ou le « cri de la guerre », quand l'imposture s'en mêle<sup>3</sup>.

Le concept de *lawfare* (de *law*, la loi, et *warfare*, la guerre) reflète cette idée que le droit peut servir comme arme de guerre ou, du moins, être utilisé en même temps que la guerre. Il désigne l'usage stratégique du droit contre un adversaire, plus exactement du droit international dans un conflit belliqueux entre deux États ou entre un État et une organisation ennemie. Il peut désigner, plus largement, une instrumentalisation de la justice, une action abusive afin de combattre un adversaire : procès politique afin d'emprisonner un opposant, procès commercial afin de ruiner une entreprise concurrente, procès en diffamation afin de bâillonner un journaliste ou un auteur (même un professeur de droit<sup>4</sup>), etc.

La paix est généralement le but du droit, mais pas toujours. La lutte (la violence, la révolution voire la guerre) en vue de détruire un droit peut être plus légitime que lui : ce sont alors « des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit »<sup>5</sup>.

Le droit se montre généralement incapable de lutter contre la barbarie. En témoignent les équivoques et la fragilité de la justice internationale, illustrées par les procès sans fin et le bilan dérisoire de la Cour pénale internationale<sup>6</sup>. Toutefois, à partir de 2001, des travaux de droit international ont élaboré le concept de « responsabilité de protéger » (*R2P* en anglais), remplaçant celui de « droit d'ingérence humanitaire ». La responsabilité de protéger impose d'abord à un État de protéger ses populations contre les génocides, crimes de guerre, crimes contre l'humanité et nettoyages ethniques. En cas de manquement manifeste à cette obligation, il incombe à la communauté internationale de mener une action collective (sanctions économiques puis

2. V. la métaphore de l'épervier (le fort) emportant un rossignol (le faible) dans ses serres in *Les travaux et les jours*, trad. P. Mazon, Les Belles Lettres, 1928, p. 202 et s. : « Le fils de Cronos (Zeus) a institué pour les hommes une loi (*νόμος*, *nomos*) ; tandis que pour les poissons, les bêtes sauvages et les oiseaux de proie, il a établi celle de se manger les uns les autres, puisqu'il n'y a pas chez eux de justice (*Δίκη*, *Diké*) ; aux hommes il a donné la justice ».

3. ALAIN, *Propos*, cité *infra*, n° 13.

4. Sur le *gag proceeding*, V. *infra*, n° 369.

5. R. VON IHERING, *La lutte pour le droit*, trad. O. de Meulenaere, 1890, préface, p. XXI : « Je ne préconise nullement la lutte pour le droit dans toutes les contestations, mais seulement là où l'atteinte au droit implique en même temps une méséstime de la personne ». p. 9 : « Toutes les grandes conquêtes qu'enregistre l'histoire du droit : l'abolition de l'esclavage, de la servitude personnelle, la liberté de la propriété foncière, de l'industrie, des croyances ont dû être remportées ainsi au prix de luttes ardentes, souvent continuées pendant des siècles ; parfois, ce sont des torrents de sang, mais toujours ce sont des droits anéantis qui marquent la voie suivie par le droit. Le droit, c'est bien Saturne dévorant ses propres enfants ; il ne peut se rajeunir qu'en faisant table rase de son propre passé » (v. P. COULOMBEL, « Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Ihering », *RTD civ.* 1957, p. 609).

6. Adde L. GANNAGÉ, « La justice contre la paix ». À propos du tribunal spécial pour le Liban, *Mélanges M.-S. Payet*, Dalloz, 2011, p. 187.

intervention militaire), comme cela fut le cas pour la première fois en Libye et en Côte-d'Ivoire au début de l'année 2011<sup>7</sup>. La communauté internationale est loin d'y parvenir.

**2°)** Mais lorsque le droit n'existe pas, qu'il est méconnu ou violé, la civilisation se délite : la décadence, le régime des voyous, la dérive intellectuelle et morale, la misère, d'immenses souffrances et de grands désastres. Le contraire du droit, c'est la *barbarie*<sup>8</sup>.

Pour les Grecs, le barbare était celui qui ne parlait pas le grec ou le baragouinait : il était l'« autre », l'étranger. La civilisation était donc une communauté de race, de religion, de langue et de culture. Depuis les années 1960, même l'Occident n'a plus cet exclusivisme. Pour l'anthropologie (notamment Claude Lévi-Strauss), toutes les cultures se valent. Plus grave, les nobles et généreux sentiments qui inspirent la plupart des révolutions ont eu des effets pervers. La civilisation contemporaine, si riche de belles idéologies, a produit les camps d'extermination et perpétue les génocides au troisième millénaire. Toutefois, les formes récentes de la barbarie islamiste condamnent un relativisme absolu. La civilisation a sans doute des visages divers mais elle comporte un « noyau dur » : un certain degré de politesse, de justice et de raffinement ; des valeurs de paix et de tolérance.

Durant toute l'histoire du monde, des hommes ont lutté pour le droit en manifestant certaines des plus grandes vertus humaines : la soif et le sens de la justice, l'intelligence, le courage, la ténacité et le dépassement de soi<sup>9</sup>.

**2. Humilité.** – Soumis au pouvoir des hommes, le droit leur échappe aussi. Il demande beaucoup d'humilité, une grande ascèse pour un homme d'action. Les hommes ne se laissent pas gouverner comme des choses, des animaux ou des esclaves parce qu'ils sont des êtres libres<sup>10</sup>. La politique, la législation, le raisonnement, l'interprétation, la persuasion, la preuve, l'exécution, le jugement – le jugement surtout –, soit en définitive toute l'activité juridique, sont incertains et relèvent de la probabilité, du sentiment et de l'intuition.

Les limites congénitales de la pensée humaine imposent l'humilité : les mots ne traduisent qu'imparfaitement la pensée qui elle-même ne traduit qu'imparfaitement le réel. L'étymologie du mot humilité en est un symptôme : *humilitas* dérive d'*humus* = la terre, qui a donné *humilis* = qui reste à terre, qui ne s'élève pas<sup>11</sup>. La règle de droit n'est pas, ne peut être et n'a jamais été une vérité absolue, infaillible, omniprésente, universelle et perpétuelle. Toute prétention du droit ou des juristes à l'absolu, à l'infailibilité, l'omniprésence, l'universalisme ou la perpétuité est une arrogance qui est vouée à l'échec.

L'humilité, en droit, n'est ni l'humilité franciscaine, ni l'oubli de soi, ni l'absence de vanité. Elle a sans cesse évolué<sup>12</sup>. Elle conduit à quelques règles simples : savoir reconnaître ses erreurs,

7. K. ANNAN, *Interventions. Une vie dans la guerre et dans la paix*, Odile Jacob, 2013 : en 2000, Kofi Annan, ancien secrétaire général de l'ONU, inspira lors d'un discours les premiers travaux sur le concept de « responsabilité de protéger ».

8. S. WEIL, *La pesanteur et la grâce* (1948), Plon, 1991, p. 37 : « *L'injustice humaine fabrique généralement non pas des martyrs, mais des quasi-damnés. Les êtres tombés dans le quasi-enfer sont comme l'homme dépouillé et blessé par des voleurs. Ils ont perdu le vêtement du caractère* ».

9. E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, éd. Delagrave, p. 137 : « *Celui qui rampe comme un ver ne doit pas se plaindre ensuite d'être foulé aux pieds* ».

10. J. CARBONNIER (*La passion des lois au siècle des Lumières*, in *Essais sur les lois*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 239 et s., spéc. p. 246) cite l'impératrice Catherine de Russie répondant à Diderot qui lui avait suggéré un projet de code : « *Vous ne travaillez que sur le papier qui souffre tout [...] tandis que moi, pauvre impératrice, je travaille sur la peau humaine, qui est bien autrement irritable et chatouilleuse* ». L'autocratie de la Grande Catherine était aux antipodes de l'idéologie de Diderot.

11. A. ERNOUT et A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, 1939, V<sup>o</sup> *Humilis*.

12. Ph. MALAURIE, « L'humilité et le droit », *Defrénois* 2006, p. 703 et *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 725. Du même auteur : *Droit civil illustré*, n<sup>o</sup> 1, « Le non-humble » ; *Dictionnaire d'un droit humaniste*, Université Panthéon-Assas – LGDJ, 2015, V<sup>o</sup> « Humilité ».

ne pas avoir toujours raison, accepter l'incertitude et le doute, ne jamais se croire indispensable, savoir qu'on ne détient pas toutes les réponses. L'humilité commande aussi de n'être asservi ni par ses idées, ni par la contemplation de son œuvre, de ne pas s'installer dans les certitudes, de se remettre fréquemment en question, d'observer et d'écouter sans cesse, d'estimer que les autres peuvent nous être supérieurs, de ne pas croire en l'omnipotence des hommes non plus que celle de la loi. Le seul moyen de surmonter l'aporie (l'insoluble contradiction) entre le pouvoir et l'humilité est la connaissance de soi-même<sup>13</sup>. L'humilité accepte, mais avec difficultés, l'humiliation – redoutée parce qu'elle peut mener à l'exclusion. Elle n'empêche pas, cependant, ce que Saint Thomas d'Aquin appelait la « magnitude », la conscience que l'homme prend de sa valeur (il y a de l'orgueil dans l'humilité). Humilité et magnitude : une antinomie constante dont traitent les règles de droit civil. L'humilité se compose également de modération, de sobriété<sup>14</sup> et de mesure. Les Grecs anciens en avaient déjà pris conscience : l'homme ne doit pas s'élever au-dessus de sa condition, à peine de tomber dans l'*ubris*, la folie de la démesure. L'humilité est rarement pratiquée et encore plus rarement visible ; pire, les apparences sont souvent trompeuses (Tartuffe était, apparemment, très humble<sup>15</sup>). Son contraire est la complète confiance en soi, en soi seul, et la capacité à ignorer l'idée même d'un échec.

**3. Force obligatoire<sup>16</sup>.** – La règle de droit régit l'activité humaine. Elle le fait généralement de manière directe : elle impose, interdit ou permet. En ce sens elle est *obligatoire*, ce que ne contredit pas l'existence de règles « facultatives » (qui permettent).

Une règle est obéie pour deux raisons. 1) D'une part, elle est rationnelle ou du moins raisonnable (à l'image de l'obligation pour un automobiliste de céder la priorité à droite ou l'interdiction de fumer dans les lieux publics ou de travail)<sup>17</sup>, ce qui incite à la respecter spontanément. Au contraire, la loi oppressive, injuste ou simplement inutile, parce qu'elle paraît irrationnelle ou déraisonnable, est souvent désobéie<sup>18</sup>. 2) D'autre part, la règle est impérative, parce que l'autorité publique en impose l'observance par la contrainte si elle n'est pas respectée spontanément. À ce titre, elle revêt un caractère *coercitif*<sup>19</sup>.

Une loi est impérative lorsqu'il n'est pas permis aux particuliers d'y déroger par convention (art. 6). Elle est « supplétive » (ou dispositive) lorsqu'une manifestation de volonté contraire suffit à l'écartier.

Sans imposer de contrainte, la loi exerce parfois un rôle purement pédagogique et exemplaire : elle dit ce qui est bien et mal. Ainsi, l'article 371 du Code civil, inspiré du Décalogue biblique, rappelle-t-il que « *l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère* ».

13. SAINT BERNARD DE CLAIRVAUX, *Traité sur les degrés d'humilité et d'orgueil*, 1124 : « *pour s'humilier, une âme ne saurait trouver de meilleur moyen que la connaissance véridique d'elle-même* ».

14. Ph. MALAURIE, « La sobriété », *Mélanges G. Champenois*, éd. Defrénois, 2012, p. 599.

15. MOLIÈRE, *Tartuffe*, Acte I, scène 4 : « *Le pauvre homme !* » (dit Orgon – abusé – de Tartuffe).

16. *La force normative. Naissance d'un concept*, dir. C. Thibierge, LGDJ, Bruylant, 2009, spéc. la synthèse et la conclusion de C. Thibierge, p. 741 et p. 813. V. les résumés des 57 contributions à cette recherche sur : <http://forcenormative.sciencesconf.org>. V. aussi *Droit civil illustré*, n° 6. Pour le même genre de recherche : *La densification normative. Découverte d'un processus*, (dir. C. Thibierge), Mare & Martin, 2013.

17. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in Loqué, t. I, p. 254 : « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison* ». L'adage *Cessante ratiōne legis cessat ejus dispositio* (*infra*, n° 408) repose sur ce trait commun de la loi. Henri Batiffol a souligné le double aspect rationnel et impératif de la loi afin d'éclairer le particularisme de l'application de la loi étrangère en France : celle-ci n'est pas impérative mais demeure rationnelle (Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, LGDJ, t. I, 8<sup>e</sup> éd., 1993, n° 328).

18. Cf. G. KOUBI, « Respect du droit et droit au respect : le respect des droits », *RRJ* 2000, p. 13. Sur le droit à la désobéissance, sujet très lié à celui de l'État de droit, v. *infra*, n° 128.

19. V. *infra*, n° 51.