

---

## NOTES

---

### Pouvoir juridique et pouvoir moral

Philippe Jestaz\*

L'auteur cherche à déterminer s'il existe un pouvoir moral indépendant du pouvoir juridique, en prenant comme champ d'étude la France de 1987. Pour ce faire, il compare le pouvoir juridique au pouvoir moral et conclut que ces deux pouvoirs existent de façon distincte puisqu'ils diffèrent tant au plan des organes qui les composent, des objectifs qu'ils poursuivent que des instruments par lesquels ils se manifestent. Il ajoute en terminant que des généralisations des conclusions de son étude doivent être faites avec prudence, puisque l'identification d'un pouvoir moral distinct est bien souvent fonction du lieu et de l'époque.

In this note, the author examines the notions of law and morality as they presently exist in France, and attempts to determine whether they are capable of existing independently of each other. By identifying their respective objectives, the mediums through which they are manifested and their institutional components, the author concludes his examination in the affirmative. Nevertheless, he warns that his conclusion must be read with caution since the precise distinction between the two concepts will most often be a function of the time and place where such distinction is attempted.

---

\*De la Faculté de droit, Université de Paris XII. Ce texte a été rédigé à partir d'une conférence prononcée à la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles (Centre de philosophie du droit), le 27 janvier 1987. L'auteur le dédie à la mémoire de Bernard Aubrémont.

Pouvoir juridique, pouvoir moral, ces deux notions sonnent comme des fanfares, mais dont l'expérience indique qu'elles ne jouent pas forcément le même air, ni au même moment, ni dans le même registre. Pourtant on ne se lasse pas de les évoquer ensemble, ce qui paraît être le signe d'une relative harmonie dans la dissonance.

Va-t-on reprendre ici l'éternelle question des rapports entre la morale et le droit ? Oui et non. Si cette question se révèle à ce point fuyante,<sup>1</sup> c'est qu'on la pose ordinairement en termes trop généraux. Droit et morale, morale et droit (on ne devra pas attacher de signification à l'ordre des mots) ont en effet un contenu variable. Et même si l'on postule — or, il faut bien le postuler — qu'existe, indépendamment de ce contenu, une notion de la morale en soi et du droit en soi, la question échappe encore parce que chacun des deux termes se prête à une multitude de définitions. Elle se stabilise en revanche si l'on se borne à observer, dans une société donnée, la manière dont agissent respectivement le pouvoir juridique et le pouvoir moral. Car le pouvoir est un phénomène que nos esprits ont l'habitude de décrire et de mesurer à l'aide de critères relativement peu contestables. Malgré tout, et fût-ce pour savoir de quoi l'on parle, il faut asseoir la recherche sur une hypothèse de départ, par conséquent prendre un parti, le moins arbitraire possible, sur l'éternelle question. À cet égard, il n'est pas trop compromettant d'avancer que le droit est une forme de pouvoir<sup>2</sup> qui a des implications morales, mais pas seulement morales : il relève aussi — ou plutôt d'abord — de ce qu'on appelle *le politique*,<sup>3</sup> ce masculin désignant l'organisation de la Cité dans son sens le plus large et le moins fluctuant (par opposition à *la politique*, plus tacticienne et conjoncturelle). Or, sans qu'il soit besoin de définir le politique, la morale et le droit, mais en se contentant de les regarder vivre, en observant par conséquent le droit de tous les jours, celui que les juristes connaissent bien, en observant de même le politique et la morale tels qu'ils se pratiquent (ou ne se pratiquent pas toujours, pour ce qui concerne cette dernière), on parvient à une constatation. À la vérité, cette prétendue constatation est peut-être un postulat, mais en ce cas nous demandons au lecteur de bien vouloir l'admettre (conformément à l'éty-

---

<sup>1</sup>L'immensité du sujet rendrait vaine toute tentative de fournir une bibliographie complète. Bornons-nous donc à citer quelques ouvrages relativement récents qui résument significativement la question, en particulier : G. Del Vecchio, *La justice — La vérité : Essais de philosophie juridique et morale*, Paris, Dalloz, 1955 ; J. Leclercq, *Du droit naturel à la sociologie*, Paris, Spes, 1960 ; C. Perelman, *Droit, morale et philosophie*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1976. Voir également *infra*, notes 10, 31 et 32.

<sup>2</sup>Dans le même esprit et répudiant toute complication inutile, Ghestin et Goubeaux définissent excellemment le droit comme « un mode d'organisation de la vie en société » ; voir J. Ghestin et G. Goubeaux, *Introduction générale*, J. Ghestin, éd., *Traité de droit civil*, t. 1, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1983 à la p. 3.

<sup>3</sup>Sur le politique employé au masculin, voir l'ouvrage fondamental de J. Freund, *L'essence du politique*, 2e éd., Paris, Sirey, 1978.

mologie du mot) pour les besoins du raisonnement. Le postulat ou la constatation consiste en ceci que le droit tend à réaliser comme une *synthèse chimique* du politique et de la morale.

Synthèse chimique : nous savons que l'eau se compose d'hydrogène et d'oxygène, mais qu'elle ne les mélange pas à proprement parler. Elle les combine pour former un corps complètement différent, aux propriétés distinctes, et dans lequel aucun des deux composants ne se retrouve en nature. Or, l'éclosion du droit nous fait assister à un mystère du même genre. Le *Code civil*, par exemple, n'est en soi ni un projet politique, ni une méditation morale : il est quelque chose d'autre et qui intègre ces deux éléments quoique sous une autre forme.<sup>4</sup> Mais alors, dira-t-on, combien de molécules ? Quelle proportion d'hydrogène politique et d'oxygène moral ? La science juridique n'a pas et ne peut sans doute pas avoir de réponse, ne serait-ce que parce que la proportion varie suivant les branches du droit. Par exemple, la proportion de morale est sûrement plus forte en matière de droit pénal classique<sup>5</sup> ou de protection des droits de la personne que dans notre système hypothécaire. Et bien entendu il existe des lois *complètement* injustes (encore que le phénomène soit assez rare en démocratie) ;<sup>6</sup> or celles-ci, bien que ne comportant pas la moindre molécule morale, font partie du droit au moins en la forme. Cela dit, le pouvoir juridique invoque toujours la justice (même sans l'appliquer) et comme cette invocation ne tombe pas dans l'oreille d'un sourd, il reste vrai que, *dans son principe*, le droit a vocation à ne pas rester un simple mode d'exercice du politique et à se voir moraliser au nom de la justice par une transmutation de ces deux éléments.<sup>7</sup> C'est en tout cas

---

<sup>4</sup>André-Jean Arnaud a montré, dans une perspective marxiste, comment le *Code civil* exprime un projet politique — la « règle du jeu d'une société bourgeoise » — ainsi que la morale de cette même bourgeoisie ; voir A.-J. Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil*, Paris, L.G.D.J., 1973. Cette étude, même si l'on n'en approuve pas nécessairement les conclusions quant au fond, fait en tout cas apparaître le *Code* comme une *transposition*, voire comme une occultation technique de ces deux composantes.

<sup>5</sup>Le droit pénal *classique* est celui qui réprime, en tous temps et en tous lieux ou presque, les infractions les plus communément réprouvées par la morale, telles que l'escroquerie, le meurtre ou le viol. On a récemment adopté cette habitude de langage pour désigner un droit pénal en quelque sorte *naturel* par opposition au droit pénal dit « artificiel » qui, par exemple pour venir au secours du contractant le plus faible, assortit de sanction correctionnelle l'inobservation de telle ou telle prescription légale ou contractuelle ; la sanction repose ici sur un souci d'efficacité, non sur une réprobation morale.

<sup>6</sup>Toujours citée comme injuste, la prescription ne l'est que très partiellement puisqu'elle couvre une injustice dans un cas sur cent ou peut-être sur mille. . . Si l'on veut raisonner sur une loi vraiment injuste, mieux vaudrait se référer au statut discriminatoire des juifs sous l'occupation hitlérienne ; mais la France de l'époque n'était plus une démocratie !

<sup>7</sup>Dans un sens voisin, voir J. Freund, « Droit et politique : Essai de définition du droit » (1971) 16 Arch. phil. dr. 15 à la p. 17 : « [L]e droit est la dialectique entre le politique et l'éthique. » L'auteur emploie toutefois le mot « dialectique » au sens d'Aristote (voir à la p. 21), et non au sens de synthèse des contraires.

l'une de ses définitions possibles et elle ne paraît pas scientifiquement inexacte tant qu'on ne prétend pas lui faire dire que par essence le droit dériverait de l'idée du juste. Simplement, il ne faut pas oublier que parmi les forces sociales dont l'action produit le droit, certaines sinon toutes se servent des valeurs morales comme d'un levier, de sorte que le droit en porte ensuite la marque. À mi-chemin de l'idéalisme béat et du scepticisme à bon marché, l'observation prudente semble donc indiquer une certaine intégration, d'ailleurs variable, de la composante morale dans le processus juridique.

L'idée, en tout cas, permet de mieux comprendre ce qu'on appelle communément la *séparation* ou, à l'opposé, la *confusion* entre le droit et la morale. Terminologie elle-même confuse et bien impropre : comment le droit pourrait-il se confondre avec l'une de ses composantes ou, à plus forte raison, se séparer de celle-ci ? Sous le nom de confusion, on désigne en réalité une tendance à régler les questions de droit en pure morale, dans l'oubli de la dimension politique (au sens large du terme, toujours) : ce qui, pour continuer la métaphore, revient à vouloir étancher sa soif avec de l'oxygène. Or, cette confusion n'existe jamais qu'à l'état tendanciel, car une société qui sacrifierait totalement le politique à la morale ne pourrait à l'évidence pas fonctionner.<sup>8</sup> Ainsi, lorsqu'on expose que les sociétés primitives confondent le droit et la morale (de même la religion, l'hygiène, les mœurs, la diététique et quelques autres), on veut dire en réalité qu'elles adoptent un corpus normatif à leurs yeux indifférencié, mais au sein duquel nous pouvons aujourd'hui, dans une large mesure, démêler les genres ; sauf à noter que de surcroît l'idéologie de ces sociétés attribue à la morale et à la religion une position hégémonique.<sup>9</sup>

Par contrecoup, le terme de séparation doit être compris comme indiquant non pas que la loi n'a plus à être juste, mais seulement qu'une idéologie tout à fait différente refuse cette hégémonie morale, refuse de prendre la partie pour le tout et assigne à la morale des limites raisonnables. Ce dernier adjectif n'est pas des plus précis, mais comment l'être quand les avis divergent sur la dose de morale à injecter en général et dans chaque cas particulier ? On entend couramment affirmer que certaines règles de droit seraient d'un moralisme excessif tandis que d'autres pécheraient à l'opposé par une recherche de l'efficacité à tout prix, sans parler du *juridisme* qui consiste à raisonner en pure logique déductive sans plus se soucier de morale, ni même d'efficacité. Mais de tout cela, il manque le critère ! Cette absence, toutefois, n'importe guère dès lors que l'on s'accorde à reconnaître

---

<sup>8</sup>Sauf peut-être une société artificielle : communauté monacale par exemple.

<sup>9</sup>J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Presses universitaires de France, 1978 à la p. 180. De cette confusion, il subsiste au moins une trace écrite dans la Torah, spécialement dans le Lévitique.

que les sociétés européennes actuelles sont, pour l'essentiel, des sociétés *de séparation* entre droit et morale : on tiendra donc pour raisonnable à nos yeux la ligne de démarcation tracée à partir du dix-huitième siècle par la philosophie individualiste,<sup>10</sup> à savoir que la morale a pour domaine de prédilection la direction des consciences individuelles, tandis que le droit et lui seul prétend exercer le pouvoir social organisé. En d'autres termes le pouvoir juridique, bien qu'il ne rompe pas en visière avec la morale, tend à cantonner l'action de celle-ci et, à titre de réciprocité, renonce à s'ériger en pouvoir moral.

Mais dans ces conditions, la question posée — pouvoir juridique et pouvoir moral — revient à savoir s'il existe encore un pouvoir moral dans nos sociétés, on veut dire en tant que force sociale comparable à celle du pouvoir juridique. Pour bien y répondre, il faudrait par comparaison prolonger la recherche vers des sociétés d'un autre type. Faute de temps et peut-être de compétence, je me bornerai à traiter le premier point, en me limitant même au seul pays que je connais bien : en quoi consiste le pouvoir moral en France et en 1987 ?

Mais d'abord une précision s'impose. Si l'on veut bien admettre que le droit tend à réaliser une synthèse du politique et de la morale, il en résulte par définition même que l'exercice du pouvoir juridique a des implications morales (et politiques, cela va également de soi). Le Parlement, par exemple, est un pouvoir politique de par sa composition et par certaines de ses attributions, mais c'est aussi un pouvoir juridique puisqu'il vote la loi : or, en la votant (c'est-à-dire en se comportant comme le creuset où s'opère la synthèse), il se réfère le plus souvent à un modèle moral implicite, lequel devient même explicite dans certains débats (par exemple, sur l'homosexualité ou sur la peine de mort).<sup>11</sup> De même le juge, bien qu'il n'ait pas à administrer de sermons — il manquerait à son devoir de réserve — moralise quelque peu entre les lignes de sa décision. On n'en veut qu'un seul exemple : notre Conseil constitutionnel vient d'annuler, par décision du 23 janvier 1987, une vingtaine d'articles de loi au motif, de pure forme mais important, que le gouvernement les avait introduits au stade extrême de la procédure

---

<sup>10</sup>Voir C. Thomasius, *Fundamenta Juris Naturae et Gentium* [1718], Neudruck, Scientia, 1963, et, bien entendu, Kant, *infra*, note 23.

<sup>11</sup>Voir la *Loi no 81-908 du 9 octobre 1981*, J.O. 10 octobre 1981, 2759, D.1981.Lég.347, supprimant la peine de mort, et la *Loi no 82-683 du 4 août 1982*, J.O. 5 août 1982, 2502, D.1982.Lég.381, dépénalisant les actes homosexuels accomplis sur la personne d'un mineur ; sur cette dernière législation, voir aussi P. Jestaz, *Chronique de législation* (1982) 80 R.T.D. civ. 795. Significatifs ont été les débats parlementaires qui ont préparé le vote de ces deux textes.

législative par la voie apparemment anodine d'un simple amendement.<sup>12</sup> Or, ces articles bouleversaient plusieurs pans de notre *Code du travail*. En disant le droit sur ce point, donc en décidant qu'il s'agissait d'un faux amendement, le juge constitutionnel a implicitement émis une condamnation morale à l'égard de ce procédé qui consiste, *grosso modo*, à faire passer en « questions diverses » la question cruciale. Et la preuve qu'il touchait un point sensible réside dans l'attitude de tous ceux qui, au gouvernement ou parmi les soutiens de celui-ci, eurent l'intelligence de se taire.

Ainsi tout pouvoir juridique paraît bien exercer, même à son insu et par la force des choses, un certain magistère moral. Mais là encore il serait vain de vouloir quantifier ces deux éléments. La vraie question, ou du moins la seule qui ouvre quelques horizons, consiste plutôt à se demander s'il existe un pouvoir moral autre que celui contenu dans le pouvoir juridique et d'une intensité comparable sinon égale : existe-t-il, à côté du pouvoir juridique, un pouvoir moral extra-juridique ? Or, le pouvoir moral évoque ces corps célestes que le télescope ne parvient pas à détecter et dont l'existence se révèle par la déformation qu'ils infligent à la trajectoire des autres objets : une réalité donc, mais difficile à observer directement, plus difficile encore à mesurer. C'est du moins en partant du pouvoir juridique qu'on a quelque chance de trouver le pouvoir moral. La méthode la plus simple étant souvent la meilleure, il conviendra de passer en revue les attributs du pouvoir juridique et de chercher si leur équivalent ou leur substitut se retrouve dans l'ordre moral.

À cet effet, nous tâcherons de comparer les organes (I), les objectifs (II) et les manifestations (III) de l'un et l'autre pouvoirs.

## I. Les organes

Ceux du pouvoir juridique sont bien connus : Montesquieu a fait le tour provisoire de la question en distinguant le législatif, l'exécutif et le judiciaire ; aujourd'hui, l'école sociologique met l'accent sur l'existence d'un pouvoir juridique diffus (la coutume, les « usages » ou la pratique) détenu par des organes variés tels qu'organisations professionnelles, syndicats ou grandes entreprises.<sup>13</sup> On ne s'attardera pas sur ces considérations devenues courantes car mieux vaut partir de la recherche des organes extra-juridiques qui, en France toujours, détiendraient un pouvoir moral. À défaut d'un

<sup>12</sup>Cons. Const., *Décision no 86-225 DC du 23 janvier 1987*, J.O. 25 janvier 1987, 925. Vigoureuusement critiquée par les présidents des deux assemblées (Assemblée Nationale et Sénat) ainsi que par quelques hérauts de la majorité, cette décision fut en revanche acceptée avec assez de fair-play par les membres du gouvernement.

<sup>13</sup>Voir notamment S. Romano, *L'ordre juridique*, 2e éd., trad. par L. François et P. Gothot, Paris, Dalloz, 1975 aux pp. 52 et s. ; Carbonnier, *supra*, note 9 aux pp. 210 et s.

pouvoir moral officiel (du type « religion d'État »), on trouve une poussière d'institutions variées dont l'inventaire forcément sommaire (A) ne facilite pas la présentation synthétique (B).

#### A. *Inventaire des organes du pouvoir moral*

L'investigation révèle l'existence d'entités organisées, d'entités vagues et même de simples personnes physiques.

1.— *Des entités organisées.* Par ce terme, nous voulons désigner soit des personnes morales, soit des constellations de personnes morales, soit même des groupements non personnalisés, mais dotés d'une structure ou du moins d'un noyau stable, voire de certains moyens. Cette catégorie hétéroclite comprend d'abord des organisations à vocation internationale, qu'il s'agisse de sociétés sportives (Comité olympique), humanitaires (Croix-rouge, Amnistie internationale), culturelles (UNESCO), philosophiques (Franc-maçonnerie) ou religieuses (les Églises d'obédience chrétienne, le Consistoire juif), toutes organisations dont il suffit de mentionner ici les implantations françaises. Se limitent en revanche au cadre français une pléthore d'associations à but désintéressé dont beaucoup jouent un rôle moral non négligeable. Certains groupements, qui souvent ne sont même pas des associations, ont un objectif plus limité et éphémère : comité de soutien aux grévistes d'une entreprise, ou à une personne qu'on estime injustement condamnée ou détenue. À ces différentes entités, d'aucuns voudraient ajouter les familles, mais celles-ci ne paraissent plus guère exercer de pouvoir moral en dehors de la sphère propre à chacune d'entre elles : à preuve, on ne les hait plus !<sup>14</sup>

2.— *Des entités vagues.* La presse, écrite ou parlée, est la plus souvent citée : d'ailleurs elle se cite elle-même. Mais qu'est-ce que « la presse » ? Chaque groupe de presse a bien entendu son organisation propre, mais la question se pose si la presse en général exerce un pouvoir moral, ce qui implique d'abord qu'elle existe en tant qu'entité. Or, il y a des raisons d'en douter. La presse d'opposition n'invoque pas les mêmes valeurs que les journaux gouvernementaux (pour s'en tenir à ce seul clivage) : d'ailleurs c'est surtout la presse d'opposition, qu'elle soit de droite ou de gauche selon l'alternance, qui donne très ostensiblement des leçons... Reste qu'au-delà de ces querelles, des convergences plus profondes reflètent sans doute une idéologie dominante. En ce sens, on trouvera légitime de personnaliser la presse comme

---

<sup>14</sup>Allusion à la célèbre apostrophe d'André Gide dans *Les nourritures terrestres* : « Familles, je vous hais ! » Pour une analyse en termes de sociologie juridique, voir l'étude consacrée aux familles d'André Gide dans J. Carbonnier, *Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, 3e éd., Paris, L.G.D.J., 1976 aux pp. 156-58. Mais aujourd'hui nul ne paraît plus éprouver le besoin d'attaquer les familles, ni par voie de conséquence de les défendre . . .

on dirait du Barreau (sans préciser lequel) ou de l'Université (en y englobant tout ce qui donne ou reçoit des cours, même ailleurs qu'à l'Université *stricto sensu*).<sup>15</sup> D'ailleurs il ne fait guère de doute que l'Université ou le Barreau, entre autres, exercent un pouvoir moral. À la limite, toute catégorie sociale est une entité qui, à sa façon et à l'occasion, ne néglige pas de moraliser. En pratique elle le fait, hors de toute structure, par l'organe (au sens vocal du terme) d'une simple personne physique qui parfois n'en a même pas reçu la mission.

3.— *Des personnalités.* Certains intellectuels, savants ou artistes, voire certaines personnalités diverses (syndicalistes, ecclésiastiques ou hommes politiques pris individuellement) ont su conquérir une audience : à tort ou à raison, par le mérite ou par l'intrigue — mais là n'est pas la question — ils ont été érigés ou se sont eux-mêmes érigés en autorités morales. Par des prises de position courageuses (ou jugées telles), par une activité inlassable ou une adroite publicité, par une distinction reçue (prix Nobel), par une vie exemplaire ou à la force d'un poignet toujours prêt à signer des pétitions,<sup>16</sup> ils arrivent à détenir un pouvoir moral, encore que ce pouvoir dépende un peu de celui de la presse puisqu'il ne s'exerce, le plus souvent, que si celle-ci veut bien ouvrir ses colonnes. Comme on le voit, une osmose se produit entre les personnalités et les entités, vagues ou organisées : ce qui oblige maintenant à tenter une synthèse de la question.

### B. *Essai de synthèse*

Les organes d'un éventuel pouvoir moral se signalent à la fois par leur diversité et — corrélativement — par leur inégale spécialisation dans ce type d'action : la plupart d'entre eux n'exercent une activité morale qu'à titre accessoire ou occasionnel. Certains détiennent d'ailleurs une parcelle de pouvoir juridique, raison pour laquelle il faudrait peut-être les traiter comme des *ordres juridiques* (c'est la position de Santi Romano en ce qui concerne l'Église catholique)<sup>17</sup> et qui conduirait alors à les rayer de notre inventaire consacré aux pouvoirs moraux extra-juridiques.

---

<sup>15</sup>Au sens étroit, le terme « université » employé au singulier et avec l'article défini désigne en France l'ensemble des établissements d'enseignement *supérieur*, ceux qui par conséquent forment les *étudiants* (par opposition aux élèves des lycées et collèges). Dans un sens plus large, le mot désigne aussi le service public de l'enseignement dans sa globalité.

<sup>16</sup>C'est une habitude bien française que de lancer des pétitions à toute occasion, par voie de presse et en indiquant le nom des personnalités qui figurent parmi les premiers signataires ou organisateurs. Les méchantes langues prétendent que ces signatures servent surtout à faire connaître leurs auteurs. Et de plus méchantes encore insinuent que ces auteurs ou certains d'entre eux ne sont connus que par cette seule partie de leur oeuvre. Mais il ne faut pas toujours croire les mauvaises langues, surtout en France.

<sup>17</sup>*Supra*, note 13 aux pp. 33, 84 et s., 143 et 156.

Mais surtout aucun de ces organes ou entités n'est mandaté par la société globale. D'ailleurs comment faire ? Cinquante-cinq millions de personnes<sup>18</sup> ne peuvent matériellement s'exprimer que par le truchement de leurs élus (et on retombe alors dans le pouvoir juridique) ou à la rigueur par un folklore anonyme, celui des moeurs. On reviendra sur la question des moeurs, mais à s'en tenir pour l'instant aux entités qui viennent d'être répertoriées, on notera qu'elles ne coïncident jamais avec l'entité nationale puisqu'elles ont un cadre soit plus vaste, soit plus restreint. Certaines sont à la fois plus larges (de par leur vocation internationale) et plus étroites (tous les Français n'y adhèrent pas). Bref, à *chacun son audience* car nul ne fait l'unanimité, ni ne se réclame d'une majorité institutionnelle, c'est-à-dire d'une majorité devant qui la minorité ait l'obligation de s'incliner.

Et l'exception confirme la règle ! Nous avons certes un comité d'éthique pour les problèmes de procréation artificielle,<sup>19</sup> lequel parle au nom (implicite) de la France tout entière. Mais on observe que ce comité (et quelques autres du même genre) doit son existence à un acte créateur du pouvoir juridique ; et surtout que sa réflexion morale tend à frayer les voies d'une éventuelle intervention législative. Voilà donc un organe nommé dans les formes juridiques et dont les attributions au fond ont déjà un caractère pré-juridique ! De la même façon l'Académie française, pouvoir moral à certains égards, est née d'une décision de Richelieu et se donne pour objet de codifier notre langue, sinon notre droit. Quant aux associations morales, elles ne sont pas les dernières à proposer des retouches législatives. Décidément, le pouvoir moral s'enfuit quand on l'appelle. Et si le Général de Gaulle est entré dans l'histoire par un formidable sursaut moral (et politique), si en d'autres termes il a d'abord exercé le pouvoir moral avant d'avoir le pouvoir tout court, on ne doit tout de même pas oublier qu'il faisait partie du dernier gouvernement légitime de la Troisième République, et qu'il n'eut de cesse qu'il eût assis sur des bases juridiques son Gouvernement provisoire de la France libre !<sup>20</sup>

En somme le pouvoir juridique tend à infiltrer le pouvoir moral à moins que le pouvoir moral ne tende à s'institutionnaliser : il y aurait là, peut-être, une sorte de loi sociologique. Par voie de conséquence, le pouvoir moral pur (c'est-à-dire pur de tout mélange avec le droit) s'exprimerait plutôt

---

<sup>18</sup>C'est à peu près le chiffre officiel de la population française. Mais le raisonnement vaudrait déjà pour 55 000 citoyens dans une cité de type grec, pour peu que tous veuillent réellement participer.

<sup>19</sup>Le *Décret no 83-132 du 23 février 1983*, J.O. 25 février 1983, 630 a créé un « Comité consultatif national pour les sciences de la vie et de la santé » compétent pour donner des avis sur les « problèmes moraux [...] soulevés par la recherche dans les domaines de la biologie, de la médecine et de la santé » ; voir P. Godé, *Chronique de législation* (1983) 81 R.T.D. civ. 400.

<sup>20</sup>J. Lacouture, *De Gaulle*, t. 1 2e éd., Paris, Seuil, 1984 aux pp. 391, 394, 419-21 et 498.

dans un anonymat global, sous la forme d'une idéologie inconsciente qui, mis à part quelques extrémistes, réconcilierait la quasi-totalité des Français : ainsi s'expliquerait la paradoxale coexistence d'une guerre civile verbale et d'une paix sociale profonde.<sup>21</sup> La société globale fabriquerait des modèles moraux implicites. En effet, si parmi les règles ou standards de mœurs qu'elle produit, un grand nombre n'a rien à voir avec la morale (usages vestimentaires, alimentaires ou autres), d'autres se teintent de morale et le juge en particulier s'en inspire volontiers — par exemple dans sa quête incessante du *bonus paterfamilias*.<sup>22</sup> Il y a donc là comme une sorte de morale sociale, à diffusion lente et sporadique.

Alors qu'il existe, sans discussion possible, un ordre juridique français, nul ne peut affirmer l'existence d'un ordre moral en France et en ce moment même. Ou peut-être en existe-t-il plusieurs, ainsi que le laisse supposer le bric-à-brac des entités morales à rayon limité. En revanche, nul ne met en doute que l'Angleterre du dix-neuvième siècle a connu un ordre moral victorien, mais il est vrai que c'était l'Angleterre et à une autre époque ! Les sujets de Victoria, quant à eux, n'en avaient pas forcément conscience. De même un Français de 1987 risque de ne pas percevoir chez lui l'ordre moral de son temps, tel que le distillerait un pouvoir singulièrement diffus...

## II. Les objectifs

Un souci de clarté conduit ici à étudier successivement, selon une démarche très scolaire, les objectifs du pouvoir moral (A) et juridique (B).

### A. *Les objectifs du pouvoir moral*

Dans son acception la plus vaste, la morale vise à l'épanouissement spirituel de la personne. Sous cet angle, aucune comparaison n'est évidemment possible avec le droit qui, quant à lui, se désintéresse de cet objectif. Et réflexion faite, mieux vaut qu'il ne s'en occupe pas, compte tenu des

---

<sup>21</sup>Particulièrement outrancière en France, la guerre verbale sévit dans les assemblées législatives ainsi qu'en témoigne le *Journal officiel des Débats parlementaires*. Elle a dépassé la cote d'alerte après l'accession au pouvoir des socialistes en 1981, sans que le retour de la droite en 1986 y change malheureusement grand chose. Les responsabilités paraissent assez partagées entre les deux camps. Dans le même temps, et ce point fascine tous les analystes, le pays garde son calme et la discussion politique, que ce soit au café ou dans les familles, n'augmente pas sensiblement le seuil des nuisances sonores !

<sup>22</sup>La faute se définit en droit français de la responsabilité comme l'acte que ne commet pas le bon père de famille. Ce personnage mythique est issu du *paterfamilias* latin, mot qui désignait, dans une société gentilice, le chef de clan, autrement dit l'homme ayant par excellence la conscience de ses responsabilités. Il indique aujourd'hui un type abstrait d'individu très diligent. Sur la faute en droit français, voir par exemple G. Viney, *La responsabilité : Conditions*, J. Ghestin, éd., Traité de droit civil, t. 4, Paris, L.G.D.J., 1982, nos 439 et s.

autorités de contrainte qui lui prêtent la main ! Quoi qu'il en soit, la comparaison ne se conçoit qu'à propos de cette partie de la morale qui touche aux relations sociales, la seule qui soit susceptible d'interaction avec le droit. Laissons donc de côté la morale pure et véritablement autonome au sens de Kant,<sup>23</sup> celle qu'un Robinson Crusoé, qui du fait de son isolement vit sans droit, peut encore se dicter à lui-même : éliminons-la en dépit de la séduction que comporte une aventure intellectuelle à haut risque. Cette précision fournie, la morale au sens où nous l'entendrons désormais se propose : de diriger les comportements, en agissant sur les consciences, et cela sans souci d'organisation concrète (ni surtout globale). Développons quelque peu ce dernier point, moins évident que les deux premiers, et sur lequel il semble que les juristes n'aient pas assez médité.

Il y a quelques années (en 1982 sauf erreur), l'Épiscopat français publiait un document sur les devoirs du chrétien face à la crise économique, en particulier face au chômage.<sup>24</sup> Pour combattre ce fléau, les auteurs préconisaient de multiplier les emplois à mi-temps de façon qu'à l'exemple de Saint Martin coupant son manteau, le titulaire d'un emploi à plein temps puisse partager celui-ci avec un chômeur : proposition généreuse et qui, par delà les convictions de chacun, ne pouvait laisser personne indifférent. Mais les économistes eurent tôt fait de montrer qu'elle n'était pas viable en raison des goulots d'étranglement, de la difficile adaptation de l'emploi aux capacités de production et de rigidités diverses. De leur démonstration, dont on n'a pas contesté le sérieux, il résultait que le développement des emplois à mi-temps provoquerait des distorsions et, pour finir, un ralentissement générateur de nouvelles suppressions d'emplois ! Moyennant quoi les suggestions de l'Épiscopat ne pouvaient en l'état avoir aucune suite politique directe et demeurèrent une simple prise de position morale.

Cette anecdote paraît assez symptomatique. Elle montre bien que la réflexion morale se meut par définition dans l'idéal et loin du concret. Par définition car la morale appliquée, c'est déjà presque du droit ou à tout le moins des moeurs ; et comme on l'a dit, la morale y perd sa nature première. Or, la morale proprement dite est une pure recherche, une recherche fondamentale comme disent les scientifiques, et probablement inapplicable

---

<sup>23</sup>E. Kant, *Critique de la raison pratique* [1788], 6e éd., trad. par F.J. Picavet, Paris, Presses universitaires de France, 1971. Pour un résumé de la pensée kantienne sur ce point précis, voir G. Del Vecchio, *Philosophie du droit*, trad. par J.A. D'Aynac, Paris, Dalloz, 1953 aux pp. 117 et s. ; voir aussi P. Roubier, *Théorie générale du droit*, 2e éd., Paris, Sirey, 1951 à la p. 42.

<sup>24</sup>La référence exacte de ce document (dont nous n'avons eu connaissance que par la grande presse) nous manque, mais peu importe puisqu'il n'est évoqué ici que pour sa valeur d'*anecdote*. Notre objectif en effet ne consiste nullement à porter une appréciation circonstanciée sur la doctrine sociale de l'Église catholique, ce qui serait une tout autre et fort vaste question, mais à fournir un simple exemple (parmi tant d'autres) de possible divergence entre les exigences de la morale et celles de l'économie politique.

dans une large mesure. D'où il suit que le moraliste est par essence un fondamentaliste ou, si l'on veut, un faiseur d'utopie. Et même si, proposant une réforme législative, il tâche à mesurer l'incidence pratique de celle-ci, la rigueur de son point de vue le détourne d'évaluer l'ensemble des répercussions possible à tous les endroits de l'univers juridique. Au fond, la planète morale est une autre planète qui a sa forme propre et tout à fait particulière de cohérence. Ainsi le moraliste, même soucieux d'action concrète, n'a pas et ne peut avoir de vision globale de la société *car tel n'est pas son objectif* ! Sa démarche l'incite plutôt à proposer une succession discontinuée d'actions ponctuelles.

### B. *Les objectifs du pouvoir juridique*

Ces objectifs se distinguent presque trait pour trait de ceux de la morale. Tout d'abord le pouvoir juridique vise à l'efficacité globale, et de là vient son imperfection éthique : là où le moraliste recherche une justice absolue, idéale et de tous les instants (par conséquent impossible à réaliser), le juriste se contente de solutions globalement justes. Que si la loi donne des résultats justes dans seulement 70 % des cas, le voilà qui pavoise déjà ! Et à 95 %, c'est presque du délire : quant aux cinq cas qui restent et qui font le désespoir du moraliste, le juriste les confie insoucieusement à l'équité de nos magistrats...<sup>25</sup>

En outre, si le pouvoir moral tend à régler les comportements, le pouvoir juridique a plutôt pour objet de trancher les conflits d'intérêts. Michel Villey a développé cette idée dans nombre de ses écrits, avec une science et un talent qui dispensent d'y insister davantage. *Suum cuique tribuere* :<sup>26</sup> le droit sépare le tien du mien sans avoir la prétention de diriger les conduites. Pour l'essentiel, un code civil attribue et répartit les droits de chacun ; aussi serait-ce une erreur que d'y voir un code de déontologie. Une erreur ou à tout le moins une déformation car en vérité M. Villey exagère la thèse. Il veut oublier que le partage des droits influe sur les comportements et que l'auteur de la loi cherche précisément à produire cet effet dans bon nombre de cas. Autrement dit, le droit aboutit à modeler indirectement les conduites<sup>27</sup> et parfois même les modèle directement — en particulier dans les secteurs de fort interventionnisme (code de la route ou obligations militaires) ainsi que dans ceux où les molécules morales sont en plus grand nombre : entre punir de prison une certaine action humaine et l'interdire

<sup>25</sup>Sur l'équité, voir *Encyclopédie juridique Dalloz : Répertoire de droit civil*, 2e éd., « Équité », par P. Jestaz.

<sup>26</sup>Voir par exemple M. Villey, *Philosophie du droit*, t. 1, 3e éd., Paris, Dalloz, 1982, no 35.

<sup>27</sup>En ce sens, A. Jeammaud, *Des oppositions de normes en droit privé interne*, thèse de doctorat en droit, Lyon, 1975 [non publiée], nos 62-69. Voir aussi P. Amselek, « La phénoménologie et le droit » (1972) 17 Arch. phil. dr. 185 aux pp. 251-56.

ou prescrire l'attitude inverse, il n'y a que l'épaisseur d'un cheveu ! Admettons donc qu'en un sens le pouvoir juridique dirige les comportements, mais donnons acte à M. Villey d'un point fondamental, à savoir qu'il les dirige par l'intermédiaire des intérêts au lieu d'agir directement sur les consciences. En termes familiers, le droit vise plus bas, généralement à hauteur du porte-monnaie, non par la bassesse de quiconque, mais simplement parce qu'il n'est pas conçu pour frapper une autre cible.

C'est probablement Jean Piaget qui a vu le plus juste.<sup>28</sup> La morale, observe cet auteur, règle des rapports entre individus, entre des personnes vues sous l'angle le plus général de leur appartenance à l'espèce humaine. Tandis que le droit règle les rapports entre fonctions socio-économiques (entre débiteur et créancier, propriétaire et usufruitier, société et associé). Le droit ne se soucie pas de la personne sauf, là encore, dans les secteurs juridiques à forte teneur morale (droit pénal, droit extra-patrimonial de la famille, droits *de l'homme*). En prolongeant cette idée, aussi lumineuse que la bougie de Diogène, on aboutit à ceci que pouvoir moral et pouvoir juridique sont tous deux normatifs, mais que le second est beaucoup plus structurant que le premier : en quoi il mérite davantage le nom de pouvoir. Le pouvoir moral en effet donne l'impression de susciter une poussière d'actions ponctuelles et de règles éparses. Même s'il n'y a là qu'une apparence et si les interventions du pouvoir moral se rattachent en arrière-plan à des modèles cohérents de conduite, il ne semble pas qu'on y rencontre le même degré de structuration qu'en matière juridique ; ou du moins la société française actuelle ne porte pas la trace d'un modèle moral global et unique, mais plutôt de plusieurs modèles d'origines diverses et dont la diversité refléterait la diversité des autorités morales comme celle des idéologies accumulées au cours des siècles. À quoi d'aucuns objecteraient, non sans raison, que le droit n'a pas non plus un degré de cohérence absolue, que par exemple il admet des *autonomies* (du droit pénal, du droit fiscal),<sup>29</sup> voire des sous-ordres juridiques quelque peu contradictoires entre eux. Malgré tout, notre droit nous apparaît comme un corps plus serré que ne l'est notre morale (ou que ne le sont nos morales), de sorte que les Français d'aujourd'hui auraient — mais c'est une hypothèse à vérifier — plus de difficulté à se libérer du pouvoir juridique que du pouvoir moral. Ce dernier est sans doute plus critique que structurant, donc plus centrifuge que centripète : car

<sup>28</sup>J. Piaget, *Le structuralisme*, 4e éd., Paris, P.U.F., 1968, cité par A. Brimo, « Structuralisme et rationalisation du droit » (1978) 23 Arch. phil. dr. 189 à la p. 200.

<sup>29</sup>On parle en ce sens d'autonomie lorsque, dans une branche particulière du droit, le législateur ou le juge méconnaissent délibérément les principes juridiques de base (civilistes notamment) en raison de la spécificité de la matière. Sur l'autonomie du droit fiscal et dans une perspective d'ailleurs critique, voir M. Cozian, *Les grands principes de la fiscalité des entreprises*, 2e éd., Paris, Librairies techniques, 1986 aux pp. 3 et s. Voir également G. Stefani, éd., *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Paris, Dalloz, 1956.

la critique s'exerce par définition dans tous les sens, sous les angles les plus divers et parfois contradictoires entre eux — au lieu que le pouvoir juridique part au moins officiellement d'un centre.

### III. Les manifestations

Le pouvoir juridique se manifeste par l'emploi d'instruments privilégiés, au premier rang desquels le jugement et la règle. Cette dernière seule offre une ressemblance au moins apparente avec la morale. Car pour le reste il y a dissemblance : au jugement (pris dans son sens procédural), le pouvoir moral préfère les procédés éducatifs qu'ignore à peu près le droit. On verra donc cette ressemblance apparente (A) et cette dissemblance réelle (B).

#### A. Une ressemblance apparente

Cette ressemblance fait partie des idées reçues. Pendant de longues années, les juristes ont enseigné comme un dogme l'identité absolue du droit et de la règle (si possible légale). Ce qui est faux bien entendu : le droit, comme le souligne le doyen Carbonnier, est plus vaste que la loi et même que la règle en général (y compris la règle coutumière et jurisprudentielle).<sup>30</sup> Puis voyant la morale à l'image du droit, les mêmes juristes admettaient implicitement — mais sans y avoir vraiment réfléchi — que la morale réside tout entière dans la *règle* morale : ce qui est, comme on le verra, beaucoup plus faux encore. Sur cette lancée, les auteurs français de la première moitié du siècle s'employèrent inconsciemment à gommer les différences de structure — pourtant nettes — entre les deux types de règles, à telle enseigne qu'en toute candeur ils ne voyaient plus que les ressemblances, au passage sollicitées par eux. À partir de là, droit et morale ne leur paraissaient diverger que sur les modalités, mais non dans leur nature profonde. Le droit, préférât-on le plus sérieusement du monde, c'est la morale en action :<sup>31</sup> aphorisme qui masquait et le rôle moteur du politique et la mutation radicale que subit la morale à son contact. De là l'impuissance à distinguer le pouvoir juridique et le pouvoir moral autrement que par leur rayon d'action ; de là l'inénarrable théorie dite des cercles concentriques et des cercles sécants par quoi nos prédécesseurs voulaient régler en géométrie plane les rapports entre

<sup>30</sup>Carbonnier, *supra*, note 9 à la p. 159.

<sup>31</sup>Voir notamment L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, Paris, Dalloz, 1927, no 254, et, bien entendu, G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4e éd., Paris, L.G.D.J., 1949, *passim*.

deux ordres qui, d'évidence, ne développent pas leurs effets sur le même plan.<sup>32</sup>

Pareille vision s'expliquait par l'idée, à l'époque indéracinable, que le droit s'incarne tout entier dans la loi de l'État. Orphelins d'une philosophie propre à limiter le droit positif par un idéal de justice, les juristes se consolaient ou évacuaient le problème en posant que le droit n'avait pas besoin de ce garde-fou, étant lui-même issu, forgé et dérivé de morale — ou peu s'en fallait. Mais outre que ce peu devient un gouffre dans certains systèmes juridiques, cette thèse naïvement idéaliste présentait encore l'inconvénient de déformer la notion de morale dans un sens réductionniste. Car la morale — la vraie — est une somme de connaissance et de réflexion infiniment plus vaste que la minuscule règle morale. Au fond, la règle morale est à la morale ce que les adages du droit sont à la science juridique, c'est-à-dire un savoir condensé sous forme de guide pratique ! Si comparaison il y a, c'est donc entre « à l'impossible nul n'est tenu » et *contra non valentem agere* qu'il faudrait l'ébaucher.<sup>33</sup> Néanmoins, puisqu'on veut toujours comparer règles morales et articles de loi, sacrifions encore une fois à ce rite, ne serait-ce que pour bien marquer l'irréductible différence des deux termes.

Première différence : la règle de droit, on le sait depuis les travaux de Motulsky,<sup>34</sup> comporte un présupposé (par exemple une faute dommageable) et l'imputation d'une conséquence (dans l'exemple, l'obligation de réparer). De cet ensemble, chacun tirera, pour sa gouverne propre, une prescription de comportement (ne pas nuire à autrui) dont on peut dire alors qu'elle figure implicitement dans la règle en tant que *ratio legis*. La règle morale en revanche ne comporte qu'une prescription de conduite, qui de ce fait est toujours explicite, et elle n'indique aucune conséquence, sauf implicitement la désapprobation (interne ou externe) qui accompagnerait la violation. Cette uniformité contraste avec l'extrême diversité des sanctions juridiques puisqu'à chaque droit accordé par une règle donnée correspond une action spécifique (par exemple en nullité, revendication, résolution, réparation,

---

<sup>32</sup>En substance les *anciens* enseignaient que droit et morale sont comme deux cercles concentriques (donc de même nature, mais la morale ayant un domaine plus large) tandis que les *modernes* ou prétendus tels préféreraient symboliser les deux ordres par des cercles sécants (figurant un secteur commun, mais aussi des secteurs propres). Pour une critique de cette imagerie pédagogique, voir P. Jestaz, « Les frontières du droit et de la morale » (1983) 8 R.R.J. 334 aux pp. 338-43.

<sup>33</sup>Sur la règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* (qui suspend le jeu de la prescription en cas de force majeure), voir H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, 2e éd., Lyon, Hermès, 1986, no 45 ; sur les adages en général, voir la préface aux pp. 6 et s.

<sup>34</sup>H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Paris, Sirey, 1948 à la p. 18. Voir aussi P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit privé*, Paris, Dalloz, 1973, nos 60-62 et 64.

partage d'une masse ou dissolution d'un lien).<sup>35</sup> Les sanctions juridiques s'intègrent ainsi au tissu des relations sociales, chacune à sa place précise, tandis que la sanction morale ne varie que dans son intensité : encore cette dernière sanction n'a-t-elle aucun rapport avec la gravité de la faute commise, mais seulement avec le psychisme du contrevenant, qui selon les cas songe au suicide ou hausse les épaules. À moins que la sanction ne se traduise par des actes sociaux précis tels que l'exclusion, mais alors on quitte le domaine de la morale pure pour entrer dans celui des mœurs.

Deuxième différence, liée à la première : la règle de droit revêt un aspect fortement technique ; on peut même voir dans le droit une forme de technologie bien qu'il ne soit pas, il s'en faut de beaucoup, uniquement cela. Grâce à un arsenal conceptuel des plus raffinés, le pouvoir juridique étend ses ramifications aux types les plus variés de relations sociales. On ne saurait en dire autant de la règle morale, évidemment plus générale, et pour qui les complexités de la vie économique sont une donnée de base, mais non une matière à organiser. Ainsi la prospective morale n'a pas besoin d'instruments particuliers car elle est de tous les temps et ne se rattache guère, sauf pour détecter les vices à la mode, à l'état de la société ambiante.<sup>36</sup>

Troisième différence, qui découle des deux autres : alors que toute règle de droit s'intègre par définition à un *corpus* et pour cette raison tend à devenir écrite, il n'en va pas de même pour les règles morales, qui tout au plus procèdent d'une conception générale de la personne, voire de plusieurs conceptions coexistantes. Aussi demeurent-elles largement informulées parce que rien ne les destine ni à être glosées les unes par rapport aux autres, ni à se voir méticuleusement appliquer par un juge de la Cité. Là où le droit se veut (non sans excès) un univers parfaitement logique, la morale se présente plutôt comme un ensemble certes pas incohérent mais beaucoup plus distendu, disons comme une sensibilité mêlée d'idéologie.

En somme, le droit se distingue de la morale par son tranchant, lequel lui vient de ce qu'il appelle des *solutions* très précises : cela se confirme quand on abandonne la fausse ressemblance de la règle pour aborder la différence essentielle qui sépare les deux pouvoirs.

### **B. Une dissemblance réelle**

Il faut le dire et le répéter : le jugement n'a pas son équivalent en morale, pas plus que l'éducation n'a son équivalent en droit.

1.— *Le jugement n'a pas son équivalent en morale.* Figure juridique type et d'ailleurs symbole du droit, le jugement n'a pas fini de nous fasciner.

<sup>35</sup>Voir P. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit » D, 1986.Chron. 197 à la p. 201.

<sup>36</sup>Leclercq, *supra*, note 1 aux pp. 33 et s.

Figure ternaire, il permet de départager deux adversaires grâce à l'intervention d'un tiers impartial et désintéressé (selon l'expression d'Alexandre Kojève),<sup>37</sup> le tout en suivant des formes solennelles. De là son extraordinaire pouvoir symbolique à quoi s'ajoute son efficacité pratique, due à l'appui des organes publics de contrainte.

Que le pouvoir moral se soit laissé confisquer un pareil instrument tient probablement à la nature des choses. En tout cas, le fait est là. En morale, on parle aussi de jugement, mais dans un tout autre sens qui va du plus petit (le banal jugement de valeur) jusqu'au gigantesque et apocalyptique jugement dernier. De surcroît, la figure morale du jugement peut se réduire à deux personnes (au lieu de trois), voire à une seule : à cet élargissement, la notion ne gagne qu'une apparence de prestige. Plus probablement elle se dilue et la preuve en est que pour donner plus de force à leur verdict les instances morales imitent parfois l'instance juridique, par exemple en constituant un jury d'honneur. Mais ce n'est là qu'un pastiche peut-être nostalgique qui, même réussi, n'aura jamais la vertu cathartique du modèle car il y manque la permanence de l'institution et l'aptitude à parler au nom de la société globale (« du peuple français » selon la formule officielle dont se revêtent nos décisions de justice : mais le sens était bien le même lorsqu'on rendait la justice au nom du roi). En vérité le pouvoir moral a de meilleurs moyens d'action, en tout cas plus adaptés à ses objectifs.

2.— *L'éducation n'a pas son équivalent en droit.* L'éducation constitue l'arme essentielle du pouvoir moral. Ou plutôt la seule, si l'on veut bien tenir pour négligeable une prétendue règle morale dont personne et pour cause n'a jamais vu les recueils. Nous avons noté que la morale ne se soucie pas d'efficacité globale ; mais elle se soucie en revanche d'efficacité particulière quand il s'agit de faire triompher telle ou telle valeur. À cet égard, l'éducation est irremplaçable car à quoi sert de condamner une personne en justice (celle qui s'est fait prendre !) si elle-même et toutes les autres, plus adroites qu'elle, ne se rallient pas dans leur for intérieur aux valeurs qui fondent la règle juridique au nom de laquelle le juge condamne ? *Quid leges sine moribus* ? La tâche du pouvoir moral, c'est de pénétrer les mœurs pour que les lois s'appliquent d'elles-mêmes. S'agissant par exemple de pourchasser les injures racistes, le pouvoir juridique ne peut pas ne pas les réprimer (s'il est un pouvoir juste), mais sans illusion sur le succès de sa démarche car l'idéal serait que par une éducation appropriée ces propos ne puissent plus

---

<sup>37</sup>Voir A. Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit : Exposé provisoire*, Paris, Gallimard, 1981, aux pp. 69 et s.

venir à la bouche, ni même à l'idée. Le pouvoir juridique ne fait ici qu'établir une sorte de S.M.I.G. : seuil moral individuel garanti...<sup>38</sup>

Mais le pouvoir moral accomplit inlassablement son oeuvre de persuasion qui, à long terme, finit par transformer les esprits. Pour continuer l'exemple, c'est un fait que le racisme s'étalait en toute candeur il y a un siècle alors qu'aujourd'hui il tend à régresser et à se cacher parce que, entre autres raisons, le pouvoir moral ne cesse de rappeler à quoi mène sa mise en oeuvre pratique. Bienheureux effet — tout de même — de l'éducation !

Or, celle-ci n'a pas d'équivalent en droit. Sans doute est-il possible que la loi et le jugement aient un certain effet éducatif, mais cet effet résulte moins du pouvoir juridique lui-même que — précisément — de ses implications morales. Pour l'essentiel, le juge et le législateur n'ont pas la mission d'éduquer, encore qu'ils se l'arrogent parfois. La loi prescrivant l'emploi de la langue française<sup>39</sup> (de préférence à des anglo-américanisms de pacotille) et la loi anti-tabagique<sup>40</sup> visaient davantage à frapper les esprits qu'à produire des conséquences juridiques précises. Quelquefois, l'effet éducatif est involontaire : en ce sens, la très célèbre « obligation de rester maître de sa vitesse »,<sup>41</sup> à l'effectivité de laquelle les auteurs du *Code de la route* ont pu croire et qui, faute d'un sens juridique précis, s'est révélée inapplicable ; il s'agit donc en réalité d'un simple conseil de prudence, mais dont la formulation a eu le mérite de faire image, de sorte que cette disposition a sans doute sauvé des vies humaines (c'est le seul article de loi que connaissent les non-juristes !). Il reste que le droit éducatif, comme tout à l'heure le jury d'honneur, fait plutôt figure de curiosité.

À l'échelle du quotidien, les instruments du droit (règle précise et juge assité de gendarme) paraîtront plus performants. Mais à plus long terme, le pouvoir moral remporte de considérables succès grâce à la contrainte

---

<sup>38</sup>Jeu de mots, qui ne se justifie que par sa valeur d'image, sur le très célèbre S.M.I.G. ou « salaire minimum interprofessionnel garanti », aujourd'hui remplacé par le S.M.I.C. ou « salaire de croissance » — la croissance n'est-elle pas la meilleure des garanties ? Il s'agit d'une rémunération minimale imposée par voie législative (voir les arts L.141-1 et s., *Code du travail*).

<sup>39</sup>*Loi no 75-1349 du 31 décembre 1975*, J.O. 4 janvier 1976, 189, D.1976.Lég.74, prescrivant l'emploi de la langue française ; voir P. Jestaz, *Chronique de législation* (1976) 74 R.T.D. civ. 429.

<sup>40</sup>*Loi no 76-616 du 9 juillet 1976*, J.O. 10 juillet 1976, 4148 relative à la lutte contre le tabagisme. À la vérité cette loi, comme d'ailleurs la précédente, *ibid.*, prévoit des sanctions juridiques, mais sur l'application effective desquelles nul n'a jamais nourri trop d'illusions.

<sup>41</sup>Formulée à l'art. R.11-1(2) du *Code de la route*, cette obligation serait, en pure logique déductive, celle de n'avoir pas d'accident !... Plus raisonnablement elle signifie que le conducteur ne doit pas dépasser la vitesse autorisée par les conditions (changeantes) de la circulation, de façon à pouvoir, en cas de besoin, stopper à temps. Elle n'ajoute donc pas grand chose (si ce n'est la formulation !) à l'obligation générale de prudence qui pèse sur tout individu, conducteur ou piéton...

diffuse et aux vertus de l'éducation. Évoquera-t-on le lièvre et la tortue ? Ce serait bien la première fois que la Justice se verrait comparer à un animal rapide !<sup>42</sup>

### Conclusion

La théorie générale du droit a trop souvent développé l'idée de *conflit* entre droit et morale, comme on dirait d'un conflit de lois en droit international privé. Notre étude aura montré l'inanité de poser le problème en ces termes. Il n'existe en effet pas de pouvoir moral organisé, ni peut-être d'ordre moral global (mais on pourrait en discuter), ni en tout cas de règle morale qui disputerait son domaine à la règle de droit car cette prétendue règle morale est sinon une invention, du moins une déformation de juriste. La morale a heureusement d'autres moyens d'existence : elle vit par la réflexion, par une science ou une philosophie (au sens de connaissance) et enfin par une forme d'action morale qui, malgré son caractère dispersé, aboutit à un travail considérable d'éducation. La morale nous éduque et il est plausible que réciproquement tout ce qui éduque exerce un magistère moral.

Reste à répondre à la question posée en introduction : existe-t-il pour autant un pouvoir moral digne de ce nom et indépendant de celui que le pouvoir juridique exerce par la force des choses ? De prime abord on conclurait plutôt à la présence d'un *contre-pouvoir* moral. En effet, le fameux conflit dont on parlait à l'instant se résume à savoir si la loi est juste ou non (subsidièrement s'il faut obéir à la loi injuste). Dans ce débat, les forces morales du pays font entendre très haut leur voix puisqu'elles critiquent la loi et tâchent à la réformer pour la rendre plus juste. Elles s'efforcent donc de limiter le pouvoir juridique.

Mais peut-être existe-t-il, à plus long terme, un pouvoir moral beaucoup moins bruyant et même inaperçu, qui quant à lui oeuvrerait dans le même sens que le pouvoir juridique. Ce pouvoir-là invente des modèles de conduite, insinue l'idée de ce qui doit se faire ou non, bref développe une conception de la personne qui nous imprègne à notre insu. Ce pouvoir, semble-t-il, filtre par deux issues. D'une part il inspire le pouvoir juridique : on a déjà parlé du standard de la faute en droit de la responsabilité, mais il suffit de lire avec attention des documents tels que des conclusions d'avocats généraux ou les exposés des motifs justifiant un projet de loi. D'autre part il produit des règles de mœurs : c'est l'exutoire normal d'un pouvoir qui n'a pas le moyen d'entrer directement dans les faits par la voie du

---

<sup>42</sup>Au Palais de Justice de Paris, dans la salle des pas perdus, un sculpteur a malicieusement représenté la Justice sous la forme allégorique d'une femme qui se tient fort droite, sur le dos d'une tortue.

*Journal officiel*. Les mœurs charrient des alluvions morales, au point que certains qui confondent les deux voudraient ériger les mœurs d'une époque — par exemple la longueur des jupes — en absolu d'ordre moral : c'est oublier que la morale ne se prête à aucune quantification et que fort heureusement les porteuses de jupes ne se laissent pas faire. La preuve que le pouvoir moral existe, c'est que lui-même se heurte ici à un contre-pouvoir.

Le pouvoir moral se résumerait donc en France par trois propositions : à moitié visible, plus puissant que ne le croient les juristes, plus limité que ne le voudrait un certain conformisme. Mais cette observation, dont on peut supposer que *mutatis mutandis* elle conviendrait encore pour un certain nombre de pays européens industrialisés, n'a sûrement pas valeur universelle. Sans parler d'autres époques, il serait intéressant de savoir par exemple ce qu'en pense, aujourd'hui même, un Iranien de Téhéran.

---