

Bruno Petit

Introduction générale au droit

Huitième édition

Presses universitaires de Grenoble

La collection «Droit en + » est dirigée par Stéphanie Fournier.

DANS LA MÊME COLLECTION

Conte Philippe, Fournier Stéphanie, Maistre du Chambon Patrick,
La responsabilité civile délictuelle, 4^e édition, 2015

Granet-Lambrechts Frédérique, Hilt Patrice, *Droit de la famille*, 2015,
5^e édition

Petit Bruno, Rouxel Sylvie, *Droit des personnes*, 2015, 4^e édition

Mathieu Martial, Mathieu Patricia, *Histoire des institutions publiques
de la France. Des origines franques à la Révolution*, 2013, 2^e édition

Salvage Philippe, *Droit pénal général*, 2010, 7^e édition

Farge Michel, *Les Sûretés*, 2007

Souweine Carole, *Droit des entreprises en difficulté*, 2007, 2^e édition

Maistre du Chambon Patrick, *Droit des obligations. Régime général*, 2005

Montanier Jean-Claude, *Les régimes matrimoniaux*, 2006, 5^e édition

Simler Philippe, *Les Biens*, 2006, 3^e édition

Introduction

1. La question du fondement du droit

C'est, en bonne logique, la première question à résoudre : quelle est la justification, la raison d'être, du *droit positif*, c'est-à-dire du droit effectivement applicable à un moment donné et en un lieu donné ? Cette question fondamentale ne sera cependant qu'évoquée, cela pour deux raisons : d'une part, le débat est philosophique plus que juridique ; d'autre part, la discussion, qui suppose néanmoins une culture juridique approfondie, serait mieux à sa place dans une « conclusion sur l'étude du droit ». On se bornera par conséquent à présenter très schématiquement les deux principaux courants de pensée qui dominent la matière.

La **réponse idéaliste** repose sur la croyance en un *droit naturel*, d'essence supérieure, venant à la fois inspirer et limiter le droit positif : la loi contraire à la règle idéale est une loi injuste à laquelle il est légitime de résister. La difficulté tient évidemment à la détermination du contenu de ce droit idéal. Tandis qu'Aristote (384-322 avant J.-C.) se réfère au plan de la nature et Saint Thomas d'Aquin (1225-1274) au plan de Dieu, le hollandais Grotius (1583-1645) et ses successeurs de l'école du droit naturel préfèrent se fier à une analyse rationnelle de la nature humaine. Cette dernière conception, qui met l'accent sur les droits naturels de l'homme, triomphe dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ainsi que dans la pensée juridique actuellement dominante.

La **réponse positiviste** affirme au contraire que le droit positif se suffit à lui-même : il s'impose en tant que tel, sans prétendre

traduire une règle supérieure. Juste ou injuste, il doit donc être respecté, et les devoirs tendent à l'emporter sur les droits. Les doctrines positivistes se séparent cependant quant aux sources du droit positif. Le *positivisme étatique* fait reposer le droit sur la force qui l'impose : c'est la conception développée par Hegel (1770-1831) puis, avec des nuances, par Ihering (1818-1892) ou Kelsen (1881-1973). Le *positivisme scientifique* voit dans le droit un phénomène dérivé d'une autre science. Il peut s'agir de l'histoire : c'est l'école historique allemande défendue par Savigny (1779-1861). Il peut s'agir de la sociologie : le droit est alors issu de la conscience collective, comme l'affirme Durkheim (1858-1917). Il peut s'agir enfin de l'économie : ainsi, dans la conception marxiste, le droit apparaît comme une « superstructure » de la réalité économique.

2. Les deux sens du mot « droit »

Dans un **premier sens**, le droit – au singulier – désigne un corps de règles. Plus précisément, il s'agit de l'ensemble des règles gouvernant les rapports des hommes en société et s'imposant au besoin par la contrainte. Cet ensemble se subdivise et l'on parlera, par exemple, du droit français (par opposition aux droits étrangers), du droit contemporain (par rapport aux systèmes antérieurs) ou du droit civil (par opposition au droit commercial, au droit social, etc.). Le droit ainsi défini est fait de règles impersonnelles considérées en elles-mêmes, objectivement : il s'agit du *droit objectif*.

Dans un **second sens**, les droits – au pluriel – désignent les différentes prérogatives dont peuvent se prévaloir les individus. C'est en ce sens que l'on invoque, par exemple, un droit de créance à l'encontre d'une personne ou un droit de propriété sur une chose. Les droits ainsi définis sont considérés du point de vue de leurs titulaires, c'est-à-dire des sujets de droit : il s'agit des *droits subjectifs*.

La distinction entre droit objectif et droit subjectif est fondamentale et décide du plan qui sera suivi.

Première partie – Le droit objectif

Seconde partie – Les droits subjectifs

PREMIÈRE PARTIE

LE DROIT OBJECTIF

3. La règle et ses sources

Le droit objectif étant par définition un corps de règles juridiques, son étude se ramène pour l'essentiel à celle de *la règle de droit* elle-même. Il convient cependant de préciser en outre comment le droit prend naissance en présentant *les sources de la règle de droit*.

Chapitre 1 – La règle de droit

Chapitre 2 – Les sources de la règle de droit

La règle de droit

4. Diversité et spécificité

Le singulier ne doit pas faire illusion : la règle juridique est en réalité éminemment variable et fluctuante et bon nombre de précisions et de distinctions seront nécessaires pour rendre compte de cette *diversité*. Le singulier est néanmoins justifié car la règle juridique présente certaines constantes et surtout certains caractères qui en assurent l'unité et surtout la *spécificité*.

Section I – La diversité de la règle de droit

Section II – La spécificité de la règle de droit

SECTION I – LA DIVERSITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT

5. Triple diversité

On présentera successivement : tout d'abord, les divisions qu'il est nécessaire d'opérer au sein même du droit français contemporain (§ 1) ; ensuite, un aperçu historique résumant les variations de la règle juridique dans le temps (§ 2) ; enfin, un aperçu de droit comparé témoignant de sa diversité dans l'espace (§ 3).

§ 1 – Les divisions du droit français contemporain

A. Droit public et droit privé

6. Une distinction fondamentale

Héritée du droit romain, la distinction entre droit public et droit privé reste aujourd'hui, malgré les nuances et les critiques, un indispensable outil de classification.

Le **droit public** se définit comme la branche du droit qui régit l'organisation des pouvoirs publics ainsi que les rapports entre les pouvoirs publics et les particuliers (droit constitutionnel, droit administratif, finances publiques – matières auxquelles il faut ajouter, dans l'ordre international, le droit international public régissant les rapports des États entre eux). Ses règles, orientées vers la satisfaction de l'intérêt général ou collectif, sont le plus souvent impératives : elles s'imposent de manière absolue (v. *infra*, n° 41). Ces règles sont sanctionnées par les juridictions de l'ordre administratif, à la tête duquel se trouve le Conseil d'État.

Le **droit privé** se définit comme la branche du droit qui régit les rapports des particuliers entre eux (droit civil, droit commercial, droit social). Ses règles, davantage orientées vers la satisfaction d'intérêts individuels, sont en principe supplétives : elles sont proposées et non imposées (v. *infra*, n° 42). Ces règles sont sanctionnées par les tribunaux de l'ordre judiciaire, à la tête duquel se trouve la Cour de cassation.

7. Une distinction malaisée

La distinction n'a pas toujours la netteté que lui prête une présentation schématique et c'est ainsi, notamment, que le droit privé comporte bon nombre de règles impératives. De même, l'avènement des droits de l'homme et le rôle croissant joué par le Conseil constitutionnel sont source d'une constitutionnalisation et donc d'une publicisation de la plupart des principes directeurs du droit privé (v. *infra*, n° 20 et 50). Les principales incertitudes, cependant, sont celles qui affectent la frontière entre les deux branches du droit.

Celle-ci est, tout d'abord, **mouvante**. Alors que l'activité économique était traditionnellement abandonnée à l'initiative privée, l'interventionnisme économique des pouvoirs publics s'est, dans le courant du xx^e siècle, traduit par une intrusion du droit public dans le domaine du droit privé (nationalisations, institution d'établissements publics à caractère industriel ou commercial, développement des activités économiques des collectivités locales). Puis, plus récemment, le désengagement des pouvoirs publics a conduit à restituer à l'initiative individuelle bon nombre d'activités, ainsi replacées dans le domaine du droit privé.

La frontière est, ensuite, rendue **incertaine** par deux sortes d'hésitations. La première est relative à *certaines organismes* : ceux qui résultent d'une collaboration entre pouvoirs publics et particuliers (sociétés d'économie mixte) mais aussi ceux qui associent un statut de droit public et une activité de droit privé (SNCF, RATP) ou, à l'inverse, une structure de droit privé et une mission de service public (caisses de sécurité sociale, SAFER). Quant à la seconde hésitation, elle touche plus largement *certaines matières*. Tel est spécialement le cas du droit pénal : dominé par l'idée de défense de la collectivité contre les comportements socialement dangereux, il paraît ressortir au droit public ; le droit pénal, cependant, réprime principalement des atteintes aux droits des particuliers et, surtout, sa technique emprunte au droit privé beaucoup plus qu'au droit public. Il apparaît ainsi comme une matière hybride, un droit mixte – semblable en cela aux autres droits sanctionneurs.

B. Droits substantiels et droits sanctionneurs

8. La règle et sa mise en œuvre

Les **droits substantiels** – ou matériels – fournissent la substance – la matière, le contenu – de la règle juridique : droit civil, droit commercial, droit du travail, etc.

Les **droits sanctionneurs** – ou régulateurs – pourvoient à la mise en œuvre des droits substantiels. Assurant la sanction et la coordination

des règles formulées par les autres branches du droit, ils apparaissent en quelque sorte comme le droit du droit. Les principales matières régulatrices sont : le *droit pénal*, qui définit les infractions et les peines qui leur sont applicables ; la *procédure* (civile, pénale et administrative) – parfois dénommée *droit processuel*, c'est-à-dire droit du procès – qui pose les règles relatives à la compétence et au fonctionnement des différentes juridictions ; le *droit international privé*, dont l'objet principal est de régler les conflits de lois dans l'espace (par exemple, quelle est la loi applicable au divorce de deux Algériens résidant en France?). Rappelons que ces différentes disciplines se voient généralement reconnaître une nature mixte, aux confins du droit public et du droit privé.

C. Droit civil et matières spécialisées

9. Le droit commun et ses démembrements

Le **droit civil** régit les rapports entre particuliers indépendamment de leur appartenance à un groupe social ou professionnel. À l'origine identifié à l'ensemble du droit privé, il a vu peu à peu son domaine se restreindre par l'apparition et l'accession à l'autonomie de matières spécialisées. Le droit civil n'a donc plus la même importance quantitative qu'autrefois. Il conserve cependant un rôle doublement primordial : au regard de la pratique, le droit civil reste le droit privé commun, c'est-à-dire en principe applicable à tous, sauf dérogation expresse ; au regard de la technique, c'est du droit civil que sont issus la quasi-totalité des notions et des mécanismes juridiques.

Les **matières spécialisées** se présentent par conséquent comme des démembrements du droit civil. Le *droit commercial* régit les opérations commerciales et les rapports entre commerçants. Issu du droit des marchands, il a acquis très tôt une autonomie qui, cependant, tend à être remise en cause aujourd'hui : le droit commercial tend en effet à se fondre soit dans le droit des affaires (où il côtoie notamment le droit fiscal et le droit comptable) soit dans le droit des professionnels (commerçants ou non). Le droit commercial est en outre subdivisé en matières plus spécialisées qui font dans les facultés

l'objet d'enseignements spécifiques : droit des transports, droit des sociétés, droit bancaire, droit de la propriété industrielle, etc. Le *droit social*, d'apparition plus récente, n'a acquis sa pleine autonomie qu'au xx^e siècle. Lui aussi se subdivise : au droit du travail, qui régit les relations individuelles et collectives de travail, il convient en effet d'ajouter le droit de la sécurité sociale. Enfin, d'autres matières encore peuvent prétendre à une autonomie partielle ou naissante : ainsi le *droit rural*, le *droit de la consommation* ou le *droit de la concurrence*.

§ 2 – La diversité de la règle dans le temps : aperçu historique

10. Plan

Sans remonter à l'Antiquité, on se bornera à poser quelques jalons en choisissant comme événement de référence l'œuvre codificatrice accomplie, sous l'influence de Napoléon Bonaparte, dans les premières années du xix^e siècle. Seront donc présentées successivement et chronologiquement, d'abord la situation avant la codification napoléonienne (A), puis cette codification elle-même (B), enfin l'évolution postérieure à celle-ci (C).

A. Avant la codification napoléonienne

11. L'Ancien droit

On désigne par cette expression le corps de règles qui était en vigueur en France sous l'Ancien régime, c'est-à-dire jusqu'en 1789. L'Ancien droit peut être schématiquement décrit en deux mots : diversité et hiérarchie.

La **diversité** repose principalement sur la distinction entre les *pays de droit écrit* (approximativement la moitié sud de la France), où continuait à s'appliquer le droit romain, et les *pays de coutume* (approximativement la moitié nord), où s'appliquaient les coutumes orales importées par les envahisseurs germaniques. Celles-ci étaient en outre d'une extrême diversité : on dénombrait environ soixante

coutumes principales et au moins trois cents coutumes locales. Au fil des siècles, cependant, l'évolution s'était faite dans le sens d'une unification progressive. Plusieurs facteurs y avaient concouru, parmi lesquels on peut citer : tout d'abord, la renaissance du droit romain, dont le rayonnement s'étend en pays de coutume dès le XII^e siècle ; ensuite, l'influence du droit canonique, évidemment identique sur tout le territoire, qui régit directement certaines matières comme le mariage et moralise indirectement certaines autres comme les contrats ; enfin, l'intervention des ordonnances royales applicables à l'ensemble du pays (spécialement, aux XVII^e et XVIII^e siècles, les ordonnances de Colbert et du chancelier d'Aguesseau).

La **hiérarchie** se manifeste sur tous les plans. Hiérarchie des *ordres* : noblesse et clergé sont des classes privilégiées. Hiérarchie des *terres* : la propriété n'est pas entière et l'exploitant, qui n'a que le domaine utile, reste soumis au seigneur ou au roi titulaire du domaine éminent. Hiérarchie *familiale* : les enfants sont soumis à la puissance paternelle, parfois même après leur majorité ; la femme mariée, incapable, est placée sous la tutelle de son mari. Hiérarchie *professionnelle* enfin : les corporations contrôlent l'accès aux professions et en réglementent l'exercice.

12. Le Droit intermédiaire

L'expression désigne le droit en vigueur entre le début de la Révolution (1789) et la promulgation du Code civil (1804). La période est brève mais intense.

Les **réformes**, multiples, sont organisées autour de deux idées maîtresses. Le désir de *liberté*, générateur d'hostilité envers les corps intermédiaires, inspire la suppression des corporations – mais aussi la prohibition des associations. Dans l'ordre économique, la liberté contractuelle et la liberté du commerce et de l'industrie sont proclamées. Dans l'ordre familial, la puissance paternelle et maritale est limitée, le mariage est laïcisé, le divorce est instauré. Le désir d'*égalité* conduit à l'abolition des privilèges mais aussi, notamment, à la réalisation de l'égalité successorale.

Des **tentatives de codification** sont, dans le même temps, conduites sous l'empire d'une double *méfiance* : envers les juristes, suspects de conservatisme ; envers les juges, suspects d'arbitraire. Ces tentatives reposent en revanche sur une *croissance* : celle de la supériorité de la loi, expression de la volonté générale, impartiale et porteuse de progrès. Ces efforts, cependant, resteront longtemps vains : quatre projets sont successivement présentés (dont trois par Cambacérès) ; aucun n'est finalement retenu.

B. La codification napoléonienne

13. Le Code civil

L'**élaboration** du code est due à une *commission de quatre membres*, nommée en l'an VIII par Bonaparte, alors premier consul, et comprenant deux juristes de droit écrit (Portalis et Maleville) et deux juristes de droit coutumier (Tronchet et Bigot de Préameneu). Bonaparte lui-même joua essentiellement un rôle d'impulsion, notamment lors de la discussion devant le Conseil d'État puis, surtout, lors du vote par le Tribunat et le Corps législatif : il assura le succès du projet en épurant le Tribunat des membres qui lui étaient hostiles. Sur le fond, en revanche, son influence fut beaucoup plus discrète, sauf dans les matières lui tenant personnellement à cœur (famille et plus spécialement, pour des raisons dynastiques, divorce et adoption). Le Code civil, tout d'abord voté en trente-six lois successives, fut ensuite promulgué en un seul code par la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804). Cette loi proclamait en outre l'abrogation de toutes dispositions antérieures contraires.

Le **contenu** du Code civil est rarement original. Il s'agit d'une œuvre de transaction, très en retrait des projets antérieurs et largement inspirée des juristes de l'Ancien droit : Domat (1625-1696) et surtout Pothier (1699-1772). *En la forme*, le code constitue cependant un chef-d'œuvre de l'art législatif : ses 2 281 articles, ni trop philosophiques ni trop techniques, sont rédigés dans un style clair, précis et élégant qui lui assurera un rayonnement durable, en France

et dans le monde. *Sur le fond*, le Code civil consacre le triomphe de l'individualisme libéral : c'est le code des valeurs bourgeoises, d'un *homo juridicus* mâle et propriétaire. C'est ainsi notamment que le code, très prolixe sur la propriété, le contrat et les successions, est en revanche muet sur les associations et les droits de la personnalité. De même, il ne consacre au contrat de travail que deux articles, dont l'un dispose que « Le maître est cru sur son affirmation » (art. 1781, abrogé en 1868). De même encore, l'organisation familiale est fondée sur la puissance paternelle et l'autorité maritale, la femme mariée restant incapable.

14. Les autres codes

Il s'agit du Code de procédure civile (1807), du Code de commerce (1808), du Code d'instruction criminelle (1809) et du Code pénal (1810). Ces textes viennent compléter l'œuvre législative napoléonienne. Ils sont cependant très inférieurs au Code civil en qualité et en rayonnement et, à l'exception du Code pénal, ils seront rapidement dépassés.

C. Après la codification napoléonienne

15. Plan

Le rôle d'événement charnière peut être ici dévolu à la Constitution de 1958. Celle-ci marque en effet un tournant, ne serait-ce qu'en raison de l'accroissement du rôle du pouvoir réglementaire au détriment de celui du Parlement : la loi (au sens large) n'est plus seulement la loi parlementaire (v. *infra*, n° 53).

I. De 1804 à 1958

16. De 1804 à 1884

Cette période est celle de la stabilité et du culte de la loi.

La **stabilité juridique** contraste avec les perturbations politiques. En dépit de celles-ci, la société française reste pour l'essentiel semblable à elle-même, de sorte que la codification napoléonienne demeure relativement adaptée et connaît peu de modifications. Les plus

spectaculaires sont sans doute celles qui concernent, en droit public, l'instauration en 1871 du suffrage universel masculin et, en droit privé, le divorce, supprimé en 1816 puis rétabli en 1884. Il faut mentionner également, en droit des personnes, l'abolition en 1848 de l'esclavage dans les colonies françaises. Cela sans oublier, en matière économique, la loi de 1867, relative aux sociétés commerciales, qui autorise la libre constitution de la société anonyme, ce « merveilleux instrument du capitalisme moderne » selon l'expression du doyen Ripert (1880-1958).

Le **culte de la loi** est lié à l'école de l'Exégèse (v. *infra*, n° 71). L'idée est que le droit est tout entier dans la loi écrite, de sorte que le juriste n'a d'autre rôle que de servir et d'interpréter les codes, au besoin en s'interrogeant sur les intentions de leurs auteurs. Il n'existe pas, à l'époque, de cours de droit civil mais seulement un cours de Code civil, simple commentaire du code, article par article.

17. De 1884 à 1958

C'est au contraire l'ère des grands *bouleversements*. Bouleversements matériels : la révolution industrielle et les deux guerres mondiales transforment l'économie et les rapports sociaux. Bouleversements intellectuels : de nouvelles idéologies apparaissent, inspirant un désir d'égalité de fait – et non plus seulement de droit – qui pousse à combattre les excès de l'individualisme libéral.

Sur le fond, les réformes sont par conséquent innombrables : la loi autorise les syndicats ouvriers (1884) et proclame la liberté d'association (1901) ; la liberté contractuelle est restreinte par des réglementations impératives (par exemple, celle du contrat d'assurance : 1930) ; les droits des propriétaires sont limités par les prérogatives reconnues aux locataires, commerçants d'abord (1926) puis fermiers (1945) ; la femme mariée est émancipée (1938 : abolition de la puissance maritale ; 1942 : disparition de l'incapacité) ; les femmes accèdent au droit de vote (1945) ; enfin, on assiste à une amorce de collectivisation des risques marquée notamment par la loi sur les accidents du travail (1898) et par l'instauration de la Sécurité sociale (1946).

En la forme, la nouveauté réside dans la *désaffection pour les codes*, trop rigides et trop peu propices aux réformes. De nombreuses lois nouvelles restent en dehors des codes, dont certains tendent à devenir des enveloppes vides (spécialement le Code de commerce). Plus généralement, le phénomène est celui du *déclin de la loi*. Celle-ci, descendue de son piédestal, cesse d'être tenue pour parfaite et éternelle. Corrélativement, on assiste à la montée d'autres autorités créatrices de droit et spécialement de la jurisprudence (v. *infra*, n° 80 et s.), plus souple et plus concrète.

II. Depuis 1958

18. Les tendances de fond

Elles se situent pour l'essentiel **dans la ligne des réformes précédentes**. La recherche d'égalité mais aussi de liberté est surtout sensible en droit de la famille avec, notamment, le remplacement de la puissance paternelle par l'autorité parentale (1970), la libéralisation du divorce (1976 et 2004), l'affirmation de l'égalité des filiations (1972) suivie de la disparition de toute distinction entre enfant légitime et enfant naturel (2005), l'institution du pacte civil de solidarité (PACS – 1999) et l'ouverture du mariage aux couples de même sexe (2013). On retrouve également le mouvement de limitation du droit de propriété avec les textes renforçant les droits du locataire (1982 et 1989) et la tendance à la socialisation des risques avec la loi sur l'indemnisation des accidents de la circulation (1985). L'activité économique n'est pas oubliée et il faut mentionner, parmi beaucoup d'autres, les textes essentiels réformant le droit des sociétés (1966), créant les sociétés unipersonnelles (1985 : entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée – EURL ; 1999 : société par actions simplifiée unipersonnelle – SASU) ou substituant à l'ancienne et brutale faillite des procédures plus clémentes visant à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises (1967, 1985, 2005). Enfin, le droit pénal et la procédure pénale connaissent, outre la spectaculaire abolition de la peine de mort (1981), de multiples réformes principalement caractérisées, au-delà des fluctuations

circonstancielle, par le renforcement de la présomption d'innocence mais aussi des droits des victimes d'infractions.

De **nouvelles préoccupations** apparaissent cependant. Le souci de *protection du consommateur* inspire notamment les lois relatives au crédit à la consommation (1978 et 1979 – lois dites Scrivener) ainsi que les textes relatifs au surendettement des particuliers (à partir de 1989). Le besoin d'une *régulation économique* entendue comme incluant des règles souples et pragmatiques (*soft law*) appliquées sous la supervision d'un organisme spécialisé se traduit notamment par l'institution d'autorités administratives indépendantes telles que l'Autorité des marchés financiers (2003 – héritière de la Commission des opérations de bourse créée en 1967) ou l'Autorité de la concurrence (2008 – héritière du Conseil de la concurrence créé en 1986 et succédant lui-même à la Commission de la concurrence instituée en 1977). Le *progrès scientifique et technique* suscite des questions nouvelles auxquelles viennent répondre les lois dites bioéthiques (1994, 2004, 2011) et la loi sur la preuve électronique (2000). Enfin, le législateur, devenu conscient des effets pervers d'une hyperactivité qui, par la multiplication, la complexification et l'instabilité des normes, nuit à l'intelligibilité du droit et à la sécurité juridique, affirme de plus en plus fréquemment une volonté de *simplification du droit* qui, cependant, n'atteint pas toujours son but.

19. Les méthodes

Elles diffèrent principalement des précédentes en ce que la tendance à la décodification s'est aujourd'hui inversée.

Le droit français compte actuellement plus de 60 codes aux domaines les plus divers : du Code de l'action sociale et des familles au Code de la voirie routière en passant, notamment, par le Code de l'éducation, le Code des marchés publics, le Code de la recherche ou le Code du sport. Dans cette liste disparate, le Code civil, certes fréquemment et profondément remanié, est le seul rescapé des codes d'origine. Quant aux autres textes, leur existence peut résulter de deux mécanismes.

Tantôt le législateur choisit de remplacer un code vieilli par un nouveau code, différent et mieux adapté aux besoins du moment. On a vu ainsi apparaître le Code de procédure pénale (remplaçant le code d'instruction criminelle: 1958), le Code du travail (1973 puis 2007), le « nouveau Code de procédure civile » (1975), qui a perdu en 2007 son qualificatif de « nouveau », ou encore le Code pénal de 1992 (entré en vigueur en 1994 et remplaçant le code de 1810).

Tantôt il se borne plus modestement à rassembler dans un code unique des règles jusque-là éparses, sans en modifier la substance. C'est la codification dite « à droit constant », qui l'emporte aujourd'hui et qui a notamment présidé à l'élaboration du Code de la consommation (1993), du Code de commerce nouveau (2000, remplaçant le code de 1807), ainsi qu'à celle de bon nombre de codes techniques spécialisés. Cette méthode, alliée au souci d'être complet, conduit en outre à reproduire parfois dans un code (dit alors « code suiveur ») certains articles d'un autre code (dit alors « code pilote »).

20. L'inspiration

Elle aussi est pour partie nouvelle : l'influence de la doctrine des droits de l'homme se fait de plus en plus nette et emprunte techniquement deux voies.

La première est celle de la *constitutionnalisation* du droit : à l'occasion du contrôle qu'il exerce sur les textes législatifs (v. *infra*, n° 50), le Conseil constitutionnel impose au législateur le respect des droits et libertés fondamentaux directement ou indirectement consacrés par la Constitution – ou par l'interprétation qu'en donne le Conseil.

La seconde voie est celle de l'*européanisation* du droit : outre l'incidence des directives et règlements communautaires (v. *infra*, n° 57), le législateur français doit tenir compte des dispositions des traités internationaux ratifiés par la France, et en particulier des principes consacrés par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales – ainsi que de l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne des droits de l'homme siégeant à Strasbourg (v. *infra*, n° 56, 113 et s.).

§ 3 – La diversité de la règle dans l'espace : aperçu de droit comparé

21. « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà »

Montaigne et Pascal ont depuis bien longtemps raillé cette « plaisante justice qu'une rivière borne », et l'observation a souvent été utilisée pour combattre l'idée d'un droit naturel universel. De fait, les règles juridiques sont, d'un pays à l'autre, extrêmement variables, en dépit des efforts déployés pour parvenir à une unification internationale.

L'**unification**, en effet, est toujours limitée soit à certaines matières dans lesquelles elle apparaît particulièrement nécessaire (par exemple, le droit des transports ou des paiements internationaux), soit à certains secteurs géographiques. S'agissant en particulier de l'Union européenne, seuls les règlements européens assurent une véritable uniformisation des règles ; les directives, en revanche, tendent seulement à assurer l'harmonisation des législations internes des États membres (v. *infra*, n° 57). La tâche, en outre, n'est pas toujours aisée, les droits des différents États n'appartenant pas tous à la même famille.

On distingue en effet, en s'en tenant aux droits laïcs et en négligeant le système socialiste soviétique, au moins deux grands systèmes juridiques.

22. Le système romano-germanique

C'est celui dont relèvent, outre la France, la plupart des pays d'Europe occidentale – à l'exception des îles britanniques – ainsi que l'Amérique latine et certains États africains.

Les droits de cette famille présentent deux principaux **traits communs**. Le premier tient à leur *origine* : il s'agit de systèmes issus pour partie du droit romain (globalement reçu en Allemagne à partir du ^{xiv}e siècle) et pour partie des coutumes germaniques. Le second est relatif à leur *technique* : la source première du droit se trouve dans la législation écrite et spécialement dans des codes, ce qui confère à la règle juridique une généralité et une abstraction particulières.

D'importantes **divergences** existent néanmoins au sein de cette famille. Il est en effet possible de déceler schématiquement deux tendances : d'une part, la *tendance française* (ou latine) qui regroupe les droits inspirés, de près ou de loin, par le Code civil français (Belgique, Luxembourg, Espagne, Portugal, Italie, etc.) ; d'autre part, la *tendance allemande* qui englobe les droits régis ou inspirés par le Code civil allemand de 1900 (Allemagne, Autriche, Suisse, Grèce). Ce dernier (le *bürgerlicher Gezetbuch* : BGB), plus récent et donc plus moderne que le Code civil français, est aussi à la fois plus casuistique et plus abstrait.

23. Le système anglo-américain

C'est, de manière générale, celui qui régit les pays anglophones : îles britanniques et anciennes possessions coloniales anglaises (Amérique du nord, certains États africains, Australie, Nouvelle-Zélande, etc.). On peut schématiquement opposer cette famille à la précédente sur deux points.

Tout d'abord, l'influence du droit romain étant ici inexistante, les **concepts**, classifications et institutions juridiques sont très différents de ceux qu'utilisent les juristes continentaux : même si les solutions de fond sont généralement comparables (car les deux systèmes reposent sur les mêmes principes philosophiques et économiques), les outils techniques sont très dissemblables.

Ensuite et surtout, la **source** première du droit n'est pas dans la loi écrite mais dans les décisions des juges. Ceux-ci, liés par la règle du précédent qui oblige à reproduire la solution précédemment donnée dans un cas identique, raisonnent soit au regard du *common law*, ensemble coutumier originaire, soit au regard de *l'equity*, corps de règles inspirées de l'équité (venant à partir du XIV^e siècle corriger et aménager le *common law*). Face à cet ensemble jurisprudentiel (*case law*), la loi écrite (*statute law*) joue un rôle traditionnellement secondaire mais que l'évolution contemporaine a considérablement développé.