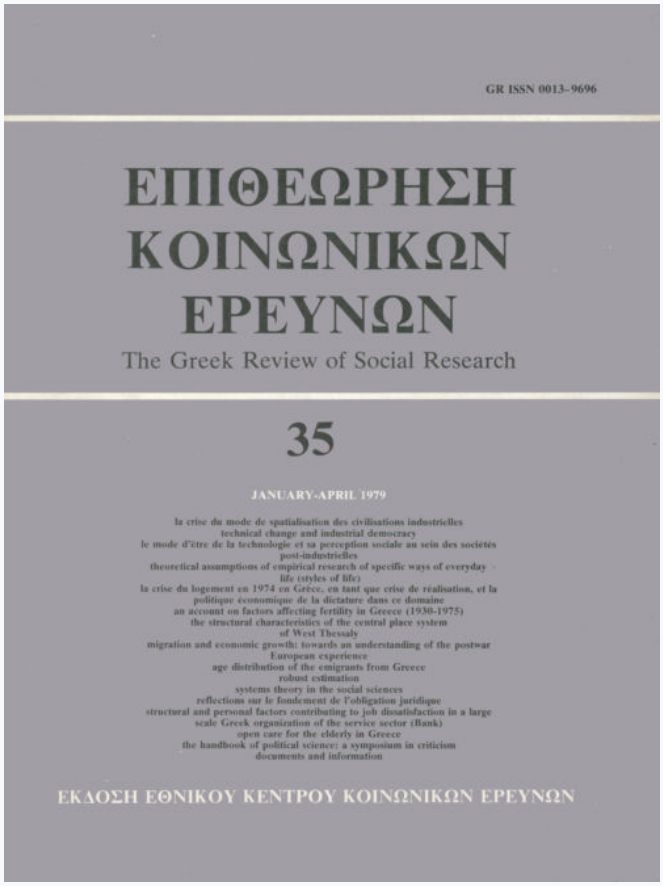
ePublishing

ΕΘΝΙΚΟ ΚΕΝΤΡΟ ΤΕΚΜΗΡΙΩΣΗΣ
NATIONAL DOCUMENTATION CENTRE

The Greek Review of Social Research

Vol 35 (1979)

35



Reflexions sur le fondement de l' obligation juridique et politique

Antonis Manitakis

doi: 10.12681/grsr.170

Copyright © 1979, Antonis Manitakis

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0.

To cite this article:

Manitakis, A. (1979). Reflexions sur le fondement de l' obligation juridique et politique. *The Greek Review of Social Research*, *35*, 158–165. https://doi.org/10.12681/grsr.170

https://epublishing.ekt.gr | **e-Publisher:** EKT | **Downloaded at:** 12/10/2024 09:15:43

réflexions sur le fondement de l'obligation juridique et politique

par
Antonis Manitakis

Maître Assistant à la Faculté de Droit de l'Université de Salonique, Chargé de recherhes associé au Centre Interuniversité de Droit Public de Bruxelles

L' idéologie en général,[1] et l'idéologie juridique en particulier sont fondées, on le sait, sur deux vieux bastions du libéralisme: la liberté et l'égalité.

L'ordre juridique, d'autre part, parait être basé sur l'obligation juridique. L'essence de la règle de droit, pour les juristes, se trouve dans la contrainte juridique. Il y a d'un côté les obligations générales et abstraites qui résultent notamment des lois pénales imposant aux citoyens une certaine conduite. De l'autre côté, il y a les obligations contractuelles du droit civil librement assumées par les parties lors des multiples rapports sociaux quotidiens comme la vente, le louage, les prestations de services, etc.

Liberté et contrainte juridique, deux notions apparemment antinomiques, semblent pourtant coexister dans la même structure sociale: le Droit. En effet, les obligations ne peuvent produire des effets juridiques que si les concepts d'égalité et de liberté envahissent toute la conscience des individus, toute la superstructure juridique. Nous savons bien, par exemple, que le contrat, source principale des obligations, est à la base du système juridique bourgeois, de la même manière que le contrat social reste encore le fondement, au moins idéologique, des «Démocraties libérales».[2]

On ne peut cependant établir un contrat quelconque sans le consentement libre de deux «créateurs libres et égaux», sans mettre en accord la volonté de deux sujets par définition, ou par convention, «libres et égaux».

Les réflexions suivantes[3] s'inscrivent dans le but de dévoiler le mécanisme social secret par lequel l'obligation juridique[4]—l'obligation d'obéir à la loi, et le devoir d'accomplir les engagements librement assumés— en s'appuyant sur la liberté et l'égalité, se constitue en valeur fondamentale de la société bourgeoise.

1. Pour un court aperçu des théories sur «l'idéologie», voy. M. Vadée, *L'idéologie,* dossiers Logos, PUF (1973), et notamment, l'étude fondamentale de L. Althusser, «Idéologies et appareils idéologiques d'Etat», in *La pensée* (1970), no 151 et N.E. Thevenin, «Idéologie juridique et idéologie bourgeoise,» in *La pensée,* (1974), no 174.

2. Voy. G. Farjat, *Droit privé de l'économie,* PUF (1974), p. 6 et s. et M. Duverger, *Institutions politiques et droit constitutionnel,* t. I, PUF, Thémis (1973), p. 39 et ss. Sur les notions du contrat voyez les études publiées aux *Archives de philosophie du Droit,* t. XIII (1968).

3. Ces réflexions sont un extrait d'une recherche effectuée dans le cadre du programme de recherches du Centre Interuniversitaire de Droit Public de Bruxelles, en 1975, portant sur la théorie générale de l'obligation, et dont une partie est déjà parue dans *Pro Justitia* (Revue politique de Droit), N. 10, Bruxelles.

4. Sur le fondement de l'obligation juridique on consultera avec intérêt l'ouvrage de J. C. Smith, *Legal Obligation,* London 1976, spécialement les pages 60-130 et notamment l'étude de M.Villey, «Métamorphoses de l'obligation», *Archives de philosophie du Droit* (1970), 6.

la liberté présupposé théorique de l'obligation juridique

Que sont tout d'abord «les obligations civiles»? Les manuels de Droit usuels définissent le concept d'obligation comme «le lien de droit existant entre deux personnes, en vertu duquel l'une, le débiteur, doit faire quelquechose pour l'autre, le créancier».[5] Ainsi, dans l'acte de vente, le vendeur est obligé de transférer la propriété de la chose, comme il doit exiger de l'acheteur le payement de sa dette. De même, le locataire est obligé de payer le loyer, et d'exiger la jouissance du bien loué.

Toute l'activité économique est organisée à partir des échanges infimes de biens et des services, selon la technique juridique des créances et des obligations. Ces échanges perpétuels impliquent toutefois une faculté de libre disposition du bien sur le marché, une faculté d'aliénation du bien. L'échange suppose avant tout un acte volontaire et conscient de la part des possesseurs des biens qui se reconnaissent réciproquement en tant que personnes indépendantes et libres. L'acte donc, par lequel quelqu'un s'engage «à donner, faire ou ne pas faire quelquechose» (article 1101 du Code Civil français) repose sur la volonté humaine exprimée en «toute» liberté.[6]

La conséquence la plus importante de l'affirmation précédente est que *le sujet de Droit est libre parce qu'il se sait obligé.*[7] Il s'ensuit que le rapport social entre deux sujets libres n'est possible qu'à condition que tous puissent réciproquement s'obliger *de leur propre volonté.* Si l'ouvrier se soumet au patron, c'est, bien entendu, par sa propre volonté... Si les biens s'échangent sur le marché, c'est par la volonté des échangistes, des hommes titulaires des droits.

Toute la circulation des biens se fait par des échanges, eux-mêmes basés sur des contrats. Mais le contrat «n'est que la manifestation la plus fréquente de l'acte juridique»... qui «est une émission de volonté humaine engendrant des effets de droit positifs».[8]

Tout le mysticisme de la liberté et de la libre individualité se développe alors à partir du sujet de Droit[9] considéré comme le porteur d'un vouloir libre: «Le Droit se fonde sur la liberté de l'individu et le droit consiste en ce que je traite autrui comme une essence libre»,[10] observe Hegel, et il poursuit: la notion fondamentale du droit est la liberté, soit: «la possibilité de se déterminer soi-même. L'homme est sujet de droit parce qu'il a cette possibilité, parce qu'il a une volonté».[11] Et si l'on se demande à quoi sert cette liberté, ce vouloir libre, Hegel lui-même apporte des éclaircissements intéressants: «Je puis aliéner une propriété et la transmettre à d'autres par un effet de mon libre vouloir.» Mais, pour que ce transfert puisse effectivement avoir lieu, il faut un consentement *de deux* volontés libres: «l'aliénation à autrui implique que je consente à lui abandonner une chose et qu'il consente lui-même à accepter cette chose. Ce double consentement, dans la mesure où il est de part et d'autre proclamé et énoncé comme valable est appelé contrat».[12] Si le principe de l'autonomie de la volonté forme le fondement des obligations, la source privilégiée de celles-ci est le contrat.

Je ne peux donc aliéner un bien (mobilier ou immobilier) ou fournir une prestation de travail que si l'autre reconnaît déjà mon acte comme libre, et si lui-même dispose de la qualité d'acquérir la propriété de sa propre volonté. *Il ne faut pas seulement que je reconnaisse à l'autre* la capacité d'être libre, il faut que l'autre reconnaisse aussi ma liberté.[13] Cette reconnaissance *réciproque* de la liberté est la *condition de la liberté des possédants.* La nécessité du contrat et des rapports contractuels crée alors l'impératif idéologique de reconnaître et de traiter l'autre comme une personne libre.

Ceci devient clair, lorsqu'on étudie le contrat du travail et la condition du travail salarié. Par contraste avec les anciennes conditions de travail, le travail salarié se base sur un accord contractuel entre celui qui offre le travail et celui qui le demande. Ce n' est plus *le statut*[14] qui conditionne le travail, mais *le*

5. J. Carbonnier, *Droit Civil, les Obligations,* t. IV, Thémis (1972), p. 33 et R. Savatier, *La théorie des obligations,* Dalloz, (1974), p. 13.

6. «La volonté humaine est à elle-même sa propre loi, se crée sa propre obligation: si l'homme est obligé par un acte juridique, spécialement par un contrat, c'est parce qu'il l'a voulu: le contrat est le principe de la vie juridique; la volonté individuelle, le principe du contrat» (Carbonnier, *op. cit.,* p. 33).

7. Sur l'idée kantienne selon laquelle l'obligation morale suppose l'autonomie de la volonté, voy. Carnois B., *La cohérence de la doctrine kantienne de la liberté,* Paris, Seuil (1973), pp. 118-132.

8. R. Savatier, *La théorie des obligations,* Dalloz (1974), p. 141. Consulter à ce sujet aussi l'étude pénétrante de Dupuy R., «La responsabilité contractuelle», *Pro Justitia* (1972), No 1.

9. Sur le sujet de Droit et plus particulièrement sur «la Forme, sujet de Droit», voy. l'étude importante de B. Edelman, *Le droit saisi par la photographie,* Paris, Maspéro (1973), passim.

10. Hegel, *Propédeutique philosophique,* Doctrine du Droit, (éd. Gonthier), § 3.

11. *Idem.*

12. *Idem,* §15.

13. Pour avoir une idée plus complète sur la réciprocité de la liberté ainsi que sur les écoles philosophiques que l' ont défendue, voy. Paris, LGDJ. N, Poulantzas, *Nature des choses et Droit,* pp. 120 et ss., 127, 132-135. Sur la reconnaissance mutuelle entre les sujets eux-mêmes voy. L. Althusser, «Idéologie et appareils idéologiques de l' Etat» , in *La pensée* (1970), No 151.

14. Sur le passage de l' état du «statut» à l' état du «contrat», on consultera Friedman W., *Law in Changing Society,* Pelican book, p. 89 et du même auteur, *Théorie du Droit* (traduction) Paris, LGDJ.pp. 165 à 171, et l' étude de G. Courtois, «La critique du contrat du travail, chez Marx, *Archives de philosophies du Droit,* t. XII, 1967, p. 33.

contrat[15] conclu par l' accord de deux volontés juridiquement libres et égales. La situation du serf était différente: il ne vendait pas son travail, il offrait ses prestations au seigneur comme s'il en était lui-même un attribut naturel qui devait rapporter des fruits. Le «travailleur libre», lui, n'appartient plus ni au propriétaire ni à la glèbe, il est lui-même propriétaire de sa force de travail, de ses facultés, de sa propre prersonnalité. En tant que propriétaire de sa force de travail, débarassé de tous les liens, il offre ses prestations au marché comme une marchandise.

L' homme «ne possède la qualité d' homme que s'il est libre et indépendant de la volonté d' autrui», nous affirme l' idéologie libérale.[16] Mais il ne peut exercer réellement cette possibilité que s'il est propriétaire d'une chose, ou encore «propriétaire de sa propre personne et de ses propres capacités».[17] En tant que propriétaire de sa propre personne et de ses capacités, il lui appartient en propre, d'aliéner non pas sa personne, mais les attributs de sa personnalité ou les produits de son travail au moyen d' un acte juridique qui s' appelait: *louage de service*.

Le rapport social fondamental dont les catégories juridiques servent de médiation est constitué, dans la société dite libérale, par le rapport capital-travail salarié.[18]

du droit subjectif à la loi

Cependant, la liberté subjective prise en soi n'est pas en mesure d'assurer dans la pratique l'échange effectif des produits ou des services entre hommes; ce n'est pas parce que l'individu se sait obligé qu'il s'obligera effectivement. Le problème fondamental de la théorie générale du Droit consiste à savoir comment établir la liaison de la liberté de chacun avec l'obligation réciproque de tous.[19] Car, il ne suffit pas que chacun puisse s'obliger soi-même, il faut en plus que chacun puisse obliger tous les autres et réciproquement. C'est le problème dont Kant avait pleinement conscience lorsqu'il écrivait sa doctrine du Droit.[20] Une telle liaison n'est possible, d'après Kant, que grâce au concept général du Droit (système de règles générales et abstraites à caractère impératif), qui tout en supposant l'existence simultanée des volontés libres, rend cette coexistence effective *s'imposant comme une contrainte extérieure à chacun des sujets*.

La doctrine classique du Droit peut ainsi définir le Droit comme le concept qui n'intéresse que «la *forme* du rapport de deux arbitres (sujets de Droit) respectifs, dans la mesure où ils sont considérés comme libres et si, ce faisant, l'action de *l'un* des deux peut s'accorder avec la liberté de *l'autre,* d'après une loi universelle». «Le Droit est donc l'ensemble des conditions sous lesquelles l'arbitre de l' un peut être uni à l'arbitre de l'autre selon une loi universelle de la liberté.»[21] Si *chacun sait s'obliger, il sait alors obliger l'autre parce que l'autre l'oblige.* Le Droit *en tant que contrainte* extérieure surgit justement de cette *possibilité d'obligation réciproque.* En d'autre termes, le Droit construit le pont qui permet «à chaque sujet juridique de passer de l'état où il peut et doit s'obliger extérieurement à l'état où il peut indirectement obliger autrui puisq'autrui peut indirectement l'obliger. Cette coexistence suppose *une limitation* de l'usage de la liberté de chacun à ce qui est compatible avec l'exercise de la liberté de tous».[22] Une lecture matérialiste des affirmations précédentes nous permet de remarquer que dans la société moderne de concurrence, les individus, véritables «atomes», opposés les uns aux autres, sont obligés, dans la manifestation de leur libre volonté, d'accepter des contraintes extérieures pour assurer leur coexistence. Les relations d'un individu à l'autre apparaissent de ce fait comme une limitation de la liberté de la personne, mais cette limitation est nécessaire pour que la liberté de chacun soit garantie.

Pour que la liberté individuelle existe, il faut que son exercice consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.[23] Les limites justement dans lesquelles chacun peut se mouvoir sans nuire à autrui sont marquées par la *Loi.* La Loi sert de garantie contre le manquement éventuel de la conduite prescrite par la norme juridique, et elle surveille le bon fonctionnement du système dans son ensemble. Mais au lieu de paraître comme *le moment dérivé de la*

15. Sur la réévaluation actuelle du contrat du travail, voy. G. Lyon-Caen, «Défense et illustration du contrat du travail» in *Archives de phisosophie du Droit*, t. XIII (1968), p. 59.

16. Consultez l'ouvrage excellent de MacPherson C.B., «*La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke*». *Paris,* Gallimard, Idées 1971, pp. 288 et ss.

17. *Ibidem.*

18. Le travail acquiert ainsi une double signification: c'est d'une part un élément de la personnalité de l'homme et par cela inaliénable;c'est d'autre part le premier des biens de production, qui, en tant que tel, est susceptible d'évaluation pécuniaire. En tant qu'acte humain, il n'a pas de valeur, tandis qu'en tant que force de travail, il se négocie dans le travail salarié, et il a une valeur sur le marché. Dans ce dernier aspect le travail est un objet de créance.

19. Voir Mercier-Josa S., «Liberté et propriété, les apories de la "doctrine du Droit" de Kant et des "Fondements de la philosophie du Droit de Hegel"», *La pensée* (1973), No 170.

20. Kant E., *Métaphysique des moeurs,* Doctrine du Droit, (traduction A. Philenenko), Paris, J. Vrin (1971), pp. 103 et ss.

21. Kant E., *op. cit.,* p. 104.

22. Mercier-Josa S., *loc. cit.,* p. 50.

23. Sur l'idée de la liberté limitée par la liberté des autres et la critique formulée par Hegel, voy. Vincent J. M., «Droit et travail, de Hegel à Marx» in *Fétichisme et Société,* Paris, éd. Anthropos (1972), p. 43 et ss., voy. aussi Marcuse, *Raison et révolution, Hegel et la naissance de la théorie sociale,* Paris, éd. Minuit, p. 250.

société civile, elle se présente comme la source primaire et autonome de l'obligation juridique.

Vue sous cet angle, la loi ne constitue plus que le complément nécessaire du principe de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où les droits subjectifs et les libertés civiles ne peuvent s'épanouir que dans un système légal, dans un Etat de Droit. Cette liaison entre ces deux pôles du Droit, liberté civile et loi, est consacrée dès le début dans les codes civils de l'Occident: l'exercice de la liberté contractuelle et du droit de propriété est libre pourvu qu'on ne fasse pas un usage contraire aux lois et aux réglements. La liberté individuelle, qui est la base des droits subjectifs, ne connaît pas de limites, sauf celles tracées par la loi.[24]

Mais cette cohésion n'est possible que si la loi revêt une forme universelle, si elle fait abstraction de l'individu concret et de ses déterminations sociales. L'homme n'est pas considéré en tant que travailleur ou en tant que chrétien, ou en tant que pauvre ou riche, mais comme *citoyen,* c'est-à-dire, comme une personne abstraite. En raison de la concurrence effrénée entre individus dans la société capitaliste, un minimum d'harmonie et d'intégration ne peut être réalisé qu'en faisant abstraction de l'existence concrète et du mobile de chaque individu. «Quand un homme s'engage dans des contrats, des relations d'échanges ou autres obligations, il le fait en tant que sujet abstrait de capital ou de force de travail ou comme détenteur de quelquechose, possession ou talent socialement nécessaire. C'est pourquoi la loi ne peut être universelle et traiter les individus comme des égaux qu'à condition de devenir abstraite. *Le Droit est plus une forme qu'un contenu,* et la justice dispensée par la loi s'applique à la forme générale des transactions et interactions, tandis que les variétés concrètes de la vie individuelle n'interviennent qu'à titre de circonstances atténuantes ou aggravantes.»[25]

l'égalité, justification idéologique de l'obligation juridique et partant de l'obligation politique

Dans le paragraphe précédent nous avons pu remarquer que la loi, d'une part, présuppose *la liberté,* dès lors qu'elle constitue une médiation indispensable entre la finitude des libertés subjectives et contradictoires, et d'autre part, elle garantit et perpétue cette liberté (voire cette «atomisation», cette «séparation», d'un individu de l'autre) par la forme abstraite et générale dont elle est revêtue. Si à cela on ajoute le fait que la loi est considérée comme l'expression de la volonté générale, on comprend mieux le postulat du libéralisme, selon lequel le devoir d'obéir à la loi équivaut à l'obligation d'obéir à la liberté. Car, toujours d'après la pensée libérale, «la liberté consiste à le faire, à se créer une forme, à exister selon une loi qu'elle s'impose. La liberté porte en elle l'obligation à se faire, l'obligation à la liberté».[26] L'obligation politique, dans l'Etat libéral, suppose la libre adhésion du citoyen à l'ordre politique existant, elle implique la liberté de s'obliger soi-même.

Mais la loi étant surtout et avant tout la *connexion politique* de tous les individus qui sont membres de la collectivité-Etat, elle doit traduire fidèlement la volonté politique de ce corps. Elle s'impose comme la manifestation la plus authentique de la volonté nationale. Mais, pour mieux remplir ce rôle, elle doit non seulement apparaître comme l'oeuvre du «souverain», du peuple par l'intermédiaire du Parlement, mais elle doit aussi traiter sur un pied d'égalité tous les citoyens, en d'autres termes, elle doit être *impersonnelle*. La liberté appelle ici *l'égalité* qui devient à son tour un élément constitutif et fondamental de toute règle de Droit, de toute loi.

De ce point de vue, «l'égalité est le résultat de la loi», dès lors que «c'est dans l'effet médiat de celle-ci que l'égalité trouve son origine».[27] En effet, l'idée de l'égalité est plus le produit de l'organisation politique de la société que de son état civil ou naturel. Pour la pensée libérale, alors que la liberté est inhérente à la nature humaine, l'égalité, par contre, est le propre des citoyens. On sait que la doctrine juridique a établi une distinction entre les droits de l'homme et les droits du citoyen.[28] Les «droits de l'homme», distincts des droits du citoyen, ne sont rien d'autre que les libertés civiles de l'individu, membre de la société bourgeoise, de l'individu réel en tant qu'il participe à la production matérielle. Par contre, «les droits du citoyen» ne sont que les droits politiques de l'individu, membre de l'Etat-Nation, en tant qu'il participe à l'exercice du pouvoir politique. L'homme,

24. Voy. entre autres A. Vachet, *L'idéologie libérale,* éd. Anthropos, 1970, pp. 20-203 et 231-239; P. Braud, *La notion de liberté publique en droit français,* Paris, LGDJ (1968), p. 417 et ss.

25. Marcuse H. , *op. cit.,* p. 252. Sur l'apparition historique de la Loi, opposée au droit coutumier et aux privilèges de l'Ancien Régime, voy. K. Marx. *La loi sur les vols des Bois,* aussi que les considérations intéressantes à ce sujet du juriste hongrois Imre Szabo , *Les fondements de la théorie du droit,* Akadémiai Kiadó, Budapest, p. 86 et ss.

26. R. Polin. *L'obligation politique,* PUF, coll. sup. 1971, p. 26.

27. H. Buch, «La notion d'égalité dans les principes généraux du Droit», in *L' Egalité,* Travaux du Centre de Philosophie du droit de l'Université Libre de Bruxelles Bruylant (1971), p. 218. Sur le rapport fondamental entre le Droit et la notion d'égalité, voy. Im. Szabo, *op. cit.,* pp 107-115. L'égalité formelle est un élément essentiel du droit bourgeois.

28. Pour une critique de cette distinction, consultez Szabo I., «Fundamental Questions Concerning the Theory and History of Citizens Rights», in *Socialist Concept of Human Rights,* Akademiai Kiadó, Budapest (1966), pp. 32 et s., voy. aussi le texte classique de Marx K., *La question juive,* éd. 10/18, pp. 37 et ss.

en sa qualité de citoyen, est une personne abstraite, par définition égale à tous les autres.

Cette égale considération de l'un par l'autre, cette réciprocité de droits égaux devient la condition, le fondement même, de l'association et par là, de l'obligation politique.

Ceci est très clair dans la théorie du Contrat Social. D'après Rousseau, les hommes pouvant être inégaux en fortune ou en nature, deviennent, grâce au pacte politique conclu, *tous égaux par convention ou en droit.*[29] Puisque chacun a droit égal à décider de ce qui intéresse tous, les citoyens ne devraient pas avoir d'objection à *obéir à la volonté générale incarnée par la loi.* L'égalité de droit permet alors d'expliquer et de justifier l'obéissance de tous les citoyens à la loi, puisque dans cet état de choses «personne n'est contraint de se soumettre à la volonté d'autres hommes, mais chacun consent à être obligé par une règle qui vaut pour tous».[30] Nous devons donc obéir à la loi, parce que, tout en étant l'expression de la volonté générale du corps social auquel nous faisons partie, elle s'applique de façon générale à tous (égalité devant la loi).

Voyons maintenant comment ces postulats idéologiques se déduisent de la société de production marchande, comment ils s'appliquent dans une économie de marché. Car, les concepts de liberté et d'égalité non seulement émergent des conditions créées par l'économie de marché généralisé, mais en plus ils se constituent en conditions d'existence de celle-ci. La reproduction sociale des conditions de production et des rapports sociaux existants n'est assurée que par référence à ces deux concepts.

A cet égard les réflexions du juriste marxiste Pachukanis sont révélatrices, surtout en ce qui concerne le caractère impersonnel et abstrait de la contrainte juridique. Pachukanis a bien remarqué[31] que dans la mesure où toute société représente un marché, dont le fonctionnement effectif dépend de l'échange universel des produits ainsi que de la réalisation de la valeur de l'échange: «la fonction de contrainte ne peut apparaître comme une fonction sociale lorsqu'elle n'est pas abstraite et impersonnelle. La subordination à un homme comme tel, en tant qu'individu concret, signifierait dans la société de production marchande la subordination à un arbitraire, car celle-ci coïncide avec la subordination d'un propriétaire de marchandise à un autre».

Cette explication de la contrainte juridique coïncide paradoxalement avec les formulations théoriques de l'un des plus célèbres fondateurs du libéralisme, Hobbes. Lui aussi a déduit le fondement de l'obligation politique des conditions matérielles de l'économie de marché. Il a constaté en tout cas, que dans une société fondée sur l'économie de marché, tous les individus entraînés par la lutte acharnée de concurrence vers la domination d'autrui connaissent une insécurité presque *égale.*[32] De même, tous les individus sont subordonnés de la même manière aux lois du marché. Puisqu'il y a en fait des conditions de concurrence égales, tous les concurrents seront disposés à admettre une autorité neutre et impersonnelle qui aurait pour tâche de maintenir et de faire respecter les conditions initiales de concurrence et les lois naturelles du marché. Il n'y a donc moyen de faire respecter par tous les hommes l'autorité de l'Etat et du Droit que si «l'on est en mesure de postuler que les membres dont la société se compose, se considèrent ou peuvent se considérer come égaux, dans un domaine qui dépasse en importance tous ceux où leurs inégalités sont flagrantes... Aussi longtemps que chacun a été soumis à la concurrence et aux déterminations du marché, aussi longtemps que cet assujetissement apparemment universel a été accepté en pratique par tous les hommes—qu'ils l'aient estimé parfaitement ou simplement inévitable—cette égalité a pu servir de fondement à l'obligation rationnelle de tous les hommes envers une autorité capable d'établir et d'assurer l'ordre dans les seuls rapports humains qui fussent alors possibles, à savoir les rapports de marché».[33]

Tant que les produits du travail humain sont appréciés non pas en fonction de leurs qualités spécifiques d'usage, de leur utilité concrète, mais qu'ils sont envisagés notamment en tant qu'objets destinés à l'échange, en tant que marchandise, la régulation des activités humaines prendra la forme abstraite du droit égal.[34] De même, tant que tous les travaux des producteurs seront considérés abstraitement et indistinctement sous leurs aspects quantitatifs (temps écoulé), l'idée de l'égalité occupera une place prépondérante dans la conscience sociale. L'égalité, basée sur l'équivalence de tous les travaux humains, constitue le fondement réel sur lequel toute idéologie juridique et politique de la bourgeoisie moderne s'est édifiée. Il n'est donc pas étonnant de voir le Droit tout entier s'ériger sur le concept de l'égalité, dès lors

29. Voy. Criffin-Collart, «L'égalité: condition de l'harmonie sociale pour J.J.Rousseau», in *L'égalité,* Bruylant (1971), pp. 258 et ss.

30. *Idem.,* p. 262.

31. E. Pachukanis, *La théorie générale du droit et le Marxisme,* Paris (1970), p. 131.

32. Sur ce sujet, voy. C.B. MacPherson, *La théorie politique de l'individualisme possessif de Hobbes à Locke* (traduction française), Paris, Gallimard (1971), pp. 81 et ss.

33. C.B. MacPherson *op. cit.,* pp. 297-298.

34. Voy. à ce sujet, Ph. d'Harcourt, «Le droit égal», Réflexions sur un texte de Marx, *Archives de philosophie du Droit,* 1974, pp. 209-223.

que celle-ci forme la catégorie centrale de l'idéologie libérale.[35]

Il en ressort que l'égalité n'est pas seulement un des principes généraux du droit, mais aussi et surtout *une qualité essentielle* de toute règle de droit, du Droit tout entier.[36]

De ce point de vue, «l'égalité est à la fois créatrice de la loi et fonction de celle-ci. Elle se situe tout à la fois avant et après la loi».[37] Ceci est la conséquence d'un mouvement permanent qui fait passer de la loi de l'égalité a la égalité de la loi.

Cela montre que l'idée de Droit est intimement liée avec cette autre idée d'échange par équivalent, échange qui ne peut être réalisé qu'à travers l'utilisation d'une commune mesure: la norme juridique.[38] Il est significatif que le terme grec κανών (norme) signifie mesure. Le Droit joue précisément ce rôle d'instrument de mesure des agissements et des rapports sociaux, qui naissent sous l'impulsion de l'échange des choses ou des objets. *Avant d'être donc obligation la norme juridique est instrument de mesure.*[39]

l'obligation, corrélatif du droit subjectif

Cette idée fondamentale est niée pourtant par la doctrine dominante qui ne voit dans la norme juridique qu'une obligation, un impératif. Le juriste moderne n'hésite pas un instant à affirmer que l'obligation juridique est une pièce fondamentale et caractéristique de l'ordre juridique. L'impérativité est considérée comme partie intégrante de toute norme juridique.[40]

L'obligation juridique, dit Kelsen, n'est que la norme juridique elle-même considérée au point de vue de la conduite qu'elle prescrit à un individu déterminé. Si l'on se demande sur le fondement de l'obligation juridique, sur quoi repose le caractère impératif de la règle de Droit, Kelsen répond que la norme juridique ne tire sa validité que de la norme supérieure:

«La validité d'une norme ne peut avoir d'autre fondement que la validité d'une autre norme. En termes figurés, on qualifie la norme qui constitue le fondement de la validité d'une autre norme de norme supérieure par rapport à cette dernière qui apparaît donc comme une norme inférieure à elle.»[41]

Pour Kelsen le problème de la légitimité d'une norme juridique est essentiellement un problème de légalité:

«Une norme juridique est valable si elle a été créée d'une manière particulière, à savoir selon des règles déterminées et d'une méthode spécifique... Mais, ce principe de légalité est restreint par celui de l'efficacité de l'ordre juridique considéré dans son ensemble.»[42]

Ainsi, l'efficacité d'une norme est une condition de sa validité, car «une norme cesse d'être valable quand les individus dont elle règle la conduite ne l'observent pas dans une mesure suffisante».[43]

De même, un système juridique donné n'existe que s'il atteint un degré minimum d'efficacité. L'existence donc d'un système légal dépend uniquement de son efficacité, c'est-à-dire, de l'obéissance générale à ses lois.[44]

Ainsi, la pensée normativiste arrive à éluder la question du fondement de l'obligation juridique par un jeu de tautologies: la source de l'obligation juridique se trouve dans l'ordre juridique même. Celui-ci est obligatoire parce qu'il existe, et il existe lorsqu'il est efficace. Quant à la norme juridique particulière, elle tient son impérativité du fait qu'elle s'insère dans un système légal efficace donné. En d'autres mots, le Droit est obligatoire lorsqu'il est identique à lui-même. Kelsen et ses disciples dans leur démarche positiviste, ne constatent au fond que la conformité de la règle de droit à la règle de droit, ou pour reprendre une phrase heureuse d'Edelman,[45] ils ne constatent que la positivité du Droit et leur constatation n'est que constatation de leur constatation. Même, lorsqu'ils font appel à la notion de l'Etat pour fonder la sanction juridique, et en dernière analyse, l'efficacité de l'ordre juridique, leur système est toujours prisonnier du même ordre des contradictions. Car, pour eux, l'Etat est identifié à l'ordre juridique: «un Etat qui ne serait pas ou ne serait pas encore un ordre juridique n'existe pas, car un Etat ne peut être

35. Sur le concept d'égalité en tant que catégorie centrale de l'idéologie libérale, voy. G. Labica, «De l'égalité», *Revue dialectique,* No 1-2 et No 6.

36. Voy. à ce sujet, Imr. Szaro, *Les fondements de la théorie du droit,* Akadémiai Kiadó.Budapest, p. 107-112 et Ph. Vegleris, «Le principe d'égalité dans la Déclaration Universelle et la Convention européenne des droits de l'homme», in *Miscellanea,* W.J. Ganshof van der Meersch, tome I., Bruylant (1972), p. 567 et ss.

37. Buch, *op. cit.*

38. M. Miaille, *Une introduction critique au Droit,* Paris, Maspéro (1976), p. 104.

39. *Idem.*

40. Voy. M. Virally, *La pensée juridique,* LGDJ, 1960, pp. 66 et ss. et Freud, *Le Droit d'aujourd'hui,* PUF, Dossiers Logos, 1972, surtout l'introduction et la conclusion et G. Miedzianagora, *Philosophies positivistes du Droit et Droit positif,* Paris, LGDJ, 1970.

41. Kelsen H., *Théorie pure du Droit,* traduction française, Neuchatel. (1953), pp. 113 et ss.

42. *Idem.,* p. 119.

43. *Idem.*

44. Voy. sur ce point précis V.J. Raz, *The Concept of a Legal System,* Oxford, 1970, pp. 98 et ss. et 203.

45. B. Edelman, *Le Droit saisi par la photographie,* Paris, Maspéro, 1973, p. 122.

qu'un ordre juridique...en tant que réalité d'ordre intellectuel, il est un système des normes étudié par la science normative du Droit...».[46]

Ici, le devoir d'obéissance à l'Etat, l'obligation politique est purement et simplement réduite à l'obligation juridique: la puissance de l'Etat n'est autre chose que l'efficacité d'un ordre juridique. Par conséquent, l'obligation juridique n'aurait pas besoin d'une validité politique mais c'est l'obligation politique qui devrait être entièrement juridifiée.[47]

Nous avons pu voir cependant que l'Etat, tout en étant une médiation indispensable des rapports juridiques, un garant fondamental de l'observation par les individus du prescrit juridique, ne peut pas se présenter comme la source réelle de la norme juridique. Celle-ci est condamnée à chercher son fondement entre deux pôles apparemment contradictoires: la contrainte et la liberté, l'autorité et la volonté des particuliers. Ceci constitue la clé du phénomène juridique dans son ensemble.

Le Droit n'est pas une somme d'obligations, des prescriptions impératives, mais un ensemble des droits *et* des obligations, des pouvoirs *et* des devoirs. Pouvoirs et devoirs sont les instruments opérateurs des relations interindividuelles. Leur combinaison engendre des rapports spécifiques, les rapports juridiques, qui sous-tendent et déterminent les rapports sociaux. L'instance juridique est par conséquent le lieu où les rapports des individus *sont connus et traités en termes de pouvoirs/devoirs, définis et sanctionnés pourtant impérativement par l'Etat.*

Le contenu logique de la norme juridique s'analyse comme *un rapport des droits et devoirs mutuels,* comme une relation corrélative entre un sujet actif muni d'une prétention, d'une autorisation et un sujet passif assujetti à une obligation. Obligation juridique et droit subjectif sont deux notions corrélatives, de telle manière qu'à chaque droit subjectif correspond une obligation juridique et inversement. Ceci est une vérité admise presque par l'ensemble de la science juridique.[48]

De ce point de vue, l'obligation juridique ne peut être conçue que comme le reflet, le correlat du droit subjectif. Car, l'attribution par le Droit (la norme juridique) des droits ou des autorisations subjectives «serait vaine du point de vue juridique, s'il n'y avait pas obligation d'autrui ou des autres de les respecter et si cette obligation n'était pas par la force du droit, co-active. L'autorisation (l'exigence, la prétention) sans l'obligation correspondante serait donc sans valeur».[49]

Un ordre juridique qui ne comprendrait que des obligations serait une enveloppe vide de contenu. C'est pourquoi la notion première du langage juridique de l'Europe moderne «qui s'est formée entre le XVIe et le XIXe siècle, est la notion de droit subjectif: propriété, droits réels ou droits personnels, aujourd'hui droit à la santé ou à la culture ou aux loisirs, libertés publiques, droits sacrés de la personne humaine, avantages assurés à l'homme ou pouvoirs de la volonté de la liberté de l'individu. Le juriste cultive, modèle et protège les droits subjectifs, comme le jardinier soigne ses fruits».[50]

En définitive, le Droit n'apparait sous forme d'obligation que si on l'envisage du côté inverse. Dans le cadre des rapports de Droit privé, les obligations civiles par exemple, ne sont que la contrepartie, la face passive du droit personnel ou droit de créance.[51] Quant au droit subjectif de propriété, si celui-ci implique la faculté d'user et d'abuser du bien, pour tous les autres individus qui ne sont pas propriétaires de celui-ci, *il impose une obligation négative: de n'en point troubler l'exercice.*[52]

C'est donc pour tous ceux qui ne sont pas titulaires des droits ou des libertés que le Droit s'impose comme une somme d'interdictions. La phrase alors obscure de Hegel «qu'à proprement parler, le Droit ne fait place qu'à des interdictions et n'impose aucune prescription» s'éclaircit. Ceci est la traduction de ce «principe universel qui est à la base du droit, et dont les autres ne sont qu'applications particulières...»: «il est interdit de porter atteinte à la propriété d'autrui.»[53]

Le système donc juridique est avant tout *un système des rapports;* il assure la cohésion et l'uniformisation, ainsi que la reproduction des rapports sociaux existants, en établissant *une mesure commune: la norme juridique.* C'est la généralisation de la forme abstraite et impersonnelle de cette norme qui engendre par la suite l'impérativité, «qualité qui paraît intrinsèque alors même que cette qualité appartient non à la norme mais au type de relation, de

46. Kelsen, *op. cit.,* p. 162.

47. Voy. Manitakis, «Une critique de l'obligation juridique», in *Pro Justitia* (Revue politique du Droit), no 10, p. 36.

48. Voy. par exemple G. Del Vecchio, *Leçons de Philosophie du Droit,* Paris (1936), pp. 207 et 259. H. Bekaert, *Introduction à l'étude du Droit,* Bruxelles (1965), p. 335. C. Eisenmann, «Droit Public, Droit Privé», *Rev. dr. public* (1953), No 4, pp. 916 et ss. C. Despotopoulos, *Philosophie du Droit,* Athènes (1954), pp. 145, 165, 173. T. Givanovitch, *Système de Philosophie synthétique,* Paris, LGDJ (1970), p. 164.

49. T. Givanovitch, *op. cit.,* p. 213.

50. M. Villey, «Contre l'humanisme juridique», *Archives de philosophie du Droit,* 1968, p. 205, Voy. aussi du même auteur trois études sur le «droit subjectif», in *Seize essais de philosophie de Droit,* Dalloz (1969).

51. Voy. J. Carbonier, *Droit civil,* IV, *Les Obligations,* PUF, Thémis, 1972, p. 7 et Virally, *op. cit.,* p. 66.

52. A. Manitakis, *op. cit,* p. 40.

53. Hegel, *Propedeutique philosophique, op. cit.,* § 7.

rapport social réel dont cette norme est l'expression.»[54]

Ce type de relation déterminée n'est autre que le rapport d'échange entre possesseurs de marchandises, égaux formellement et indépendants l'un de l'autre.

Chercher dans le Droit le fondement de l'obligation d'obéir à la loi est absurde. La loi tire son autorité et son prestige du fait qu'elle est supposée incarner la volonté générale de la communauté politique composée de sujets «libres» et «égaux». La norme légale s'applique à tous parce qu'elle est égale pour tous, et parce que ceux qui l'admettent et l'acceptent sont considérés comme «égaux». Elle s'adresse en outre à des sujets «libres» puisque la participation à la société politique laisse présumer déjà un consentement du moins implicite, de tous ceux qui en font partie. L'obligation politique est dès lors fondée sur l'hypothèse gratuite que les hommes en tant que citoyens sont dans une relation identique à la communauté politique et que leur liberté subjective trouve son existence réelle dans une existence objective et universelle en se développant en liberté objective. En effet, la liberté subjective ne peut exister que si elle est reconnue et respectée comme telle par tous les membres de la cité. La loi surgit ainsi de la nécessité de faire coexister dans un état du mutuel respect la liberté des possédants avec la liberté de non possédants.

54. Miaille, *op. cit.*, p. 108.