

Le droit, source de conflits

VICTOR DAUDET ET JEANNE NAVARRE-BRAGER

ALER et ATER à l'Université Montpellier I

La prétention même du législateur, comme celle des institutions judiciaires, est de fixer la trame des rapports humains. On reconnaît volontiers au Droit la fonction d'assurer la continuité, la stabilité des rapports sociaux ; la chose apparaît plus nécessaire encore lorsque ces rapports sont de nature conflictuelle. Selon les schémas habituels, le Droit trouve son origine dans la volonté de répondre, de réguler, voire d'éradiquer les conflits, en substituant à eux des rapports juridiques arbitrés par la loi. En témoignent d'ailleurs les premières normes de droit apparues qui constituent notre héritage juridique. Que ce soit la Loi des XII Tables, gravée en 451-450 avant Jésus-Christ, face à un ultime conflit opposant plébéiens et patriciens, ou plus tard la Loi salique, rédigée entre 507 et 511 après Jésus-Christ, qui, dans ses termes mêmes, a pour but de « maintenir la paix » et « couper court à l'enchaînement sans fin des bagarres »¹. Le Droit a ainsi « pour fonction, parmi d'autres, de régler ou permettre de régler les conflits dont il ne peut éviter l'éclatement »². Si le Droit en tant que tel – le Droit considéré dans son essence – ne se laisse pas aisément cerner, il existe un « noyau permanent » de celui-ci. Le Droit objectif peut être défini comme un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées, qui s'imposent aux membres de la société »³, et le droit judiciaire comme englobant « l'ensemble des règles qui permettent de résoudre un litige »⁴.

¹ La Loi salique, prologue et extrait de la version primitive du *Pactus legis salicae*, cf. K. A. Eckhardt (dir.), *Pactus legis salicae*, Göttingen, 1954, pp. 507-511.

² A. JEAMMAUD, « Conflit/litige », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 255.

³ G. CORNU, « Droit », in *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 7^{ème} édition, 2005.

⁴ E. JEULAND, « Droit judiciaire », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 357 ; si le terme de « conflit » peut s'avérer plus large que celui de « litige », en ce que le conflit est une « opposition de vues ou d'intérêts, une mésentente, situation critique de désaccord pouvant dégénérer en litige ou en procès ou en affrontement de fait » (G. CORNU, *ibid.*) et pouvant donc se situer antérieurement à la naissance du litige proprement dit, il est « parfois synonyme de litige (né, même s'il n'est pas encore porté devant un juge) » (G. CORNU, *ibid.*).

Suivant Descartes, indiquant que ce n'est pas assez d'avoir le bon droit, l'essentiel étant de l'appliquer bien, nous traiterons de ces deux aspects du Droit, en tant que norme et en tant qu'institution judiciaire. Le terme « conflit », quant à lui, s'exprime dans une relation d'affrontement d'un nombre variable d'acteurs autour d'une opposition de prétentions non nécessairement (ou immédiatement) juridiques. Dès lors, ce terme recoupe toute situation d'opposition de droits, ou toute situation de divergence d'opinions, de contestation, ou tout simplement toute situation de discussion ; c'est ce que les sociologues contemporains appellent le conflit social ou personnel⁵. Le terme de conflit social diffère alors de celui de litige (opposition de prétentions juridiques ou opposition sur les prétentions d'un demandeur) en ce qu'il révèle des dimensions ne se cantonnant pas à la seule sphère juridique⁶. Il diffère encore du conflit judiciaire, c'est-à-dire du conflit institutionnalisé qui ne constitue qu'un épisode du premier, le système judiciaire tendant à proposer une solution précise à des oppositions qu'il met en forme lui-même⁷. Nous envisagerons donc ce terme de conflit dans un premier temps dans le sens large du conflit social visant toute situation d'opposition entre deux titulaires de droits ou entre un titulaire de droits et la règle elle-même ; puis nous traiterons de ce terme dans le sens plus étroit du conflit judiciaire, c'est-à-dire du conflit tel que traité par l'appareil étatique. Au regard de la sociologie classique, le conflit a souvent été considéré comme le symptôme d'un dysfonctionnement de l'organisme social, ou comme l'expression d'une déviance ou d'une rupture du lien social. Aussi les juristes et les sociologues ont-ils longtemps partagé la même conception de la norme et du droit. L'objectif principal du droit étant d'éviter ou de résoudre les conflits, sa fonction préventive se situe dans les interdictions qu'il édicte, dans les règles de conduite qu'il impose, et sa fonction répressive dans les solutions qu'il met en place afin de résoudre les conflits déjà nés⁸.

Mais le Droit n'est-il réellement que le dénouement du conflit ? Ne peut-il pas en être également la cause ? En effet, il paraîtrait aujourd'hui peu probable qu'à l'exemple de Socrate, nous préférâmes la mort au conflit avec le Droit ou son application. En appréhendant les vicissitudes de la norme de droit, nous savons que celle-ci, en dépit de la formule de Jean-Jacques Rousseau, n'est pas toujours « droite

⁵ Cf. sur ce point les travaux du Professeur P. Noreau, envisageant le conflit social comme simple malentendu ou discussion sur l'état de la norme applicable aux parties impliquées : P. NOREAU, *Le droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis/CDPQ, 1993, p. 89.

⁶ Cf. M.-C. RIVIER, « Conflit/litige », in L. CADIET, (dir.), *Dictionnaire de la Justice, op. cit.*, p. 198, qui distingue les deux termes. Cf. également *infra*, II, 2), a).

⁷ Cf. P. NOREAU, « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *Droit et société*, n° 40, 1998, p. 594.

⁸ Que ces solutions soient légales ou judiciaires.

et infaillible »⁹. Le Droit pouvant être considéré comme un art (« L'art du bon et du juste », disaient les juristes romains¹⁰), ou encore comme une science, mais une science non exacte, est automatiquement sujet et cause de dispute dans son essence même comme dans son application.

Autrement dit, le Droit peut être source de conflit. La remarque a déjà pu être soulignée¹¹, et elle sera ici appréhendée au regard de certaines perspectives. Les idées développées ne concerneront parfois qu'une minorité de justiciables, le propos ne visant pas à démontrer que le Droit est le créateur principal du conflit, ce qui serait nier son rôle et la paix sociale résultant de son application. Mais il s'agira de développer l'idée selon laquelle le Droit est *par nature* créateur de conflit.

La norme de droit ne peut se départir d'un idéal de Justice qu'elle tend à atteindre ; mais cet idéal, par les acceptions diverses qui en résultent, peut faire entrer le destinataire de la norme en désaccord avec celle-ci, et faire naître un conflit social. Cette norme, lorsqu'elle est créée, confère par ailleurs des droits subjectifs aux individus, se limitant et s'opposant, et engendrant le conflit social (I). Mais le conflit résulte également de l'application de la norme : le pouvoir d'appréciation laissé au juge peut ainsi conduire à une différence de traitement préjudiciable à la paix sociale ; le prononcé de sa décision, en outre, ne mettra pas fin au conflit personnel des parties, et pourra même en générer un nouveau : le conflit judiciaire (II).

I – LA NORME DE DROIT, CRÉATRICE DE CONFLIT SOCIAL

Au travers de différentes manifestations, le Droit, qui ne se limite pas à un seul rôle d'ordonnement de dispositions ayant pour but une organisation scientifique et efficace de la société, tend à atteindre un objectif de Justice qui lui est assigné ; cet objectif, cependant, n'est pas toujours considéré comme atteint, et cette différence entre ce qui est attendu du Droit et ce que le Droit édicte finalement peut créer un

⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*, L. II, *De la loi*, Ch. VI, Amsterdam, M.-M. Rey, 1762.

¹⁰ Celse, définition rapportée par Ulpien, cf. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages de droit français*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 1992, n° 184.

¹¹ Cf. notamment A. JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 255. L'auteur expose notamment divers éléments pouvant accroître les « occasions, motifs ou moyens de querelle sur le terrain juridique » ; si nous développerons ici le phénomène de « subjectivation » résultant de la multiplication des droits subjectifs ou de la promotion des droits fondamentaux, nous ne suivons pas l'auteur quant à la « montée des “ principes ” » qu'il évoque, et se rapportant à la possibilité de contester des règles juridiques par l'application d'autres règles, qui leur sont supérieures (conventions internationales, droit communautaire, exceptions d'inconventionnalité ou plus récemment d'inconstitutionnalité...) ; nous n'envisagerons pas les contestations possibles que le Droit met en place, mais tenterons de relever la nature conflictuelle intrinsèque au Droit (ou aux droits) ne faisant pas partie des objectifs explicites de celui-ci.

conflit social et personnel avec le justiciable (1). Et c'est parfois la norme elle-même, lorsqu'elle est créée, qui vise à engendrer le conflit entre différents droits, cette nature conflictuelle étant peut-être de l'essence du droit subjectif (2).

1) *L'idéal de Justice, poursuivi par le Droit objectif, porteur de conflit avec le justiciable*

L'idéal de Justice, inhérent au Droit (a), engendre, en raison de son acception subjective (b), le conflit avec le destinataire de la règle.

a) La Justice, inhérente au Droit

Si la Justice ne rentre pas dans la définition restreinte du Droit objectif, l'occulter de l'acception qui doit en résulter serait le tronquer d'une grande partie de son sens. Derrière les règles que le Droit énonce existent en effet « des considérations et des finalités d'ordre plus fondamental »¹².

D'un point de vue théorique, les juristes ont pu se diviser entre tenants de l'idéalisme et tenants du positivisme. L'idéalisme apparaît lorsque « l'on estime qu'au-dessus de l'ensemble des règles qui constituent le « droit positif », il existe un idéal de Justice qui appartient aussi au domaine du Droit et offre aux hommes une sorte de recours lorsque les règles du droit positif sont injustes, au sens large de ce mot »¹³. Ce sont les doctrines du droit naturel qui ont au mieux illustré cette recherche, estimant que les règles de droit positif ne visent qu'à atteindre cet idéal de Justice recherché par l'Homme¹⁴. Mais sans qu'il soit nécessaire de prendre ici parti, on peut simplement rappeler que le pouvoir juridique « invoque toujours la justice »¹⁵, que celle-ci constitue « le fondement et la fin du droit »¹⁶. La Justice, qui se décline parfois sous le vocable de « morale »¹⁷, est inhérente au Droit¹⁸, lui

¹² F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd., 2006, n° 182, p. 143.

¹³ F. TERRÉ, *ibid.*, p. 144. Le positivisme repose quant à lui sur l'idée qu'il n'y a pas de droit autre que celui qui résulte de la réalité positive, et peut être divisé en positivisme sociologique et positivisme juridique : cf. F. TERRÉ, *ibid.*, n° 185, p. 145.

¹⁴ Nous envisageons ici les conflits existant entre Droit et Justice, et non entre diverses règles de droit : le contrôle de la loi par le juge, illustré dernièrement par la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité, n'entre donc pas dans le cadre de ces propos.

¹⁵ Ph. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 626 : « 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 ».

¹⁶ H. MAZEAUD, « Les notions de Droit, de justice et d'équité », in *Aequitas und bona fides*, Basel 1955, p. 232.

¹⁷ Cf. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, coll. Forum, 1996, pp. 114 et s.

confère force et légitimité, la recherche de la paix sociale ne pouvant uniquement reposer sur des normes de comportement à respecter, mais devant également être teintée de Justice pour que les destinataires des règles acceptent de se soumettre à elles.

Dès lors, cette nécessité de conjuguer la règle de droit à la Justice en tant que valeur peut entraîner de nombreux conflits personnels.

b) Les conflits engendrés par l'acception subjective de l'idéal de Justice

Ces conflits peuvent intervenir en amont, lorsque les hommes essaient d'établir le système de droit. Ici, le conflit en tant que dispute, discussion, est éminemment nécessaire. Pour construire un système de droit, il faut que tous les Hommes se mettent en accord, « tous et unanimement », dira Rousseau dans *Le contrat social*¹⁹, sur les normes de droit sous lesquelles leur vie sera régulée. Il faut donc, pour qu'une société soit juste, que le Droit soit le produit et le compromis de toutes les volontés, de toutes les attentes de chacun. La constitution d'un système de droit appelle par définition le conflit, c'est-à-dire le débat avec tous ceux qui seront concernés par celui-ci. Le Droit apparaît dans son établissement, par principe, sujet à conflit.

Mais le conflit peut aussi intervenir en aval, car intrinsèquement, la norme nécessite la discussion. En effet, le justiciable acceptant de se soumettre à la règle se trouve généralement en accord avec l'idéal de Justice véhiculé par elle, mais les acceptions de cette notion de Justice en tant que valeur laissent par nature place aux divergences²⁰, et s'avèrent fonction de la sensibilité personnelle de chacun. Tout comme la morale²¹, la Justice se prête à une multitude de définitions, et si elle peut s'exprimer sous la forme d'un « anonymat global », d'une « idéologie inconsciente qui [...] réconcilierait la quasi-totalité des Français »²², elle ne peut jamais les concerner tous, et en laisse un certain nombre insatisfaits. Le Droit objectif se détache ainsi de l'idée de Justice que certains destinataires de la règle en ont.

La Justice est alors découverte non pas là où elle est, mais là où elle n'est pas²³, et c'est l'injustice, poussant à la révolte, qui cherche à rétablir la Justice. Éclate ainsi le conflit du destinataire avec la règle de droit. Cette règle cristallise alors l'injustice, l'inadaptation du Droit avec l'idéal socialement recherché. Ce problème est touché

¹⁸ D'ailleurs, « employé absolument [le mot « droit »] peut être synonyme de Droit idéal ou de Droit naturel ou encore de justice », cf. G. CORNU, « Droit », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹⁹ J.-J. ROUSSEAU, L. I, *Du pacte social*, *op. cit.*

²⁰ Cf. J. CARBONNIER, « Définir le droit », *Droits*, 1989-1990, n° 3, p. 8.

²¹ Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 625.

²² Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 631, à propos du pouvoir moral pur.

²³ J. CARBONNIER, *op. cit.*

par Sophocle, de manière aussi belle qu'imprécise, lorsqu'Antigone, au nom de sa seule conscience individuelle, répand quelques poignées de terre sur le cadavre de son frère, et viole ainsi les lois de Créon. Antigone rentre bien en conflit avec le droit de sa cité, qui lui apparaissait injuste.

De nos jours, l'opposition à une norme adoptée démocratiquement dans un régime de droit (régime respectant les principes fondamentaux du droit naturel) mais considérée comme injuste est justifiée au nom de la « désobéissance civile », titre d'un ouvrage posthume de son théoricien Henry David Thoreau²⁴ ; ce dernier refusa de se plier aux lois des États-Unis, estimant qu'elles violaient les droits fondamentaux de l'Homme en autorisant l'esclavage et en menant une guerre jugée colonialiste contre le Mexique. Au nom de ce même principe, Rosa Parks refusera le 1^{er} décembre 1955 de céder sa place assise dans un bus en raison de la couleur de sa peau. Plus généralement, tout individu peut opérer ce même travail de disqualification de la règle en la confrontant à des normes qu'il juge supérieures. Dans la majeure partie des cas, le conflit se matérialise sous la forme de contestations verbales, de débats, de propositions de lois, ou prend la forme d'oppositions d'ampleur, mais légales²⁵ (grèves, manifestations, ou discussions animées avec le pouvoir politique visant à le conduire à retirer ou modifier les règles décidées²⁶), le conflit se cantonnant ici au débat citoyen dans l'espace public. Mais il peut également revêtir une forme violente et illégale de désaccord avec la loi. L'association Droit Au Logement réquisitionne ainsi des appartements vacants, les « faucheurs volontaires » arrachent des plantes transgéniques, certains opposants à l'avortement s'enchaînent devant les hôpitaux... Jacques Ricot²⁷ met alors en avant l'Antigone qui sommeille en chaque citoyen, tel le maire qui s'affranchit de la loi républicaine pour marier des homosexuels. Quelles que soient les raisons politiques ou idéologiques qui peuvent pousser à la révolte, la même notion de désobéissance civile est invoquée. Celle-ci, correspondant au droit de s'élever, de contester, au nom de la seule conscience individuelle²⁸, contre les lois de la cité, se lie souvent au droit naturel²⁹.

²⁴ Cf. H. D. THOREAU, *La Désobéissance civile : du devoir de désobéissance civile*, Paris, Mille et une nuits, 1996.

²⁵ Conflit sociologiquement agonale, et s'opposant au conflit polémique, porteur de violence.

²⁶ Ce fut le cas pour le « Contrat première embauche », prévu à l'article 8 de la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances (*JORF* du 2 avril 2006), article abrogé par la loi du 21 avril 2006 sur l'accès des jeunes à la vie active en entreprise après une mobilisation d'ampleur.

²⁷ J. RICOT, extrait de « Interdit », in *Vices ou vertus*, Paris, Frémaux, 2008.

²⁸ Ainsi en va-t-il du soldat tenu de désobéir à un ordre « manifestement illégal », c'est-à-dire contraire aux droits humains fondamentaux.

²⁹ N. ALBALA et É. SIRE-MARIN, « Jusqu'où obéir à la loi ? », *Le Monde diplomatique*, avr. 2006, p. 28.

On comprend aisément que cette idée de désobéissance civile, et donc de conflit avec la règle édictée, se manifeste de manière encore plus flagrante dans les régimes d'oppression³⁰, dictatoriaux. En effet, dans ces régimes où le pouvoir est usurpé par un tyran, il pèse sur les normes une présomption irréfutable d'illégitimité, la norme étant soit adoptée par voie démocratique mais par un Parlement dont les membres ont été élus dans des conditions douteuses, soit ne procédant pas du Parlement et n'étant pas adoptée démocratiquement. Dans un tel cas, le conflit avec la règle semble de rigueur et la simple contestation de celle-ci laisse place à la résistance à l'oppression. Cette idée trouve sa source dans le droit canonique ; Saint-Thomas d'Aquin affirme dans sa *Somme théologique*³¹ que « les sujets n'ont pas à [...] obéir [aux princes séculiers] si leur pouvoir est injuste ou usurpé, ou si ce qu'ils commandent est injuste ». Cette idée médiévale de résistance, de conflit au moins passif avec le tyran, considérée comme un droit naturel, est ensuite reprise par l'article 2 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Plus récemment, l'alinéa 4 de l'article 20 de la Loi fondamentale allemande, inséré par la loi du 24 juin 1968, est éclairant sur ce point : il dispose que « tous les Allemands ont le droit de résister à quiconque entreprendrait de renverser » l'ordre démocratique et social de la République fédérale Allemande. La loi confère donc au justiciable le droit d'entrer en conflit avec la règle ; il est assurément légitime de contester une loi injuste, c'est-à-dire celle non adoptée démocratiquement ou adoptée dans un régime dictatorial. L'exemple des juges de Nuremberg, condamnant ceux qui avaient obéi aux lois iniques du III^{ème} Reich allemand³², ou encore celui du Général de Gaulle désobéissant aux lois de Vichy, conforte cette idée de conflit avec la norme au nom de valeurs supérieures. Mais quelle que soit la qualification du régime, de droit ou oppressif, le justiciable, parce qu'il opère un travail de confrontation entre la règle de droit et ses convictions personnelles, parce que cette règle ne remplit pas le rôle qui lui est assigné, entre nécessairement en conflit avec elle.

Ainsi, la constatation demeure : la norme de droit, dans son établissement comme intrinsèquement, peut être source de conflit. Le Droit objectif, par sa seule fonction d'institution de règles de conduite s'imposant aux membres de la société, combinée à une nécessaire recherche de la Justice, engendre de façon inéluctable ce

³⁰ H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 232.

³¹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Paris, Du cerf, 2004.

³² Cf. l'art. 8 du Tribunal pénal international de Nuremberg, la Conv. de Genève sur le traitement des prisonniers de guerre et protocole additionnel de 1977, ainsi que l'art. 33 du statut de la Cour pénale internationale.

conflit³³. Celui-ci peut également résulter des droits subjectifs que le Droit objectif confère à ses destinataires.

2) *L'essence du droit subjectif, porteuse d'un conflit entre les règles*

Le Droit reconnaît aux membres de la société des prérogatives dont ceux-ci peuvent se prévaloir dans leurs relations avec les autres, en invoquant, s'il y a lieu, la protection et l'aide des pouvoirs publics³⁴ : il s'agit des droits subjectifs. Les droits subjectifs s'avèrent pareillement porteurs de conflit, le droit créé et conféré visant parfois à entrer explicitement en conflit avec une autre règle (a). Mais cette relation conflictuelle que peut porter le droit subjectif s'avère en définitive générale, omniprésente, et inhérente au droit lui-même (b).

a) La consécration explicite d'un conflit entre les règles

Il arrive qu'un droit subjectif ne naisse que pour entrer un conflit avec un autre droit, et assurer ainsi à son titulaire la protection d'une prérogative. Le conflit apporté par la règle, visant à limiter le champ d'application de l'autre droit, est alors explicitement recherché par son créateur.

Ainsi, le « droit au logement », longtemps – et toujours – revendiqué³⁵, consacré par le législateur³⁶, met en exergue la naissance explicite d'un droit ayant pour but de faire obstacle à l'exercice absolu d'un autre droit, en l'occurrence du droit de propriété, pareil obstacle se retrouvant dans la consécration du droit de disposer d'un logement décent³⁷. Certains auteurs ont pu se demander si l'apparition et le développement de ces nouvelles prérogatives ne représentaient pas un danger pour l'existence même du droit de propriété³⁸ ; on ne fera cependant que souligner ici la création volontaire d'un droit venant entrer en conflit avec un autre droit. Le

³³ Bien entendu, le Droit reste le siège d'une utilité incontestable, né de la nécessité de « sortir d'un « état de nature » radicalement conflictuel » (Hobbes) ou d'un « conflit fondamental entre classes sociales » (Marx) : A. JEAMMAUD, *op. cit.*

³⁴ F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 3, p. 3.

³⁵ Cf. par ex. C. PÉCHU, *Droit Au Logement, genèse et sociologie d'une mobilisation*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006.

³⁶ La loi du 6 juill. 1989 a énoncé que le « droit au logement est un droit fondamental », le Conseil constitutionnel en ayant fait un « objectif de valeur constitutionnelle » dans une décision du 18 janvier 1995. Depuis, au moins sept lois ont porté sur sa définition et sa mise en œuvre : Cf. Y. JÉGOUZO, « Un droit au logement “ opposable ” », *AJDA* 2007, p. 57.

³⁷ Qui est un objectif de valeur constitutionnelle : CC, décision n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, *JORF* 21 janv. 1995, pp. 1166-1167.

³⁸ Cf. notamment H. PAULIAT, « L'objectif constitutionnel de droit à un logement décent : vers le constat de décès du droit de propriété ? », *Recueil Dalloz* 1995, p. 283.

droit subjectif, porteur de ce conflit déclaré, peut même, dans certains cas, se révéler dangereux pour l'harmonie sociale : ainsi en va-t-il du danger polémogène (c'est-à-dire source de conflit) de l'appropriation privative de l'eau.

Cette constatation concerne également d'autres types de prérogatives juridiques, qui pourraient éventuellement se rattacher aux droits subjectifs, entendus dans un sens relativement large, et peut-être non conforme au sens communément retenu : les libertés. Comme le relève le Professeur Terré, la notion de droits subjectifs et celle de libertés publiques se distinguent malaisément³⁹. Lorsque l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 indique que les droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont « la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression », sont rapprochés les différents concepts, puisque la liberté devient un droit, et se place au même rang que le droit de propriété⁴⁰. La différenciation peut alors venir des domaines respectivement envisagés, participation des citoyens à la vie politique et protection contre l'État d'un côté, relations entre particuliers ou avec leurs biens de l'autre⁴¹, mais le droit de vote, le droit au respect de la vie privée, la possibilité d'agir contre l'État méconnaissant certains droits subjectifs, ainsi que la traduction en termes de droits subjectifs de certaines libertés fondamentales achèvent de rendre la différenciation opaque⁴².

Sans entrer davantage dans la distinction, on peut relever toutefois que certaines libertés n'existent que pour limiter l'exercice d'autres libertés. La liberté d'information, ainsi, entre en conflit direct avec le droit à la vie privée⁴³ ; la liberté religieuse s'oppose au principe de laïcité, le droit de grève s'oppose au droit de l'employeur d'exiger que ses employés accomplissent leurs obligations contractuelles...

La consécration d'une liberté vise donc, dans tous les cas cités, et peut-être pour l'ensemble des libertés, à entrer en conflit avec une autre liberté, afin de la limiter, de

³⁹ F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 202, p. 161.

⁴⁰ Qui, selon l'article 544 du Code civil, est « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », formule qui n'est pas sans faire penser à une liberté, et qui démontre à nouveau la difficile dissociation des concepts.

⁴¹ F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 203, p. 162.

⁴² Les définitions de la liberté sont d'ailleurs multiples : « Pouvoir d'autodétermination, en vertu duquel l'homme choisit lui-même son comportement personnel », « sphère d'action qui échappe à la contrainte sociale » : Cf. notamment G. LEBRETON, *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2005, p. 11.

⁴³ L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en son alinéa 2, évoque d'ailleurs les possibles atteintes légales à la liberté d'expression, notamment en vue de protéger « la réputation ou [les] droits d'autrui ». La quasi-totalité des décisions judiciaires rendues dans le domaine de la vie privée, par ailleurs, tranche entre l'invocation de ces deux libertés.

la tempérer, et de permettre la coexistence pacifique des sujets de droits. C'est en tout cas la règle qui vient créer le conflit, en le permettant d'un point de vue pratique, mais également en le faisant naître d'un point de vue théorique.

b) L'existence systématique d'un conflit porté par les règles

Cette situation de conflit, engendrée par la naissance de certains droits subjectifs, n'est-elle pas de l'essence même du droit subjectif ? Les droits que confère le Droit objectif aux individus ne portent-ils pas en eux-mêmes le conflit ?

Le droit subjectif⁴⁴ se définit comme une « prérogative individuelle reconnue et sanctionnée par le Droit objectif qui permet à son titulaire de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose dans son propre intérêt ou, parfois, dans l'intérêt d'autrui »⁴⁵. C'est l'existence des droits subjectifs « qui assure le fonctionnement du système juridique »⁴⁶, les intérêts de chacun pouvant ainsi coexister, qu'il soit ici question des relations qu'entretiennent les sujets de droit entre eux, ou des relations qu'ils entretiennent avec leurs biens⁴⁷. Le titulaire du droit peut donc, notamment, exiger d'autrui une prestation positive à son profit, dès lors que les conditions légales sont réunies⁴⁸.

Mais pourquoi donner au destinataire de la règle la prérogative de faire quelque chose, si ce n'est pour sous-entendre que quelqu'un pourrait l'empêcher d'accomplir cette chose ? Pourquoi donner la prérogative d'exiger quelque chose d'autrui, si l'on n'en déduit pas que cette tierce personne pourrait être naturellement tentée de s'opposer à la demande ? Pourquoi donner la possibilité au titulaire du

⁴⁴ Pour une définition exacte de l'expression de « droits subjectifs », en la distinguant notamment d'autres notions voisines, cf. H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003, pp. 365 et s. Pour une analyse de la notion des « droits à... », cf. D. COHEN, « Le droit à... : L'avenir du droit », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Éd. du Jurisclasseur, 1999, pp. 393 et s.

⁴⁵ G. CORNU, « Droit », in *Vocabulaire juridique*, *op.cit.*

⁴⁶ F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 201, p. 161.

⁴⁷ Bien que les propos qui suivent visent avec plus d'évidence les droits personnels, il convient de souligner que les droits réels ne sont pas pour autant exclus de l'étude ; même s'ils n'établissent pas une relation entre deux personnes, sujets de droit, et sans entrer dans le débat concernant la nature du droit réel, qui pourrait révéler une obligation passive universelle (Planiol) se rattachant au droit personnel, on peut noter que ces droits visent à permettre au titulaire d'exercer sur un bien des prérogatives, et de consacrer notamment l'exclusivité du titulaire sur l'exercice de ces prérogatives, réserve étant faite des prérogatives exercées en commun par plusieurs titulaires. Cf. notamment G. TAORMINA, *Introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005, n° 1246, p. 431 ; A. SÉRIAUX, *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipses, 1998, n° 37, p. 27 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004, n° 164, p. 317.

⁴⁸ D. GUTMANN, « Droit subjectif », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 531.

droit d'interdire à quelqu'un d'autre de faire quelque chose, si n'est pas envisagée la possibilité pour le justiciable d'y contrevenir, dans l'hypothèse où cette interdiction ne serait pas juridiquement sanctionnée ? Le titulaire, pour contrer ce possible refus, dispose grâce aux droits qui lui sont reconnus de la possibilité légale d'obliger l'autre à laisser faire ou à s'exécuter. Le droit subjectif est donc la possibilité donnée au titulaire d'entrer en conflit avec autrui, afin de faire, d'exiger ou d'interdire quelque chose.

Le droit subjectif est par nature porteur du conflit entre les différents destinataires du Droit objectif, ou en tout cas d'une possibilité de conflit entre eux : il s'agit de l'aspect polémogène⁴⁹ du Droit, décliné ici dans la consécration des droits subjectifs, et envisagé notamment par Freund⁵⁰. Le Droit est ainsi, par nature, créateur, source de conflit.

D'ailleurs, la naissance de droits identiques pour tous, s'inscrivant dans l'objectif égalitaire poursuivi depuis la Révolution⁵¹, conduit à la revendication réelle (et conflictuelle) de cette égalité. C'est parce qu'une égalité de droit est consacrée que l'égalité de fait est poursuivie, traduisant au plan économique les objectifs poursuivis par la loi⁵². Hegel souligne ainsi que le besoin prend sa source dans le droit d'acquérir ce que l'autre a acquis ; la consécration du droit subjectif pousse alors au conflit social, la traduction factuelle de l'égalité de droit étant recherchée⁵³.

Mais ne s'agit-il pas en définitive du rôle du Droit qui, par l'attribution de ces différents droits subjectifs, et par l'introduction de conflits potentiels, assure la paix sociale ? Donner au destinataire de la règle le pouvoir d'entrer en conflit avec autrui, afin qu'autrui n'entre pas en conflit avec lui, représente une arme juridique de dissuasion, garante de la bonne coexistence des individus. Comme le soulignait Freund, c'est ainsi la fonction polémogène du Droit qui lui permet de remplir sa fonction irénique, c'est-à-dire créatrice de paix. Cette constatation ne vise cependant pas à affirmer que le Droit est finalement la principale source de conflits au sein de la vie sociale et juridique. La société, par le rapprochement et la coexistence des Hommes qu'elle implique, est en elle-même porteuse de conflits, et c'est le Droit qui permet, en conférant aux titulaires des droits subjectifs, de trancher et de prévenir

⁴⁹ C'est-à-dire source de conflit, le terme venant du Grec *polemos*, la guerre.

⁵⁰ J. FREUND, Cf. notamment *Le droit aujourd'hui*, Paris, PUF, 1972 ; *Sociologie du Conflit*, Paris, PUF, 1983. Sur Freund, cf. P.-A. TAGUIEFF, *Julien Freund, Au cœur du politique*, Dalloz, 2003 ; S. DE LA TOUANNE, *Julien Freund, penseur « machiavélien » du politique*, Paris, L'Harmattan, 2005 ; A. DE BENOIST, « Julien Freund », *Le Spectacle du monde*, 2008, pp. 56-61.

⁵¹ Cf. par ex. M. GAUCHER, *Pratique de l'esprit humain*, Paris, Gallimard, 1980.

⁵² Prise ici au sens large.

⁵³ Le conflit peut naître sans aucun antécédent, le besoin pouvant virtuellement ou réellement naître comme par contagion ou récurrence du droit de posséder ce que l'autre possède.

ces conflits. Mais, afin de résoudre ceux-ci, le Droit confère aux justiciables des prérogatives destinées à *pouvoir* entrer en conflit avec autrui. Afin de le prévenir ou de le résorber, le Droit permet le conflit, permet au titulaire de contester légitimement l'exercice d'un droit, lui donne le pouvoir de faire, d'exiger, d'interdire quelque chose. Alors qu'il pourrait, par exemple, écarter les uns des autres les justiciables contestataires, le Droit autorise le conflit, le permet, le régleme, afin d'en limiter l'apparition.

Le Droit vise à résoudre le conflit, mais a besoin d'instaurer le conflit potentiel afin que celui-ci ne survienne pas ; ainsi, « il est dans la nature du droit d'être à la fois polémogène et irénique, d'être et de pouvoir être irénique précisément parce qu'il est polémogène »⁵⁴.

La norme de droit, parce qu'elle décline ou impose un certain idéal de Justice, parce qu'elle confère des droits subjectifs aux individus, qui se limitent et s'opposent, peut être créatrice de conflit personnel. Cette possibilité se répète lorsque l'appareil judiciaire applique le droit : le juge, par son appréciation des faits ou dans la décision qu'il rend, peut générer un nouveau conflit qui sera désormais judiciaire.

II – L'APPLICATION DU DROIT, GÉNÉRATRICE DE CONFLIT JUDICIAIRE

Toute décision de justice⁵⁵ vise à trancher un litige en appliquant une règle de droit. Elle est gage de paix sociale, visant à « vérifier la régularité ou l'irrégularité de toute situation juridique », à assurer « la réalisation concrète des droits » et à recourir à l'idée de contrainte afin d'éviter le recours à la justice privée⁵⁶. L'objectif premier de la décision de justice est donc de résoudre le conflit né entre deux destinataires de la règle ne s'accordant pas sur son interprétation.

Mais l'application du Droit par le juge, au travers de la décision qu'il va rendre, fait-elle disparaître le conflit ? La réponse peut être négative à un double point de vue : d'une part, parce que dans sa décision, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, qui peut engendrer une certaine incompréhension chez le

⁵⁴ F. TERRÉ (à propos de Freund), « La découverte du sens par la rhétorique », in *La découverte du sens en droit*, Association française de philosophie du droit, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, p. 26.

⁵⁵ Prise comme terme générique englobant tout jugement, quel que soit son auteur ou encore son objet, conformément à la définition notamment retenue par le *Vocabulaire juridique, op. cit.* La décision est composée d'un aspect individuel incarné dans le dispositif et de présupposés généraux sur lesquels la décision repose, et s'exprimant à travers sa motivation : F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, Paris, Précis Dalloz, 7^{ème} éd., 2006, n° 361, p. 285.

⁵⁶ S. GUINCHARD et F. FERRAND, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 28^{ème} éd., 2006, n° 9, p. 15 ; le terme de décision de justice étant ici intégré dans le processus global de procédure à laquelle se réfère le discours des auteurs.

destinataire de la règle (1) ; d'autre part, parce que tout en ne résolvant pas le conflit (mais en se contentant de mettre fin au litige), le prononcé de la décision⁵⁷ le consacre au contraire, et peut même en créer un nouveau (2).

1) *La création du conflit par le pouvoir d'appréciation du juge*

La relation du juge à l'équité, dans le processus d'application de la règle de droit aux faits qui lui sont soumis, a toujours porté à débat. Mais que le juge soit strictement empêché de se référer à l'équité ou qu'il use de cette faculté, le conflit peut survenir de l'application légale effectuée (a). Au-delà de ce pouvoir d'appréciation de la règle quant à sa conformité à la Justice, l'appréciation même des faits de l'espèce à laquelle le juge recourt peut s'avérer conflictuelle (b).

a) L'appréciation de l'équité dans l'application de la règle

Inséparable de la notion de Justice, et pourtant en contradiction avec l'impartialité dont doit faire preuve le juge, les rapports entre ce dernier et l'équité demeurent ambigus. Au nom du même idéal de Justice recherché dans la création de la norme, le juge, lorsqu'il applique le droit, peut en effet trancher le conflit en se référant au « juste », plutôt qu'à la seule législation, même si, historiquement, cette position apparaît condamnée⁵⁸. Mais que le juge statue en appliquant strictement les règles de droit, ou qu'il se repose sur l'équité, le conflit peut dans tous les cas en résulter.

L'absence de toute équité dans la décision rendue peut tout d'abord entraîner le conflit. Le cadre juridique en France, issu d'une tradition légaliste, empêche le juge de faire un usage explicite de celle-ci pour motiver ses jugements. Cette attitude répond au souvenir des parlements d'Ancien Régime qui, sous prétexte d'équité, rendaient régulièrement des jugements subjectifs ou arbitraires⁵⁹. Dès lors, obsédés par un passé qu'ils venaient d'abattre, les révolutionnaires bannirent même le mot de jurisprudence, firent des juges « les esclaves de la loi »⁶⁰ et de l'activité de juger le

⁵⁷ Sans que l'on distingue ici si la décision de justice tend à appliquer une loi juste, injuste, ou si c'est l'application particulière d'une loi généralement juste qui s'avère injuste : Cf. H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁸ Relativement au système français actuel. D'autres systèmes juridiques, comme le droit romain (droit prétorien), ou le droit anglais (*equity*), ont pu opter pour une consécration explicite de l'équité dans l'application générale des règles de droit : H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 233.

⁵⁹ Qui ont fait naître la formule célèbre : « Dieu nous garde de l'équité des Parlements », prêtée au Chancelier Séguier.

⁶⁰ Circulaire de A. DUPORT, 27 nov. 1791, citée par J.-C. MONIER, « Note sur le caractère de la procédure civile dans la période 1789-1804 », in *La Famille, la Loi, l'État, de la Révolution au Code civil*, Actes

fruit d'un « syllogisme judiciaire »⁶¹. De telles conceptions inspirant l'interdiction des arrêts de règlement⁶² limitent évidemment la modération ou la modification de la loi par le juge lors de son application. Cette méfiance envers le jugement d'équité se retrouve à la fois dans les textes juridiques⁶³ et dans la jurisprudence⁶⁴. Mais ce manque de recul par rapport aux règles de droit peut évidemment entraîner chez le justiciable lésé un sentiment d'injustice et de révolte vis-à-vis de la décision, quand l'espèce semblait exiger un assouplissement de la règle. Le caractère injuste de certaines peines prononcées a d'ailleurs souvent été évoqué et disputé par l'opinion publique, comme pour l'affaire Karla Faye Tucker, condamnée à mort aux États-Unis et exécutée en 1998 malgré une rédemption exemplaire⁶⁵.

Cependant, il serait faux d'affirmer que le cadre juridique français ne laisse aucune possibilité au juge d'user de l'équité pour motiver son jugement⁶⁶. La loi contient ainsi certaines dispositions permettant au juge de se référer soit directement⁶⁷, soit indirectement⁶⁸, à l'équité. Le Code de procédure civile prévoit

du séminaire organisé par le Centre de Recherche Interdisciplinaire de Vaucresson, Paris, Imprimerie nationale, 1989, pp. 305-311.

⁶¹ Cf. sur ce point : J.-P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2001, p. 277.

⁶² C. civ., art. 5.

⁶³ L'article 12 du Code de procédure civile énonce ainsi un principe directeur du procès civil selon lequel « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables », et les juges d'État sont soumis à l'obligation de motiver leur décision, non par des considérations d'équité, mais par un raisonnement juridique fondé sur les textes. De plus, ils doivent subir le contrôle d'une juridiction supérieure qui condamne l'utilisation de l'équité comme motivation d'un jugement. La violation d'une règle de droit justifiée par l'équité constitue ainsi un cas d'ouverture à cassation.

⁶⁴ Face au jugement qui déroge à la règle de droit, ou l'interprète ouvertement en fonction de l'équité, et ce, soit pour en déduire un bénéfice non reconnu par la loi au profit de l'une des parties, soit pour en tirer argument pour écarter une prétention inéquitable, la Cour de cassation s'est toujours montrée intransigeante. Cf. par ex. Cass. soc., 4 déc. 1996 : *Recueil Dalloz* 1997, p. 26, affirmant que « l'équité n'est pas source de droit », à propos d'un Conseil de Prud'hommes ayant majoré de 100 % des salaires en raison de travail effectué pendant les jours fériés, en s'appuyant sur l'équité.

⁶⁵ Le jugement avait bien été rendu en conformité avec la norme mais n'avait pas pris en compte la spécificité de la situation. Divers troubles en ont notamment résulté ; le Parlement européen, le Pape ou encore l'Organisation des Nations Unies ont d'ailleurs demandé la clémence des juges.

⁶⁶ « 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 sa décision » : Ph. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 628. À l'image du droit divin, le droit des hommes « proclame avoir encore besoin de se baigner dans l'équité pour être bon et juste quand il faut l'appliquer » ; « Dans la Bible, le droit ne vient jamais seul. La justice et l'équité toujours l'accompagnent » : G. CORNU, citant Ps. 33, 5 ; Jé. 33, 15, « Le visible et l'invisible », *Droits*, 1989-1990, p. 421.

⁶⁷ Au sein du Code civil, l'équité est explicitement citée aux articles 278, 565, 815-13, 1135 (disposant que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »), ou encore à l'article 1579.

par exemple, dans certaines conditions, la possibilité pour le juge de statuer en amiable compositeur⁶⁹. L'application de l'équité peut en outre être « déguisée »⁷⁰, lorsqu'elle s'exerce dans le respect apparent de la loi⁷¹. Par conséquent, et malgré toutes les contraintes qui pèsent sur le juge concernant le jugement d'équité, celui-ci est naturellement poussé à en user dans l'exercice de ses fonctions⁷². « Derrière la fonction se cache un homme », comme le souligne Nathalie Dion⁷³. Aristote déjà montrait, dans le Livre V de l'*Éthique à Nicomaque*⁷⁴, qu'il existait d'une part la généralité et l'universalité des lois, et d'autre part la multiplicité et la diversité des activités humaines, le législateur ne pouvant fatalement prévoir toutes les situations⁷⁵. Ainsi, le juge confronté à une situation que la loi n'a pas prise en compte, et où l'application stricte de la règle applicable s'avère inéquitable, va procéder à une « atténuation modification [du] droit en considération de circonstances particulières »⁷⁶. L'équité semble alors un moyen inévitable pour le juge de palier les insuffisances de la loi et de prendre en compte les circonstances particulières de chaque espèce.

Or, tout comme le manque d'équité, la prise en compte partielle du juge de ces circonstances particulières peut être génératrice de conflits. La diatribe virulente de

⁶⁸ L'équité est également présente, dans le Code civil, au travers de renvois indirects, comme aux articles 6 et 1133 relatifs à l'ordre public et aux bonnes mœurs, à l'article 1134 énonçant l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions (cf. également art. 1244-1 sur les délais de grâce, art. 1152 sur le pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale lorsque la peine prévue par la clause semble manifestement excessive ou dérisoire, art. 1153-1 relatif aux intérêts moratoires) ou au travers de notions cadres, de standards, tel l'intérêt de l'enfant, de la famille ou de l'entreprise. De même en va-t-il des adages et des théories prétorienne (nul ne peut ainsi causer à autrui un trouble anormal de voisinage). On peut également citer l'article 700 du Code de procédure civile, ou l'article 6, § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

⁶⁹ C. de proc. civ., art. 12, dernier al.

⁷⁰ L. CADIEP, « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n° 9, 1998, p. 91.

⁷¹ Ces possibilités laissées par le droit constituant des exceptions étroitement contrôlées et encadrées et non un mode de fonctionnement selon lequel le juge peut arrêter ses jugements.

⁷² L'équité est « le moyen de faire triompher la justice violée par le droit » : H. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 231, la justice n'étant « que la projection de la morale dans le domaine juridique ».

⁷³ N. DION, « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz* 1999, chron. p. 198. Le recours à l'équité par le juge est alors rendu inévitable : « le droit étant lié à la recherche de justice, l'équité est inhérente à son application » : M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Paris, LGDJ, Bibl. de dr. publ., 2003, p. 17.

⁷⁴ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, trad. J. Tricot, Paris, Vrin, 1979.

⁷⁵ Portalis soulignait également cette idée selon laquelle la loi ne pouvant tout prévoir, il appartient « au magistrat et au juriconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, [d'] en diriger l'application » : PORTALIS, *Discours prononcé lors de la séance du 3 frimaire an 10 du corps législatif*, Paris, Imprimerie nationale.

⁷⁶ G. CORNU, « Équité », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

Fabreguettes illustre parfaitement les risques de conflits pouvant naître de tels jugements : « il n'est, en matière d'administration de la justice, pire chose que l'équité, car l'équité est un sentiment : variable selon les sentiments, elle diffère donc du tout au tout selon les individus »⁷⁷. Le juge fonde sa décision en fonction du sentiment de ce qui est juste pour lui ; or cette subjectivité ouvre la voie au conflit, puisque « ce qui est équitable pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre »⁷⁸, ce qui accroît considérablement les risques d'opposition au jugement rendu. L'accusé pourra légitimement alléguer la possibilité d'une solution plus clémente à son égard en fonction du juge requis. L'exemple le plus célèbre est peut-être celui du juge Magnaud, connu pour juger en fonction de ses sentiments et non en fonction de la loi, et qui a notamment relaxé la veuve Ménard, voleuse de pain mue par la faim, en 1898⁷⁹. Cette volonté de protéger les plus humbles au détriment de la loi relève du sentiment personnel du juge et n'est pas unanimement partagé. Cette subjectivité ouvre la voie de l'opposition avec le jugement rendu, la loi n'étant plus certaine et la même pour tous.

Ainsi, la solution de droit, qu'elle soit prise en équité ou qu'elle en manque, s'éloigne souvent de l'idée du « Juste » qu'a le justiciable, et entraîne inévitablement le conflit. Mais cette idée d'équité n'est pas la seule variable quant à une application injuste de la règle, et le pouvoir d'appréciation générale dont les juges disposent peut conduire au même résultat.

b) L'appréciation factuelle du juge

Le juge, lorsque le litige est porté à lui, dispose d'un pouvoir souverain quant à la qualification des faits objets du procès⁸⁰, et d'un pouvoir encadré mais réel quant au choix de la solution à apporter.

La qualification juridique des faits est une opération très importante, susceptible elle aussi de conduire à des situations conflictuelles. Les juges du fond peuvent ainsi, pour une même situation de fait, opter pour une qualification juridique différente. Ces différents choix conduisent alors à une disparité de traitement de faits pourtant similaires. Ainsi, en matière de vente, qualifier le dommage de défaut de conformité ou de vice caché pourra conduire à des résultats différents, l'acheteur pouvant dans certains cas agir, et se trouvant dans d'autres

⁷⁷ C. ALBIGÈS, *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, Bibl. de dr. public, 2000, p. 6.

⁷⁸ F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁹ Trib. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, *aff. Ménard* : DP 1899, 2, p. 329.

⁸⁰ Nous prendrons ici le sens de procès comme synonyme de la procédure d'ensemble visant à trancher le litige soumis à la juridiction par l'application d'une décision de justice.

privé de tout recours légitime⁸¹ ; retenir l'intention homicide ou non conduira à des régimes totalement différents dans le traitement de l'infraction pénale⁸².

Le choix de la solution applicable, ensuite, peut conduire à des disparités de traitement pour des situations pourtant similaires. En droit pénal, la loi fixe ainsi une « fourchette » au juge, disposant d'une peine⁸³ maximale applicable, et laissant à celui-ci le soin d'adapter la sanction au cas d'espèce⁸⁴. Ainsi en va-t-il également des circonstances atténuantes ou des circonstances aggravantes, que le juge pourra ou non retenir. En droit de la responsabilité civile, l'indemnisation du préjudice corporel pose de même ce problème d'inégalité : les importantes différences de traitement de victimes se plaçant pourtant dans une situation comparable, en fonction de l'endroit où celles-ci se trouvent sur le territoire et de la juridiction qu'elles seront amenées à saisir⁸⁵, sont une réalité dénoncée par de nombreux auteurs⁸⁶. Ce type de situations conduit à une absence d'égalité dans l'application de la règle aux justiciables concernés, et fait naître le conflit (au moins du point de vue conceptuel) entre le destinataire de la règle et celle-ci. L'objectif est alors de résorber le défaut d'égalité⁸⁷, mais le problème théorique demeure, dès lors que l'application

⁸¹ Concernant une opération de vente en l'état futur d'achèvement, les juges du fond ont pu retenir, pour un même problème de garage non conforme aux plans et impropre au stationnement d'une voiture, les qualifications de défaut de conformité ou de vice caché, la conséquence étant une différence de régime applicable, notamment en matière de prescription de l'action, et l'acheteur pouvant ou non agir. Cf. par ex. Cass. 3^{ème} civ., 9 juin 1999 : *JCP* 1999. IV. 2440 (qualification de vice soumis à la garantie décennale) ; et Cass. 3^{ème} civ., 14 mai 1997 : *RD imm.* 1997, p. 455, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN (qualification de défaut de conformité soumis à la responsabilité de droit commun).

⁸² En cas d'infraction à la personne, l'intention de commettre l'homicide, si elle est retenue, entraînera la qualification de tentative d'homicide volontaire, alors que l'infraction sans intention homicide retenue relèvera simplement des violences (les peines encourues étant évidemment très différentes).

⁸³ Peine d'enfermement ou peine pécuniaire.

⁸⁴ Mis à part dans le cadre de certaines infractions, et notamment en matière de récidive, où certaines « peines plancher » sont fixées.

⁸⁵ Certaines cours d'appel établissent ainsi des « barèmes », comme le rappelle P.-Y. GEOFFARD, « L'équité dans le financement du système d'indemnisation du préjudice corporel, Quelques éléments de réflexion, beaucoup d'incertitudes », consultable sur le site de la Cour de cassation, p. 1.

⁸⁶ C. LIENHARD parle ainsi du « déséquilibre fondamental entre les parties à l'action d'indemnisation », *Recueil Dalloz* 2006, p. 2485, l'objectif étant d' « aller vers la juste indemnisation des préjudices corporels » (Lettre de mission du directeur de cabinet de la secrétaire d'État aux droits des victimes du 19 nov. 2004 à M. le premier président de la Cour de cassation), et N. GUEDJ, « Discours d'installation du groupe de travail le 28 janv. 2005 », in *Rapport Dintilhac*, introduction et annexe 0. La démonstration économique de ces disparités se heurte cependant à l'absence de toute analyse de nature statistique des données françaises : P.-Y. GEOFFARD, *ibid.*, p. 1.

⁸⁷ P.-Y. GEOFFARD, *ibid.*, pp. 2 et s., visant également le défaut d'équité (prise ici dans un sens large, auquel nous préférons substituer dans ces développements le terme d' « égalité », eu égard aux développements précédents) dans le financement des systèmes d'indemnisation par les ménages ; cf. le

de la règle, en partie laissée à la souplesse des juges⁸⁸, ne traite pas de manière identique des destinataires se trouvant dans une même situation.

Mais au-delà de ce pouvoir d'appréciation conféré au juge, toute décision de justice semble être frappée des mêmes maux : d'une part, parce que la décision de justice ne résoudra pas le conflit mais se contentera de mettre fin au litige ; d'autre part, parce que bien au contraire, le prononcé de la décision superposera un nouveau conflit au conflit originel, et fermera au justiciable tous les recours légitimes possibles de contestation.

2) *La création du conflit par la décision judiciaire*

La décision judiciaire, normalement destinée à régler le conflit social soumis au juge, n'en est en réalité pas capable (a), et, par la superposition d'un nouveau conflit et par la cristallisation du conflit initial, va être amenée à en créer un nouveau (b).

a) La décision judiciaire, inapte à régler le conflit initial

Le Professeur Jeammaud définit le terme de conflit comme « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements », alors que le litige est quant à lui « l'opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale, appelée à la trancher par une décision »⁸⁹. Le conflit est donc plus large que le litige⁹⁰, et revêt des implications dépassant ce que le juge peut résoudre par sa décision, comportant « des dimensions sociales, économiques, politiques,

rapport dit « Lambert-Faivre », présenté en Conseil des Ministres le 18 sept. 2002, le rapport dit « Catala » remis au Garde des Sceaux en 2005, ou le rapport dit « Dintilhac », élaborant une nouvelle nomenclature des préjudices corporels, déposé le 28 oct. 2005 (disponibles sur le site de la documentation française) ; le Ministère de la Justice, par une circulaire du 26 mars 2007, a par exemple recommandé de se référer à la nouvelle nomenclature présentée en 2005.

⁸⁸ Souplesse dont nous ne nions évidemment pas les avantages (cf. PORTALIS, *op. cit.*). La technique du référé législatif, instaurée par la loi des 16 et 24 août 1790, visait par exemple à empêcher toute interprétation de la règle par le juge, celui-ci devant s'adresser, lorsqu'une difficulté se posait dans l'interprétation de la règle, au législateur. Cette technique n'aurait cependant pas pu résister à l'abondance du contentieux, d'où la distinction qui a ensuite été opérée par les révolutionnaires, entre une interprétation abstraite et une interprétation concrète : cf. J.-P. ROYER, *op. cit.*, pp. 278 et s.

⁸⁹ A. JEAMMAUD, *op. cit.*, p. 256.

⁹⁰ Le terme de « conflit » étant cependant parfois employé comme synonyme de litige : cf. G. CORNU, « Conflit », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.* ; cf. également *supra*, Introduction.

psychologiques, irréductibles à la seule dimension juridique »⁹¹. Est ainsi employé par les auteurs l'exemple du conflit conjugal⁹², avec lequel le litige ne se confond pas. Si le divorce par consentement mutuel exclut tout litige porté devant le juge, il n'exclut pas forcément l'existence d'un conflit existant entre les époux. De même, le juge prononçant le divorce met fin au litige opposant les anciens conjoints, mais ne fera pas disparaître le conflit, qui pourra perdurer pendant un temps indéterminé⁹³. Le juge saisi d'un litige successoral ne pourra de même prétendre régler le conflit familial qui ne se matérialise qu'en partie dans la demande en justice présentée à lui.

La décision de justice, qui mettra fin au litige par l'autorité de la chose jugée, ne résoudra donc pas le conflit servant de cadre à ce litige, les implications et manifestations du conflit ne pouvant relever du seul pouvoir du juge. Mais il s'agit là, comme le souligne notamment le Professeur Ferrari⁹⁴, du rôle du Droit, qui ne vise pas à faire disparaître les conflits, mais se borne à maintenir sous un certain contrôle les « conflits déclarés »⁹⁵. La décision de justice, aux yeux du justiciable, se proposait cependant de résoudre le conflit qui lui était soumis, et cette différence avec la réalité constatée par le justiciable pourra entraîner la discorde. D'où l'apparition de modes non juridictionnels de règlement des conflits⁹⁶, visant à prendre en compte ceux-ci dans leur ensemble afin de leur apporter une solution adéquate⁹⁷. Il s'agit d'ailleurs d'une redécouverte des modes de résolution amiable qui existaient sous l'ancien droit : méfiant à l'égard de la justice publique, le justiciable avait aisément recours aux modes extrajudiciaires où primait sa volonté⁹⁸. Aujourd'hui, face à l'explosion contentieuse, l'appareil judiciaire, qui apparaît impuissant à résoudre le conflit,

⁹¹ M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 198. Le caractère plus « large » du terme conflit se traduit d'ailleurs en droit du travail, puisque les relations entre l'employé et l'employeur sont la plupart du temps revêtues du terme de « litige », alors que les différends concernant une collectivité de travailleurs sont visés par le terme de « conflit ».

⁹² M.-C. RIVIER, *op. cit.* ; A. JEAMMAUD, *op. cit.*

⁹³ Par ailleurs, certains litiges sont portés devant le juge alors qu'aucun conflit n'existe, les parties étant alors « en situation d'accord, mais préférant obtenir un jugement, calqué sur leur accord, afin de bénéficier des effets de l'acte juridictionnel (spécialement de la force exécutoire) » : M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 199.

⁹⁴ Cf. V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Bari, Laterza, 2^{ème} éd., 1989.

⁹⁵ Cité par A. JEAMMAUD, *op. cit.*

⁹⁶ Ils ont été reconnus sous l'appellation de « résolution amiable des conflits » par la loi du 18 décembre 1998.

⁹⁷ Ainsi en va-t-il de l'arbitrage, lorsqu'il ne se réfère pas aux règles de droit, des procédures de médiation, de conciliation, ou encore du dernier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile, donnant aux parties, dans certaines conditions, la possibilité de confier au juge mission de statuer en amiable compositeur.

⁹⁸ Cf. sur ce point J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2006, pp. 151 et s.

pouvant même en créer un nouveau, n'est pas toujours le facteur de paix qu'il devrait être, suscitant l'intérêt pour ces modes alternatifs⁹⁹.

b) La décision judiciaire, créatrice de conflits subsidiaires

Car la décision de justice ne règle pas le conflit, mais, au-delà, peut même tendre à en créer un nouveau. C'est ce que démontrent les travaux du Professeur Noreau¹⁰⁰. La recherche met en évidence la transformation que le procès impose aux relations entre les justiciables. Le conflit doit pour s'éteindre se « judiciariser », c'est-à-dire entrer dans l'institution judiciaire. Alors, le conflit personnel des parties est traduit en problème institutionnel. Le Droit, en tant qu'institution, en vient ainsi à créer un monde de représentation qui lui est propre¹⁰¹, distinct de la réalité sur laquelle porte son action, et qui est celle des parties. C'est le passage du conflit social au conflit judiciaire, de la transformation de simples conflits d'intérêts en conflits de valeurs. Ce travail institutionnel fait subir une transformation à la réalité des individus, à leurs conflits personnels : « la justice objective le conflit, en plaçant les critères de son règlement à un niveau d'abstraction auquel les parties n'ont pas toujours accès ». Une distance peut donc potentiellement s'imposer entre le conflit originel et le modèle de résolution offert par la justice pour le résoudre, c'est-à-dire par le procès. Des travaux empiriques, conduits notamment par les anthropologues O'Barr et Conley, démontraient déjà qu'une importante différence existait entre les considérations réelles mobilisées par les parties en présence et celles des intervenants judiciaires impliqués dans leurs dossiers. Le procès se concluant ainsi régulièrement sur une série de malentendus sur la nature réelle du conflit initial¹⁰². Dès lors, s'ajoute au conflit initial, c'est-à-dire tel qu'il est vécu par les parties, un second conflit, tel qu'il est traité par l'institution judiciaire.

De la même manière, en cristallisant le litige, la décision peut entraîner la naissance d'un nouveau conflit. L'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision constitue en effet un obstacle à toute nouvelle contestation possible ; dès lors, la possibilité de soumettre le conflit¹⁰³ à un règlement légitime de celui-ci disparaît. Bien loin de régler le conflit, mission qui, finalement, n'est peut-être pas de

⁹⁹ Dont l'utilisation est par exemple croissante dans le milieu des affaires.

¹⁰⁰ P. NOREAU, « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *Droit et société*, n° 40, 1998, pp. 585 et s.

¹⁰¹ Balisant par exemple la notion de droit, d'obligation, de responsable et de victime, de légalité et d'illégalité, distinguant les faits juridiques et non juridiques...

¹⁰² W. O'BARR et M. CONLEY, « Lay expectations of the civil justice system », *Law and Society review*, vol. 22, n° 1, 1988, pp. 137-161.

¹⁰³ Ou au moins une partie de celui-ci.

l'office du juge¹⁰⁴, la décision judiciaire va au contraire fermer au justiciable toute voie de droit légitime¹⁰⁵ pour soumettre son conflit à la justice. S'offre alors au justiciable le choix d'accepter les termes du contrat social en se soumettant à l'autorité de la décision, ou le choix d'agir par d'autres voies¹⁰⁶, contraires aux impératifs poursuivis par le Droit objectif¹⁰⁷. Il paraît en effet difficile d'occulter toute la croyance que le justiciable mettait dans le bien-fondé de ses prétentions, croyance l'ayant poussé à agir en justice¹⁰⁸. Toujours soucieux de l'idéal qu'il voudrait voir transparaître dans la loi, le justiciable pourra prendre l'application de celle-ci soit comme la consécration pratique d'une loi théoriquement injuste, soit comme une mauvaise application pratique d'une loi théoriquement juste. Dans les deux cas, le prononcé de la décision judiciaire sera le déclencheur d'un conflit du demandeur avec le système judiciaire.

Le conflit du justiciable avec l'application de la règle sera d'ailleurs plus important lorsque les juges procéderont à un revirement de jurisprudence, ou à une création prétorienne. Le revirement, par nature, indiquera au justiciable que l'application de la règle qu'est censée faire le juge, sans y ajouter, n'était auparavant pas correcte, ou l'était et ne l'est plus. Si la jurisprudence n'est pas une source formelle de droit¹⁰⁹, malgré toute l'opposition que l'on peut émettre à ce propos¹¹⁰, le problème demeurera que la création prétorienne ne sera vécue comme un acte positif par le justiciable que dans le cas où elle correspondra à l'idéal de Justice qu'il s'est forgé. S'il est vrai que, de manière générale, c'est l'« assentiment des justiciables » qui légitimera la force obligatoire de la jurisprudence¹¹¹, c'est également son application socialement acceptée qui fondera la paix sociale.

¹⁰⁴ Point renvoyant aux débats de la doctrine publiciste quant à la véritable fonction du juge.

¹⁰⁵ Se faire justice à soi-même est illicite, le procédé étant inadmissible car « il contient en lui un germe puissant d'anarchie évidemment contraire aux finalités du droit » : F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 714, p. 558.

¹⁰⁶ Ce qui rejoint le problème de la sanction.

¹⁰⁷ La décision peut cependant produire un « apaisement du conflit, ne serait-ce que parce qu'elle a permis à chacune des parties de « se situer » dans l'ordre du droit » : M.-C. RIVIER, *op. cit.*, p. 200.

¹⁰⁸ Point auquel on peut ajouter le coût procédural engendré ainsi que la longueur des procédures.

¹⁰⁹ « La jurisprudence *déclare* des solutions et exerce, de ce fait, une influence majeure. Mais elle ne peut s'auto-légitimer. En d'autres termes, elle est source de solutions parfois très innovantes, mais elle n'a pas le pouvoir de constituer directement des règles de droit, ce qui marque une différence irréductible entre un juge et un législateur » : F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 360, p. 284. La position de la jurisprudence, de plus, est inférieure à la loi. De même, les articles 4 et 5, obligeant le juge à statuer selon la loi et l'interdisant de substituer à elle des arrêts de règlement, appuient cette différence hiérarchique.

¹¹⁰ Cf. notamment C. PUIGELIER, « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ* 2004-1, p. 17 et s. ; « La création du droit par le juge », Colloque 25-26 janv. 2006, *APD* 2006.

¹¹¹ J. MAURY, « Observations sur la jurisprudence en tant que source du droit », in *Mélanges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. I, p. 43.

*

En conclusion, s'il n'est aucunement contesté que le Droit a pour utilité de prévenir et de résoudre le conflit, il peut être remarqué que sa nature même et l'application qui en est faite favorisent parfois l'apparition de celui-ci. La norme de droit, considérée en elle-même, peut ainsi faire naître le désaccord entre ses destinataires, désaccord résultant de la différence entre l'idéal de Justice attendu et la consécration finale de la règle. Les droits subjectifs, plus particulièrement, impliquent de manière intrinsèque le conflit social, portent la potentialité d'un conflit censé éviter celui-ci. L'application de la norme, ensuite, en raison du pouvoir d'appréciation conféré au juge et en raison de l'impossibilité pour la décision de mettre totalement fin au conflit personnel des parties, peut favoriser l'apparition d'un nouveau conflit, un conflit judiciaire se superposant au conflit initial. Cependant, ces différentes constatations ne visent pas à remettre en cause l'utilité de la norme de droit, ni son évidente efficacité dans la conduite des rapports sociaux, mais à en aborder simplement certaines limites.

RÉSUMÉ :

Si le Droit a pour mission de résoudre le conflit et d'en empêcher la survenance, sa nature même et l'application qui en est faite favorisent paradoxalement l'apparition de celui-ci. La norme de droit crée tout d'abord le conflit social, que ce soit en raison de l'idéal de Justice inhérent au Droit, dont l'acception subjective peut conduire à un désaccord sur l'énoncé de la règle, ou en raison de droits subjectifs expressément créés pour entrer en conflit avec d'autres, cette nature polémogène étant peut-être de l'essence même du droit subjectif. L'application qui est faite de la norme, ensuite, aboutit au même résultat, le pouvoir d'appréciation dont dispose le juge dans le processus décisionnel pouvant conduire à une injustice des traitements, et la décision elle-même, inapte à résoudre le conflit personnel des parties, pouvant en favoriser l'apparition, par la superposition d'un nouveau conflit judiciaire au conflit initial, et par la cristallisation du conflit originel.

SUMMARY:

If the mission of Law is to solve the conflict and make it not to occur, its own nature and application paradoxically help its happening. Law first creates social conflict either because of the Justice ideal, inherent in It – this subjective meaning of Law can lead to discrepancy on wording the rule – or because of subjective rights especially created to clash with others, subjective law on its own may gender conflicts.

The application of the norm, then, reaches the same result : on the one hand the assessment power of the judge in the decision-making process can lead to unfair treatments, on the other hand the decision on its own, unable to solve the conflict, can even encourage it, because of the cumulative effect of the first conflict to another, and the crystallisation of the original conflict.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- ALBALA N., SIRE-MARIN E., « Jusqu'où obéir à la loi ? », *Le Monde diplomatique*, avr. 2006, p. 28
- ALBIGÈS C., *De l'équité en droit privé*, Paris, LGDJ, Bibl. de dr. public, 2000
- CADIET L., « L'équité dans l'office du juge civil », *Justices*, n° 9, 1998, p. 91
- CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2^{ème} éd., 2006
- CARBONNIER J., « Définir le droit », *Droits*, 1989-1990, p. 8
- CARBONNIER J., *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, Paris, PUF, 2004
- CARBONNIER J., *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Paris, Flammarion, coll. Forum, 1996
- CORNU G., « Le visible et l'invisible », *Droits*, 1989-1990, p. 421
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2005
- DION N., « Le juge et le désir du juste », *Recueil Dalloz* 1999, chron. p. 198
- GUINCHARD S., FERRAND F., *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 28^{ème} éd., 2006
- JEAMMAUD A., « Conflit/litige », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 255
- JESTAZ Ph., « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *RTD civ.* 1990, p. 626
- LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'Homme*, Paris, Armand Colin, 7^{ème} éd., 2005
- MAZEAUD H., « Les notions de Droit, de justice et d'équité », in *Aequitas und bona fides*, Basel, 1955, p. 229
- NOREAU P., « La superposition des conflits : limites de l'institution judiciaire comme espace de résolution », *Droit et société*, n° 40, 1998, p. 585
- O'BARR W., CONLEY M., « Lay expectations of the civil justice system », *Law and Society review*, vol. 22, n° 1, 1988, p. 137
- PÉCHU C., *Droit Au Logement, genèse et sociologie d'une mobilisation*, Paris, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2006

-
- PORTALIS J. E. M., *Discours prononcé lors de la séance du 3 frimaire an 10 du corps législatif*, Paris, Imprimerie nationale
 - RIVIER M.-C., « Conflit/litige », in L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, p. 198
 - ROLAND H., BOYER L., *Adages de droit français*, Paris, Litec, 3^{ème} éd., 1992
 - ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2003
 - ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social ou principes du droit politique*, Amsterdam, M.-M. Rey, 1762
 - ROYER J.-P., *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 2001
 - SÉRIAUX A., *Le droit, une introduction*, Paris, Ellipses, 1998
 - TAORMINA G., *Introduction à l'étude du droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 2005
 - TERRÉ F., « La découverte du sens par la rhétorique », in *La découverte du sens en droit*, Association française de philosophie du droit, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 1992, p. 26
 - TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} éd, 2006
 - THOMAS D'AQUIN, *Somme théologique*, Paris, Du cerf, 2004
 - THOREAU H. D., *La Désobéissance civile : du devoir de désobéissance civile*, Paris, Mille et une nuits, 1996