

DROITS ET LIBERTÉS FONDAMENTAUX

L'individu dans la communauté : essai sur les devoirs de l'Homme

Justine MACARUELLA

Doctorante en droit privé à l'Université de La Réunion

Master II Droit public

Université de La Réunion – Faculté de droit et d'économie – Promotion 2014/2015

Résumé :

Cet article se présente comme une contribution à l'étude théorique des rapports entre individu et communauté par le prisme des devoirs de l'Homme. Il s'agit de rechercher quels sont les devoirs de l'individu inscrit comme tel dans la communauté de droit. Le devoir apparaît comme un concept fonctionnel guidant l'action de l'individu au sein de la communauté : il est une condition dans l'exercice des droits ; un paradigme éthique nécessaire pour penser la vie en communauté.

Summary :

This article is intended to be read as a contribution to the theoretical study of the relationship between the individual and the community through the prism of human duties. It aims at figuring out what are the duties of a person in the community of Law. Duty appears as a functional concept guiding the individual's actions within the community: it is a condition to the exercise of rights; a necessary ethical paradigm to think life within the community.

*« Gardons-nous de confondre l'idéal et la chimère (...)
l'idéal (...) n'est rien de monstrueux ;
c'est proprement une chose existante prise dans sa perfection ;
sans doute cette perfection n'est pas actuellement réalisée,
mais la réalité y tend, c'est sa destinée, sa règle,
l'ordre le meilleur où elle puisse être,
et où elle s'efforce de se placer,
c'est, dans la vie privée, la sainteté, dans la vie publique,
la justice et la fraternité la plus complète, c'est-à-dire la perfection ;
et il est également sûr que l'homme y tend et qu'il n'y arrivera jamais »*

E. Bersot

Absence des devoirs. La nature a horreur du vide, et les terres de l'absence sont éternellement à conquérir par le droit. L'une d'elles semble être celle du devoir. Le droit positif ne donne pas de définition des devoirs de l'Homme, voire « ignore très largement les devoirs »¹. L'absence du vocable dans les ouvrages et dictionnaires juridiques en témoigne ; l'existence même des devoirs est interrogée. Aussi l'ordre juridique français, auquel cette étude sera circonscrite, apparaît très largement tourné vers l'idée des droits. L'expression populaire désigne d'ailleurs bien la France comme le pays des droits de l'Homme. Mais de quel Homme ?

Définition de « l'Homme » et de la « communauté ». Nous entendons ici l'homme comme le citoyen, jouissant de droits dans l'État dont il relève² et faisant ainsi partie de la communauté, entendue comme l'universalité des citoyens français constituant le peuple souverain³.

Histoire du devoir. D'aucuns ont pu relever que « dans l'histoire de nos sociétés, le devoir précède le droit »⁴. D'un point de vue historique en effet, le devoir a une connotation négative, se rapportant à la soumission à une autorité, qu'elle soit divine ou royale. La Révolution de 1789 a d'ailleurs précisément été interprétée comme une réaction contre les devoirs. Dans la dynamique révolutionnaire, la formation même de l'individu est intimement liée à la reconnaissance de ses droits et à l'émancipation d'un système de contrainte et de subordination, concentré dans le terme de « devoirs ». En forçant le trait ; alors que la liberté libère, le devoir subordonne.

Disqualification du devoir. Ainsi, l'aversion envers le devoir suffit à révéler son existence. Néanmoins, il semble avoir été disqualifié de l'ordre juridique positif. Cette notion n'est pas « niée », mais son emploi apparaît risqué : d'une part, en raison de sa forte connotation morale et religieuse, avec notamment l'hostilité quant à une éventuelle sanction d'origine purement morale⁵ ou un fondement exclusif dans une « loi naturelle »⁶ ; d'autre part, parce qu'elle paraît dangereuse dès lors qu'elle peut servir tant l'État de droit démocratique que l'État autoritaire ou totalitaire. Dans cette seconde hypothèse, la reconnaissance de

NDLR : L'auteur a obtenu le premier prix de la 6^e édition du « Concours de mémoires » organisé en 2015 par l'association LexOI. Le texte original a fait l'objet d'adaptations pour les besoins éditoriaux.

¹ B. MATHIEU, « Droits et devoirs », in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2008, p. 325-327.

² Le citoyen étant défini par G. CORNU comme le « membre d'une cité ou d'un groupement politique » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2014, p. 176.

³ Constitution du 24 juin 1793, art. 7 : « Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français ».

⁴ Pour un historique complet du devoir, v. Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 112 et s.

⁵ Sur ce point, v. notamment R. HANICOTTE, *Devoirs de l'homme et constitutions, Contribution à une théorie générale du devoir*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 12 et s.

⁶ Le concept de devoir a ainsi notamment été développé par l'un des grands penseurs du droit naturel : S. VON PUFENDORF, *Les devoirs de l'homme et du citoyen – tels qu'ils lui sont prescrits par la loi naturelle*, t. 1, Amsterdam, H. Schelte, 1707. Pour une présentation complète du courant porteur des devoirs de l'Homme dans le droit naturel, v. P. DELVAUX, *La controverse des droits de l'homme de 1789*, t.1, Paris, thèse, 1985, p. 312 et s.

devoirs permet en effet de conditionner la jouissance des droits à l'exercice des devoirs et ainsi de limiter les premiers au nom des seconds.

Requalification du devoir. Cette aversion à l'égard du devoir ne devrait plus se justifier aujourd'hui. L'État français n'est plus le symbole d'oppression qu'il a pu être et l'heure est moins à la lutte contre l'arbitraire qu'à la recherche de moyens toujours plus poussés en vue de garantir des droits effectifs. La généralisation de la théorie de l'État de droit devrait en outre permettre de ne plus appréhender le devoir avec aversion et de le requalifier dans les rapports au sein de l'institution.

Intérêt de la question. Néanmoins, si l'aversion envers le devoir est théoriquement dépassée, elle semble aujourd'hui s'être muée en indifférence au profit d'un développement exponentiel des droits subjectifs qui, par un usage inflationniste, « *est susceptible de conduire à une société parcellisée, éclatée* »⁷. D'une part, la tendance est très largement à la reconnaissance toujours plus grande de droits de créance qui font peser sur l'État des revendications sociales, mais ne font pour autant naître aucune créance véritable à la charge des individus envers les autres. Dans une société déjà très largement individualiste, le développement inflationniste de ces droits de créance crée un déséquilibre dans les rapports entre l'individu et la communauté. Il crée une rupture avec la logique républicaine tendant à circonscrire la liberté de l'individu dans ses rapports avec l'ensemble de la communauté et à ce « *que les réclamations des citoyens, fondées (...) sur des principes simples et incontestables, tournent toujours (...) au bonheur de tous.* »⁸. En effet, la logique des droits de créance repose sur l'idée de rendre des revendications abstraites opposables aux décideurs politiques, tributaires d'une mise en œuvre sur le plan économique, n'ayant pas même à peser sur les individus. D'autre part, les droits et libertés individuels, dans leur ensemble, posent de plus en plus la question de la limite à leur exercice. Il en va ainsi des affaires « Dieudonné » et, plus tristement, « Charlie Hebdo » ou encore de la revendication d'un « droit à la mort » plus que jamais d'actualité en raison de l'affaire « Vincent Lambert ». Ces affaires conduisent à s'interroger sur la place de l'individu dans la communauté. Elles posent la question de savoir quelles sont les bornes à l'exercice des droits et libertés, qui peuvent à la fois porter le débat sur les nécessités toujours plus renouvelées de la démocratie, mais aussi porter le regard sur ce qui peut la menacer. L'Homme ne peut s'extraire de son inscription collective, qui implique que l'individu ait des droits, mais aussi des devoirs, qui peuvent apparaître comme un concept régulateur pour l'individu dans la communauté.

Devoir et ordre juridique français. En dépit des difficultés évoquées, l'ordre juridique français connaît et a connu la notion de devoirs, qui bénéficie

⁷ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant-LGDJ, 2010, p. 63.

⁸ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789.

d'une assise, et même, d'une certaine continuité constitutionnelle⁹. Cependant, les textes les mentionnant ne définissent ni ne régissent les devoirs. Pour autant, il semble qu'une importance particulière soit attachée à ce concept. En témoigne le préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui énonce notamment que : « *cette Déclaration, constamment présente à tous les Membres du corps social, leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs ; afin que les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés ; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous* ». Consacrés dans les textes constitutionnels depuis plusieurs siècles, les devoirs figurent aux fondements de l'ordre juridique français, mais demeurent indéfinis. Ils sont dès lors susceptibles de faire l'objet de multiples approches.

Des approches multiples du concept de devoir. Certains auteurs considèrent que la dialectique entre droits et devoirs est déséquilibrée¹⁰, à l'image d'un rapport de force où l'un finit toujours par absorber l'autre selon les ordres juridiques en cause. D'autres encore conçoivent les devoirs comme la condition préalable des droits¹¹ ou comme le fondement des droits¹². La relation entre droits et devoirs est également appréhendée à travers une dialectique de réciprocité, qui se traduit dans son expression la plus réduite de la manière suivante : à chaque

⁹ Constitution du 24 juin 1793, art. 35 : « *Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est, pour le peuple et pour chaque portion du peuple, le plus sacré et le plus indispensable des devoirs* » ; Constitution du 4 novembre 1848, préambule, al. VI : « *des devoirs réciproques obligent les citoyens envers la République et la République envers les citoyens* » et al. VII : « *les citoyens doivent (...) concourir (...) à l'ordre général en observant les lois morales et les lois écrites qui régissent la société, la famille et l'individu* » ; Constitution du 27 octobre 1946, préambule, al. 5 : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* » ; Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, Préambule : « *toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement* ».

¹⁰ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 119 : « *Entre les droits et les devoirs, il n'y a pas d'équilibre et il ne peut y en avoir aucun. Les premiers sont une concession de l'État et les seconds sont consubstantiels à son existence* » ; D. COLARD, « Le principe de l'indivisibilité des droits de l'homme », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, Suisse, Éd. Univ. Fribourg, Éd. du Cerf, Paris, 1989, p. 17 : « *les devoirs, implicites ou explicites, sont plus amples que les droits et de toutes façons imposés par l'État et la vie en société* » ; P. MEYER-BISH, « Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, op. cit., p. 72, l'auteur affirmant qu'il existe une « *prééminence formelle du droit sur le devoir* ».

¹¹ Pour une critique de cette position, v. P. MEYER-BISH, « Le devoir de l'homme est sans fin, mais non sans limite », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, op. cit., p. 69, l'auteur relevant notamment que les droits de l'Homme ne sauraient être des droits conditionnels.

¹² Sur la conception du devoir comme fondement des droits, v. J. RIVERO, *Les droits de l'homme*, t. 1, *Les libertés publiques*, Paris, PUF, 1995, p.75.

droit correspond un devoir¹³, de sorte que – par exemple – au droit à l'intégrité physique correspond le devoir de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique. D'autres, sans rejeter le fait qu'« *un droit sans devoir n'est rien* », relèvent que « *la réponse qui consiste à affirmer l'exacte symétrie entre droits et devoirs est vraiment trop courte* »¹⁴ et cherchent à présenter les devoirs comme étant autonomes par rapport aux droits et ayant une dynamique propre.

Postulat : l'autonomie du devoir. Le devoir peut apparaître comme un concept autonome¹⁵ et cette étude s'attachera à contribuer modestement à sa reconnaissance au sein de l'ordre juridique français. Dès lors, il convient de définir ce que n'est pas le devoir, avant de l'appréhender en lui-même.

Le devoir n'est pas la contrepartie d'un droit. Nous prenons le parti de rejeter le postulat de la réciprocité telle que précédemment présentée, et sommes d'avis qu'il évacue nécessairement tout raisonnement portant sur les devoirs. D'une part, la réciprocité est tout simplement vide de contenu s'agissant de certains droits, tels que le droit au logement ou le droit d'obtenir un emploi. De plus, concevoir le devoir comme la contrepartie d'un droit, c'est le condamner à l'ineffectivité juridique dès lors qu'aucune sanction autonome ne s'y attache. « *Dire qu'à un droit correspond un devoir, c'est proclamer l'ineffectivité de certains devoirs et l'absence de sanction* »¹⁶. Affirmer qu'à un droit correspond un devoir revient en effet à placer les devoirs sur le terrain des droits et donc à leur attribuer le même régime juridique. Cela conduit donc à discréditer toute recherche propre au devoir et à disqualifier ce concept en le reléguant dans le champ des droits. Or, c'est là confondre le devoir et l'obligation.

Le devoir n'est pas une obligation. Obligation et devoir sont souvent employés à tort comme des synonymes. Le Doyen Carbonnier affirmait ainsi que « *dans toute obligation, il y a un devoir ; mais tout devoir n'est pas une obligation* »¹⁷. Tentons alors de les dissocier. L'obligation civile est caractérisée comme un « *devoir assorti d'une contrainte étatique* »¹⁸. Le devoir est donc ce qui

¹³ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 115 : « *Les devoirs, se sont également les "bornes" (...) Chaque droit énoncé doit donc avoir son "négatif" ou son correspondant sous la forme d'un devoir, d'une obligation juridique.* ».

¹⁴ P. MEYER-BISCH et J.-P. DURAND, « Liminaire avertissement », in P. MEYER-BISH (dir.), *Les devoirs de l'homme, de la réciprocité dans les droits de l'homme*, op. cit., p. 3, les auteurs se demandant en outre si les devoirs ne seraient pas « *les conditions concrètes de la réalisation des droits* ».

¹⁵ En ce sens, v. notamment J. RIVERO, *Libertés publiques*, op. cit., p. 75 ; R. CASSIN, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme », in *Mélanges Polys Modinos*, Paris, Pedone, 1968, p. 487 : l'auteur cite notamment PONTIFE (*L'Encyclique*) : « *dans la vie en société, tout droit conféré à une personne par la nature crée chez les autres un devoir, celui de reconnaître et de respecter ce droit* ».

¹⁶ Y. MADIOT, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, op. cit., p. 117 et s.

¹⁷ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, Paris, PUF, 2004, p. 1917.

¹⁸ La définition de l'obligation donnée par G. CORNU présente l'intérêt de procéder d'une synthèse doctrinale : « *En un sens général, synonyme de devoir (résultant en général d'une loi)* » (...) « *En un sens technique, face passive du droit personnel (ou droit de créance) ; lien de droit (vinculum juris) par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une*

reste une fois l'obligation dépouillée de la contrainte. L'obligation peut être définie comme le lien de droit, *vinculum juris*, par lequel une personne appelée débiteur est tenue d'une prestation envers une autre personne appelée créancier, en vertu de la loi, d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, ou d'un quasi délit¹⁹. La contrainte étatique consiste dans « *l'ensemble des voies et moyens de droit offerts et garantis par l'État en vue de l'exécution (au besoin forcée) des obligations et du respect des droits* »²⁰. En somme, l'obligation est le lien qui unit deux personnes en vertu d'une règle de droit qui, en tant que telle, est rattachée à l'organe étatique qui dispose de moyens de contrainte pour en assurer le respect. Que reste-t-il d'une règle de droit sans contrainte ? La règle de droit demeure et invite le sujet de droit à adopter un certain comportement envers un autre. Dès lors, elle dépend de la bonne volonté de ce sujet de droit à se déterminer en fonction d'elle. Mais n'est-ce pas là, au fond, ce qui précède tout rapport d'obligation, et même tout rapport à la règle de droit ?

Le devoir complète la règle de droit. La contrainte est nécessaire au droit, mais il n'a pas vocation à s'imposer *a posteriori* par la force, sauf le cas des dictatures ou régimes totalitaires. Hormis ces cas, la règle de droit, et le droit en général, sont suivis par ceux à qui ils s'imposent parce qu'ils l'acceptent *a priori* comme tels. En effet le droit n'est autre qu'un ensemble de règles invitant à un comportement, un instrument de direction des conduites humaines²¹. Le fait que l'ordre social se maintienne montre que le droit est majoritairement respecté, alors même qu'il n'a pas vocation à s'imposer par la force. Il y a une puissance de

ou plusieurs autres (le créancier) en vertu soit d'un contrat (...), soit d'un quasi-contrat (...), soit d'un délit ou d'un quasi-délit (...), soit de la loi ». Aussi l'obligation « *désigne normalement l'obligation juridique, par opposition à l'obligation morale, et même, plus spécialement, l'obligation civile (devoir assorti d'une contrainte étatique) par opposition à l'obligation naturelle* » : G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 699-700. Sur la définition de l'obligation et sa distinction avec le devoir, v. notamment : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., p. 1918 : « *c'est elle (la sanction étatique) qui fait la différence entre les devoirs de bienséance, de morale ou de religion, d'une part, et, d'autre part, les obligations juridiques* » ; P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, LexisNexis, 2012, p. 383, l'auteur opposant « *l'obligation civile* » et « *l'obligation naturelle* », cette dernière étant un « *devoir moral* » ou « *devoir de conscience envers autrui* » dont l'exécution ne peut notamment pas être exigée en justice ; R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Paris, Dalloz, 2010, p. l'auteur opposant également l'obligation naturelle, caractérisée « *chaque fois qu'un devoir de conscience n'est pas sanctionné par le droit* », à l'obligation civile étant, contrairement à la précédente, un lien de droit entre une ou plusieurs personnes ; F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1, les auteurs opposant « *devoir moral et obligation juridique* » selon les mêmes critères de définition de l'obligation (lien de droit personnel, obligatoire et pécuniaire).

¹⁹ C. Civ., art. 1370 : « *Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui s'oblige, ni de la part de celui envers lequel il est obligé. Les uns résultent de l'autorité seule de la loi ; les autres naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Les premiers sont les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et des autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. Les engagements qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé, résultent ou des quasi-contrats, ou des délits ou quasi-délits ; ils font la matière du présent titre* ».

²⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 259.

²¹ P. AMSELEK, « *Le droit, technique de direction publique des conduites humaines* », *Droits* 1988, n° 10, p. 7. V. aussi A. JEAMMAUD, « *La règle de droit comme modèle* », *Recueil Dalloz* 1990, p. 199.

volonté des individus dans la détermination de leur comportement au sein de la communauté qui se réfère à la règle, mais qui est autonome de celle-ci. Un comportement sera conforme à la règle parce que la volonté qui le dirige a choisi de suivre la direction proposée par cette règle. Et si cette volonté choisit cette voie, c'est bien qu'elle s'y oblige. Or s'obliger en fonction d'une volonté que l'on détermine est bien l'expression du devoir²². Ainsi, il y a une détermination de la volonté, et donc un devoir, qui précède le déclenchement de l'impératif juridique²³ contenu dans la règle de droit²⁴. Le devoir n'est pas une règle de droit ; il la complète. Dès lors, pour que le droit soit respecté et l'ordre social garanti, le devoir doit guider la volonté de l'individu conformément à l'idée de justice poursuivie par l'ordre juridique, c'est-à-dire par référence aux valeurs qui commandent la société dans laquelle il évolue. En cela, le devoir intervient dans la dimension éthique de la règle de droit.

Devoir et dimension éthique de la règle de droit. La fin du droit est d'organiser la société. Plus précisément, les finalités de l'ordre juridique sont l'ordre et la justice. En tout état de cause, la vie en communauté tend en effet à éviter tout état de violence²⁵. Néanmoins, tout ordre juridique est irrigué par une idée de justice qu'il tend à garantir. En ce sens, les règles de droit sont une catégorie de « *normes éthiques* »²⁶. L'éthique est juridique, elle se rapporte à une forme de morale collective institutionnalisée – contrairement à la morale *stricto sensu*, qui est individuelle et se situe sur le plan du for intérieur. Contrairement aux valeurs morales, qui ont pour idéal l'individu et visent à son perfectionnement personnel, les valeurs sociales sont juridiques, car elles ont pour idéal le citoyen et visent au perfectionnement de celui-ci au sein de la société en vue du maintien de l'ordre social. En effet, les règles de droit, comme toutes normes éthiques, traduisent les valeurs qui « *se rapportent à une représentation idéale des rapports sociaux, de la place qu'y occupe l'homme et de la forme de la société qui en*

²² Dictionnaire Larousse, entrée « devoir » : « *obligation morale, considérée sous sa forme la plus générale* », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français.

²³ En effet « *le concept du droit subjectif ne fait que traduire la faculté, pour l'individu, de déclencher l'impératif contenu dans la règle de droit* » : H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Paris, Dalloz, 1991, p. 29.

²⁴ C'est ainsi que, pour reprendre la distinction du devoir et de l'obligation, le Doyen J. CARBONNIER explique : « *il convient de se prémunir contre un emploi vague du mot d'obligation. Certains devoirs peuvent être regardés comme des devoirs juridiques, parce que leur inobservation est sanctionnée par l'État et ses tribunaux, mais ils ne constituent pas des obligations au sens technique, des rapports de débiteur à créancier, faute d'un créancier qui ait le droit d'en exiger l'exécution. (...) Ces devoirs (absolus) sont établis dans l'intérêt de tous ou, du moins, dans un intérêt déterminé. Si l'un d'eux est violé et qu'il en découle un dommage pour une personne, une obligation véritable naîtra, avec un créancier : l'obligation de réparer le dommage. Mais en attendant (malgré l'impropriété fréquente du dommage courant), il n'y a pas techniquement d'obligation, de rapport d'obligation, personne – parmi les victimes éventuelles – ne pouvant se détacher d'avance pour prétendre à un droit de créance et en réclamer l'exécution* » : J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, Les obligations, op. cit.*

²⁵ C'est là l'utilité du contrat social développée par J.-J. ROUSSEAU (v. J.-J. ROUSSEAU, *Oeuvres*, Paris, A. Belin, 1817, p. 356) : chacun renonce à la liberté illimitée de l'état de nature pour une liberté civile, le pacte tendant à garantir à chaque contractant l'égalité, la liberté et la sécurité.

²⁶ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, LGDJ Montchrestien, 1960, p. 24-25.

résulte »²⁷. À cette fin, le domaine du droit est « *celui des intérêts* »²⁸, et la fonction même du droit « *est de régler pacifiquement (les) affrontements en faisant prévaloir ceux des intérêts en présence qui correspondent aux valeurs sur lesquelles il est fondé* »²⁹. S'agissant des intérêts en présence, l'inscription de l'individu dans la collectivité et l'exigence de maintien de l'ordre et de la justice impliquent nécessairement une conciliation de l'intérêt individuel avec l'intérêt de la communauté. Les valeurs sociales s'imposent donc à l'individu pour cette seule raison qu'il est membre de la communauté : *ubi societas, ibi jus*. Le devoir revêt alors une dimension fonctionnelle.

Identification de la fonction du devoir dans l'ordre juridique. La vie en communauté – plus précisément l'exigence de maintien de l'ordre et de la justice – implique une conciliation entre les intérêts de l'individu et les intérêts de la communauté. Ce rapport met une série d'acceptations et de renoncements à la charge de l'individu inscrit dans la collectivité soumise à un souverain, ce qui en fait un rapport nécessairement façonné par les devoirs. Les règles de droit étant des normes éthiques, elles en appellent au devoir et tendent à orienter la volonté de l'individu dans le sens d'une éthique collective qui préside à la conciliation de l'intérêt de l'individu avec l'intérêt de la communauté. Le devoir se rapporte à une certaine orientation de la volonté en fonction des valeurs sociales auxquelles adhère la société en vue du maintien de l'ordre social. Alors que les règles de droit ont vocation à dire ce qui doit être, le devoir a vocation à encadrer l'exercice de la liberté au sein de la communauté de telle sorte que la volonté guide le comportement vers la réalisation dans les faits d'une représentation idéale des rapports sociaux. Dès lors, la substance du devoir est variable et dépend de l'idéal poursuivi par chaque ordre juridique.

Devoir et inscription collective de l'individu dans l'ordre juridique français. Les textes au fondement de l'ordre juridique français sont à cet égard assez explicites. L'ordre juridique encadre la vie en communauté au sein d'une institution : l'État. Le droit fait corps avec l'institution étatique. L'idéal républicain est clairement identifié, non seulement dans le préambule de la Déclaration de 1789 comme de parvenir au « *bonheur de tous* », mais également dans la Constitution de 1958 qui tend à « *un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* »³⁰. Cet idéal, l'éthique qui le fonde, et l'inscription collective de l'individu sont aménagés par le droit, lui-même institutionnalisé par l'État. Le modèle républicain implique la soumission de chacun aux règles juridiques édictées et garanties par l'institution en vue du bien commun. En d'autres termes, ce modèle tend à faire primer l'intérêt commun en vue de la préservation de l'intérêt de chacun, conformément à la volonté de tous. Cette soumission est

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Constitution du 4 octobre 1958, art. 72-3 : « *La République reconnaît, au sein du peuple français, les populations d'outre-mer, dans un idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité* ».

source de devoirs, inhérents à l'inscription de l'individu dans la communauté, qui viendront conditionner l'exercice des droits et libertés de chacun par référence à deux concepts structurant cette inscription en droit français : la volonté générale et l'intérêt général.

Volonté générale et intérêt général sont deux concepts qui se recourent. Dans l'ordre juridique français en effet, la soumission de chacun au droit en vue du bien commun se justifie par le fait que le peuple est souverain. Aussi, la volonté générale étant celle du souverain, elle est réputée être celle de tous les citoyens³¹. La volonté générale est ainsi le concept permettant de légitimer et d'imposer l'action normative de l'État en posant le postulat qu'elle résulte de la volonté de l'ensemble de la communauté. D'une certaine façon, chacun détient une part de souveraineté et ne peut s'exclure de ce modèle politique. Il y a ainsi aux fondements de l'ordre juridique un devoir de se soumettre à la volonté générale, ce qui se traduit principalement par le respect du droit, fruit de la volonté générale, qui poursuit l'intérêt général.

L'intérêt général est quant à lui à la fois – et rejoignant sur ce point la volonté générale – le concept qui légitime le pouvoir de l'institution étatique et sa finalité³². La poursuite de l'intérêt général n'a cependant pas vocation qu'à guider l'action des pouvoirs publics, mais également celle de chacun des individus constituant la communauté. En effet, le seul respect des règles de droit édictées dans l'intérêt général ne peut permettre de garantir un état des choses conforme à l'intérêt général, sauf à croire que l'univers tout entier du fait est déjà rattaché à une règle de droit. Dès lors, le devoir de respecter la volonté générale implique pour le citoyen un devoir de se soumettre à l'intérêt général, lequel constitue le référentiel en vue de la détermination de l'étendue des droits et de la liberté de l'individu dans la communauté. En effet, parce que l'intérêt général prime les

³¹ D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 1531-1534 : le concept de volonté générale « dénote au cours de sa longue histoire une multitude de référents variés qui interdit toute définition univoque ». Deux acceptions se dégagent cependant. Tout d'abord, la volonté générale peut être appréhendée, d'un point de vue politico-juridique, comme « la volonté globale du corps politique constitué de tous ces citoyens », selon la conception rousseauiste du contrat social. Ainsi, « la volonté d'une collectivité à la recherche de son bien n'est pas différente de celle du citoyen, puisque, par définition, celui-ci veut le bien du groupe auquel il appartient ». La volonté générale peut ensuite être appréhendée sous l'angle de l'analyse de l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 23 août 1789 : « la loi est l'expression de la volonté générale, tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation ». De cet article, deux lectures sont possibles. D'une part, celle consistant à concevoir la volonté générale comme « la volonté concrète (des citoyens ou de leurs représentants) qui se trouve à l'origine de la loi », ou y voir le fait que « tous les citoyens ont le droit de concourir à la volonté générale ». Ces différentes acceptions du concept, si elles emportent des conséquences différentes, n'influent cependant pas sur le lien entre volonté générale et intérêt général sur lequel cette étude se concentre : il n'est en effet pas contesté que la volonté générale tend à la poursuite du bien commun et que la soumission de chacun au droit se justifie par le fait que le peuple est souverain. V. sur ce dernier point : G. BURDEAU, *Traité de science politique, Tome IV, Le statut du pouvoir dans l'État*, Paris, LGDJ, 1984, p. 26-28 sur « l'expression d'une volonté créatrice ».

³² *Ibid.* ; aussi F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986 ; P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114.

intérêts privés, il en résulte un devoir de respecter cette primauté. Dès lors, le devoir de se soumettre à la volonté générale implique pour le citoyen un devoir de se soumettre face à l'intérêt général.

Identification des devoirs. En définitive, l'individu étant inscrit dans un ordre juridique qui le dépasse, reposant sur un consensus social institutionnalisé et finaliste, l'exigence d'ordre et de justice implique ainsi une certaine orientation dans l'exercice de ses droits et libertés. Cette orientation se traduit par deux sortes de devoirs pour l'individu dans la communauté : le devoir de se soumettre à la volonté générale (I) et le devoir de se soumettre face à l'intérêt général (II).

I.- Le devoir de se soumettre à la volonté générale

Au sein de l'ordre juridique français, le concept de volonté générale est la fiction absolument nécessaire au maintien de l'ordre social en ce qu'elle permet de remédier à la chimère de l'unanimité. Elle permet de penser non seulement la loi, mais encore tout le droit comme issu d'une volonté collective légitime, car émanant du peuple souverain, réputée être celle de tous et s'imposant à ce titre à chacun. S'y soumettre apparaît alors comme la condition première du maintien de l'ordre et de la liberté dans une communauté de droit. Cette soumission se traduit, aux fondements de l'ordre juridique, par un devoir de se soumettre à la volonté générale. Ce devoir conditionne la liberté de l'individu dans la communauté : il consiste à devoir respecter la règle de droit (A) et dont la justification se trouve dans une volonté collective de droit (B).

A.- Les manifestations du devoir : le respect de la règle de droit

Ordre juridique et communauté. L'ordre juridique a vocation à s'appliquer dans une communauté. Nous entendons par « communauté » la communauté d'Hommes – plus précisément de citoyens – constituant le corps social juridiquement encadré. Le devoir de respecter la norme juridique se justifie par le fait que l'individu, auquel s'impose le devoir, est membre de cette communauté où s'applique le droit. En fait, les caractéristiques du droit dans cette communauté (1) justifient l'existence d'un devoir de respecter la norme juridique (2).

1/ Les raisons d'être d'un devoir de respecter la norme juridique

Le droit comme raison d'être du devoir. L'existence d'un devoir de respecter la norme juridique s'explique par le fait que le droit, nécessaire garant de l'ordre social (a) est à lui seul insuffisant pour l'accomplissement de cette tâche (b).

a/ Le droit, garant nécessaire de l'ordre social

L'ordre et la nécessité du droit. L'ordre juridique encadre l'ordre social : il vise un idéal d'ordre et de justice. Telles sont ses finalités. En énonçant ce qui doit être, le droit tend à ce que le fait se conforme à cet idéal³³ qui est un modèle à atteindre³⁴. S'agissant de la teneur de cet idéal, il est fait de valeurs juridiques lui donnant sa consistance propre³⁵. Ces valeurs ont pour finalité d'opérer une conciliation entre les intérêts de l'individu et de la société, afin de garantir l'ordre social. À cette fin, le droit apparaît comme un instrument *nécessaire* de conciliation des intérêts.

Nécessité du droit et moyen du droit. Cette conciliation est propre à l'objectivité du droit³⁶ : il ne peut pas manifester les intérêts de chacun, mais s'applique à tous en imposant un équilibre objectif en faisant prévaloir certains intérêts sur d'autres³⁷. Cet impératif de conciliation s'illustre par le fait que l'ordre juridique s'appréhende en fonction de valeurs.

Moyen du droit et valeurs. Les valeurs « *coïncident avec certains intérêts dont elles assureront la protection* » et « *se rapportent à une représentation idéale des rapports sociaux, de la place qu'y occupe l'homme et de la société qui en résulte* ». Ces valeurs ont vocation à guider les comportements au sein de l'ordre social, encadré par l'ordre juridique. Ainsi les valeurs sociales sont des valeurs éthiques et juridiques³⁸, et non morales. En effet, parce qu'elles visent à régler les comportements sociaux en vue d'un idéal d'Homme social, c'est-à-dire d'un idéal

³³ V. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1960. Selon la célèbre distinction de l'auteur entre le *sein* et le *sollen*, le droit est un *sollen*, il dit ce qui *doit être* et non ce qui *est*. Nous n'entendons pas ici que le fait se conforme systématiquement et idéalement à ce qui doit être, il demeure une marge entre le *sein* et le *sollen*.

³⁴ Dictionnaire Larousse, entrée « idéal » : « *ensemble de valeurs intellectuelles, morales, esthétiques, politiques, considéré comme conforme aux aspirations les plus élevées de quelqu'un, d'une collectivité et comme une fin qu'ils se proposent d'atteindre* » ; « *modèle qui correspond à ce que quelqu'un, une collectivité estime être parfait* », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français.

³⁵ Nous employons le terme « propre », car si la même valeur peut être portée par plusieurs ordres juridiques, elle n'aura cependant pas la même consistance dans ces deux ordres juridiques. Il en va ainsi, par exemple, de l'intérêt général, qui n'entretient pas le même rapport avec les intérêts particuliers selon les ordres juridiques.

³⁶ H. A. SCHWARZ LIEBERMAN, « Les biens et les choses », *APD* 1979, t. 24, p. 274.

³⁷ Le Professeur B. MATHIEU précise ainsi que si « *l'intérêt général se définit mal par substance, il se définit plus exactement par une volonté, celle de promouvoir les intérêts fondamentaux d'une société dans un cadre et une époque donnés* » : B. MATHIEU, *L'intérêt général, norme constitutionnelle*, Paris, Dalloz, Cahiers constitutionnels de Paris I, 2007.

³⁸ Les valeurs sont les « *bienfaits reconnus comme principes de la vie en société* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 951) et la morale se définit comme « *l'ensemble des principes moraux qui sont à la base de la conduite de quelqu'un* » (Dictionnaire Larousse, entrée « morale », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français). Il est donc possible de définir l'éthique comme une forme de morale collective. Ainsi les valeurs éthiques sont bien des valeurs juridiques : « *la fin du droit, sa fonction propre, est d'ordonner la société. C'est pourquoi les valeurs juridiques ont une existence indépendante de celle des valeurs morales, même lorsqu'elles sont en harmonie avec ces dernières* » (M. VIRALLY, *La pensée juridique*, *op. cit.*, p. 28).

citoyen, les valeurs juridiques sont intégrées au sein de l'ordre juridique, qui est un ensemble normatif autonome de la morale³⁹. Le droit, envisagé comme nécessité, doit intégrer les valeurs qu'il exprime, ce qu'il fait par le biais des règles de droit.

Valeurs et règles de droit. Les valeurs sont indissociables des finalités du droit ; elles *déterminent* les finalités des règles de droit. Ces règles sont quant à elles les moyens d'y parvenir. Les valeurs sont des finalités : elles « *animent les normes qui les servent* »⁴⁰. En d'autres termes, l'idéal porté par les valeurs s'imposera à travers la norme juridique, en bénéficiant de son caractère obligatoire, impératif et sanctionné.

Néanmoins, si la règle de droit est un moyen nécessaire à l'ordre, elle est cependant un moyen insuffisant. Cette insuffisance laisse un espace libre dans lequel le devoir de respecter la norme juridique trouvera sa place et sa fonction.

b/ Le droit, garant insuffisant de l'ordre social

De l'insuffisance de la règle de droit pour atteindre ses finalités. Si toute règle de droit tend à être respectée, elle ne l'est pas du seul fait de son existence⁴¹. L'ordre, envisagé comme finalité du droit, est conditionné par le respect du droit : « *l'ordre juridique n'a de sens et de pertinence que s'il est efficace* »⁴². Or, si la réalisation dans les faits est l'objectif du droit⁴³, il faut bien se résigner à ce que, entre le devoir-être et l'être, une marge demeure⁴⁴. La norme juridique, en énonçant ce qui doit-être, prétend simplement à un idéal de fait ayant pour référentiel le droit. Rien ne peut garantir *a priori* qu'elle sera respectée. Le devoir de respecter la règle de droit vient pallier les faiblesses du droit.

Faiblesses de la règle de droit. Toute norme juridique, normalement applicable, impérative et obligatoire, n'est pas *de facto* appliquée, d'autant que toutes les normes juridiques ne bénéficient pas de l'avantage de la sanction. Or, la règle de droit ne peut être isolée de sa finalité, puisqu'elle en est le moyen : « *la*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique*, op. cit., p. 33.

⁴¹ J. BÉTAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse droit, Université de Limoges, 2012, p. 1 : « *En effet, la norme ne s'impose pas d'elle-même, par le simple fait de son adoption* ».

⁴² J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in J. CHEVALLIER (dir.) et al., *Le droit en procès*, Paris, PUF, 1983, p. 20.

⁴³ R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 3, Paris, A. Maresq Aîné, 1880, p. 15. « *Comme la plante qui en apparence, n'absorbe rien du dehors, prend cependant toute sa nourriture dans la terre et dans l'atmosphère, de même tout droit emprunte imperceptiblement les éléments de sa vie au monde où il a ses racines et à l'atmosphère au milieu de laquelle il grandit* » ; R. VON JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, t. 1, Paris, A. Maresq Aîné, 1880, p. 46.

⁴⁴ J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in G. MARTY, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris, Dalloz - Sirey, 1985, p. 685.

*« règle de droit incite celui qui s'en sert à l'utiliser dans le bon sens »*⁴⁵, c'est-à-dire conformément au sens des valeurs qui la sous-tendent. C'est là la condition d'un respect authentique de la règle de droit. En effet, la non-réalisation de la finalité poursuivie par la règle de droit traduirait donc une rupture (dans les faits) entre la norme juridique et les valeurs qui la portent. Or, il est tout à fait possible d'appliquer une règle de droit sans pour autant atteindre la finalité de la règle. Par exemple, en l'absence de filiation juridiquement établie entre un parent et son enfant, ce dernier « *peut juridiquement épouser son auteur* »⁴⁶. Les dispositions législatives relatives à l'inceste sont respectées, mais dans les faits, ruinées de leur finalité.

De l'impuissance de la règle de droit et du rôle de ses destinataires. Ainsi rien ne permet de garantir *a priori* que la règle de droit soit respectée. Il est par ailleurs aisé d'en déduire que le respect de la règle est fonction du comportement de son destinataire, ou plus précisément d'une certaine orientation de ce comportement, dans le sens non seulement de la règle, mais encore de ses finalités.

C'est précisément là que se justifie l'existence du devoir de respecter la règle de droit, qui apparaît nécessaire à cette véritable réalisation du droit dans les faits.

2/ L'existence du devoir de respecter la norme juridique

De la nécessité du devoir. Le respect de la règle de droit est la résultante d'un comportement. Or, un comportement est la résultante d'une conscience ; c'est dans celle-ci que se déploie au premier chef la puissance de la règle de droit, de sorte qu'elle est non seulement le lieu de formation du devoir (a), mais également son lieu d'expression (b).

a/ La conscience, lieu de formation du devoir

Rôle central de la conscience dans la puissance de la règle de droit. Nous l'avons vu, l'idéal poursuivi par la règle de droit ne peut être réalisé qu'en présence d'un comportement respectueux de la règle de droit par ses destinataires – soit le citoyen. D'ailleurs, l'étymologie du terme « idéal », du latin *idealis* – qui signifie « *idée* » – renvoie bien à « *ce qui n'a d'existence que dans l'idée, dans l'esprit* »⁴⁷. La règle de droit est toujours tributaire de la conscience de son destinataire : cette conscience du droit renvoie à une « *représentation préalable* »

⁴⁵ X. LABBÉE, *Introduction générale au droit. Pour une approche éthique*, Lille, Presses universitaires du Septentrion, 2011, p. 26.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Dictionnaire Littré, entrée « idéal », en ligne : www.littre.org.

d'un « *certain type d'aménagement de la vie commune selon des règles préétablies* »⁴⁸.

L'action intérieure du droit. Le droit « *fournit des modèles de conduite plus qu'il ne sanctionne des comportements* »⁴⁹. Sauf le cas des fascismes ou totalitarismes, le droit n'a pas vocation à s'imposer par la force et la violence ; tel est justement l'état des choses qu'il doit combattre⁵⁰. La règle de droit gouverne l'action, non pas « *de l'extérieur, mais la dirige de l'intérieur en lui fournissant des motifs, un modèle, une finalité* ». C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le droit règle le sort de ceux qui sont dépourvus de cette forme de conscience élémentaire que nous appelons *conscience de la règle*, ou *conscience du droit*, comme les irresponsables⁵¹ par exemple. La puissance de la règle de droit découle d'une « *représentation intellectuelle* » dont sont dépourvus « *les animaux et les fous* »⁵². Cette conscience, qui prédomine le devenir de la règle, a une incidence fondamentale sur le respect de celle-ci, et le droit positif le reconnaît aisément. Aussi, si la conscience peut prédominer la manipulation de la règle dans le mauvais sens, elle doit pouvoir prédominer la manipulation de la règle dans le bon sens⁵³.

Conscience et bonne volonté. Nous ne doutons pas que la conscience puisse jouer un rôle déterminant dans la puissance du droit. Au moins pour les règles dépourvues de sanction ou de contrainte, leur respect est tributaire du comportement du sujet, c'est-à-dire de son bon vouloir. Cette volonté bonne en appelle à la morale, puisqu'il s'agit de se représenter une règle chargée de valeurs comme obligatoire et devant être respectée par devoir. C'est là en substance l'impératif moral développé par Kant, pour qui « *la moralité est l'idée de la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle* »⁵⁴, la volonté étant « *conçue comme une faculté de se déterminer soi-même à agir conformément à la représentation de certaines lois* » – les « lois » dont il est question sont ici juridiques. Et puisqu'une « *telle faculté ne peut se*

⁴⁸ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », *op. cit.*, p. 19.

⁴⁹ N. ROULAND, *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, p. 15 ; P. AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in C. THIBIERGE (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, 2009, p. 3.

⁵⁰ M. VIRALLY, *La pensée juridique, op. cit.*, p. 30.

⁵¹ Par exemple, les personnes irresponsables pénalement pour cause de trouble mental (v. C. pén., art. 122-1). Leur conscience est altérée ; ils n'ont donc pas eu conscience de leurs actes ou de leur portée, et le droit les pardonne pour cela dans la limite du droit à réparation qui demeure.

⁵² M. VIRALLY, *La pensée juridique, op. cit.*, p. 8.

⁵³ Là encore, le droit positif accorde une place toute particulière à la question de savoir si une règle a été appliquée dans le bon sens. Par exemple, des pourparlers peuvent être rompus librement, mais la responsabilité délictuelle de la partie qui y met fin pourra être engagée en cas de rupture fautive des négociations, principalement en cas de mauvaise foi. Il s'agit bien de rechercher dans quel sens la règle de droit a été appliquée et dans ce cas précis, d'apprécier le respect d'un « devoir de bonne foi » : Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, Chap. II, Sect. 1, Sous-sect. 1, Art. 1111, site du Ministère de la Justice, en ligne : www.justice.gouv.fr/.

⁵⁴ E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Librairie philosophique, 2004, p. 146.

rencontrer que dans des êtres raisonnables », la conscience de l'Homme devient le lieu d'expression du devoir.

b/ La conscience, lieu d'expression du devoir

Bonne volonté et devoir éthique de respecter le droit. Ce procédé s'applique de la même manière à l'individu réceptionnant intellectuellement la règle de droit. Simplement, l'individu ne devra pas agir comme si la maxime de son action devait être érigée par sa volonté en loi universelle, mais par référence à la loi positive (la règle de droit). Sa volonté sera celle de se déterminer à agir conformément aux règles de l'ordre juridique et au regard de leurs finalités. Le référentiel de ces finalités n'étant pas les valeurs morales individuelles, mais les valeurs éthiques collectives, qui renvoient non pas au bonheur d'autrui et sa propre perfection, mais au bien commun et à la perfection du citoyen. Il y a donc un devoir éthique, entendu comme un impératif moral collectif, de respecter la règle de droit.

Dimension juridique du devoir de respecter le droit. Cet impératif n'est pas, *stricto sensu*, une règle de droit, mais il joue un rôle en amont de celle-ci, dans le monde de la conscience pour permettre d'assurer son respect en aval, dans le monde des faits. Loin d'être relégué dans le champ de la morale, le devoir « *appartient au monde "du" droit, mais il se situe sur un plan qui n'est pas celui "des" droits* »⁵⁵. Le droit est une idée réceptionnée intellectuellement, qui ne trouve sa réalité que dans les tréfonds de la conscience. En disant ce qui doit être, il est une « *idée d'être* » qui invite à une « *approximation fondée sur le devoir* » et, *par la même (...)* indique à quelle tâche infinie le respect du droit voue les hommes »⁵⁶. D'ailleurs il convient de rappeler l'intérêt pratique que revêt ce devoir de respect de la règle de droit ; tant en ce qui concerne le respect des finalités des règles de droit, que dans la mesure où « *l'esprit de désobéissance* » est « *un péril mortel pour le droit* », car de là « *naît le désordre* ». Et face à une désobéissance généralisée, même la force est inefficace⁵⁷.

Le devoir, une contrainte intérieure. La contrainte légale (entendue comme prévue par la règle de droit) n'est donc pas la seule contrainte que connaît le droit. Il y a bien une exigence de raison qui, précisément, reste au niveau de la conscience et n'est pas objectivée par le droit. Néanmoins, cette exigence régule l'action au sein de la communauté, sous forme d'un devoir de respecter la règle de droit. C'est une contrainte intérieure, qui est nécessaire au droit positif puisque « *l'affirmation que le droit est un ordre de contrainte ne signifie pas qu'il est de l'essence du droit "d'obtenir de force (erzwingen)" la conduite juridiquement*

⁵⁵ J. RIVERO, *Libertés publiques*, t. 1, Paris, PUF, 1974, p. 75, in D. de BÉCHILLON, *Qu'est-ce-qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 152.

⁵⁶ S. GOYARD-FABRE, « Le droit est-il de ce monde ? », *Droits* 1986, n° 4, p. 35.

⁵⁷ G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, p. 95-97.

régulière ordonnée par l'ordre juridique »⁵⁸, ni même, en certains cas, que cela ne soit possible.

Néanmoins, si nous soutenons qu'il s'agit bien d'un devoir éthique juridique, c'est-à-dire rattaché au monde du droit et non relégué dans celui de la morale, il apparaît nécessaire d'identifier la source juridique de cette volonté.

B.- Les justifications du devoir : la volonté collective de droit

Volonté générale et volonté collective du droit. Il est indispensable de justifier le devoir de respecter la règle de droit par une volonté de cette même règle, sauf à l'assimiler à une contrainte extérieure. Le devoir visant l'Homme citoyen inscrit dans une communauté sociale, cette volonté doit être collective. La volonté collective du droit est parfaitement identifiable au sein de l'ordre juridique français : il s'agit de la volonté des citoyens, couramment dénommée « volonté générale ». Elle est réceptionnée substantiellement par la Constitution, qui incarne la volonté du peuple et permet de penser le droit comme voulu par ses destinataires. La Constitution étant la « norme suprême », ce mode hiérarchique implique que les règles de droit soient formellement issues de la volonté générale (1), en même temps qu'elles y sont substantiellement soumises (2).

1/ La forme des règles de droit : l'expression de la volonté générale

Volonté du peuple et volonté générale. Le devoir de respecter la règle de droit est un devoir éthique qui vise le citoyen. Parce que le peuple est composé de citoyens, il dispose d'une volonté collective *de* droit. Cette volonté collective du droit est identifiée au sein de l'ordre juridique français dans la volonté générale, dont le peuple est le déposant (a) et ses représentants les dépositaires (b).

a/ Le peuple, déposant de la volonté générale

Nécessité du lien de volonté entre la règle et son destinataire. L'éthique est juridique, mais n'en demeure pas moins une forme de morale collective. Le devoir moral signifie que la volonté permet de choisir sa propre loi ; l'on obéit par choix. Or le devoir de respecter la règle de droit est bien un impératif éthique juridique dès lors qu'en tant que tel, il est voulu par ses destinataires. Afin d'établir ce lien, il faut se replacer aux origines du droit, en tant qu'il est une idée.

Règle de droit et idée du droit. Le droit est une idée d'ordre et de justice⁵⁹. Il est une nécessité de l'état de société ; *ubi societas, ibi jus*. Parce que les Hommes sont condamnés à la société, ils ont dû « *définir leurs relations*

⁵⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., p. 48.

⁵⁹ Le droit est ainsi variable : « *chaque société développe certaines idées de justice* » : O. WEINBERGER, « Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnalisé (PJI) », *Droits* 1991, n° 13, p. 112.

juridiques »⁶⁰ : les règles de droit sont donc l'expression de leur volonté. Elles vont exprimer l'*idée*, les valeurs du droit, de façon obligatoire et opposable *erga omnes*. Ces règles sont effectivement voulues par leurs destinataires, puisqu'elles ont pour source la volonté générale.

La volonté générale comme source de la règle de droit. Le droit est voulu par l'ensemble des citoyens. Au sein de l'ordre juridique français en effet, cette fiction est réalisée par le concept de volonté générale. En vertu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, intégrée au bloc de constitutionnalité, « *le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation* »⁶¹ et son exercice s'effectue par la voie des « *représentants qui, en adoptant la loi, expriment la volonté du souverain, appelée aussi volonté générale* »⁶². Ce souverain est identifié par l'article 3 de la Constitution, prévoyant que « *la souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par la voie de ses représentants et par la voie du référendum* ». Le peuple étant constitué de « *l'universalité des citoyens* »⁶³. En fait, la souveraineté confère le pouvoir d'édicter la loi, et elle appartient au peuple, c'est-à-dire aux destinataires de cette loi.

Il ne faut pas cependant en déduire que le devoir de respecter la règle de droit se limite au seul devoir de respecter la *loi*. En effet, le législateur est le dépositaire non exclusif de la volonté générale. Cette dernière est une, mais ses représentants sont divers et ne résument pas aux parlementaires.

b/ Les représentants du peuple, dépositaires de la volonté générale

Unicité de la volonté générale. Le peuple exerce sa souveraineté par la voie de ses représentants. La France est en effet un modèle démocratique représentatif. La représentation apparaît comme le moyen d'unifier la volonté

⁶⁰ E. DURKHEIM, « L'origine de l'idée de droit », *Revue Philosophique* 1893, n° 35, p. 290-296, in E. DURKHEIM, *Textes. 1. Éléments d'une théorie sociale*, Paris, Editions de Minuit, 1975, p. 233-241.

⁶¹ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, art. 3 : « *Le principe de toute Souveraineté réside essentiellement dans la Nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément* » ; art. 6 : « *La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* ».

⁶² M. TROPER, « Comment la constitution de 1958 définit la souveraineté nationale ? », in *La Constitution de 1958 en 20 questions* (www.conseil-constitutionnel.fr). L'auteur précise en effet que depuis 1958 « *ce n'est plus la nation, mais le peuple, qui est désigné comme le titulaire de la souveraineté. La doctrine juridique de la III^e République distinguait le peuple, l'universalité des citoyens, donc un être réel capable d'exercer la souveraineté et la nation, une entité abstraite construite par la Constitution pour figurer l'intérêt supérieur du pays ou la continuité des générations et par conséquent incapable, en raison même de sa nature purement idéale, d'exercer la souveraineté. La formule de la Constitution de 1958, reprise de la Constitution de 1946 permet donc au peuple d'assurer lui-même une partie de l'exercice de la souveraineté* ».

⁶³ Cette fiction trouve d'ailleurs une réalité dans l'alinéa 2 de l'article 3 du Titre premier de la Constitution du 4 octobre 1958 en ce qu'il prévoit qu'aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'attribuer l'exercice de la souveraineté.

générale en la personnifiant. Elle est le processus par lequel l'abstraction du souverain « *est rendue présente par un intermédiaire* »⁶⁴. Le citoyen seul ne peut s'arroger aucun attribut de la souveraineté. Et c'est notamment sur ce point que se distingue le devoir éthique de respecter la règle de droit du devoir moral. S'agissant du devoir moral, la volonté *individuelle* se donne à elle-même sa propre loi⁶⁵. Là est la force du devoir moral. La question de l'acceptation de la loi morale par son créateur ne peut pas se poser : c'est là un non-sens, puisque rien ne contraint mieux qu'une volonté libre visant à sa propre perfection. En revanche, le devoir de respecter la règle de droit vise le citoyen et implique de respecter une règle qui, parce que juridique, lui est extérieure⁶⁶. Il y a un « *effort de mise en forme de la volonté collective* »⁶⁷, à travers le système majoritaire et la représentation. Ainsi la volonté objective de la règle de droit transcende la pluralité subjective des consciences : la loi doit être respectée par chacun parce qu'elle est voulue par tous.

Pluralité de représentants. La volonté générale est une. Mais au demeurant, peut-on considérer que les parlementaires sont les seuls représentants ? Nul texte ne prévoit que *seule* la loi est l'expression de la volonté générale. Et même, affirmer que le Parlement fait la loi n'est-il pas un abus de langage ? Les corps exécutifs et législatifs sont distincts, mais la loi n'est rien d'autre qu'un produit de leur accord et de leur négociation⁶⁸. Aussi la représentation ne découle pas forcément de l'élection ; celui qui est élu n'est pas forcément un représentant, et le représentant n'est pas forcément un élu⁶⁹. Si « *la représentation politique constitue l'espace privilégié où peut être formée et exprimée une volonté marquée du sceau de la généralité* »⁷⁰ elle n'en est pas l'espace unique. Aujourd'hui, les modes d'élaboration de la règle de droit diffèrent et la loi n'a plus ce monopole de la volonté générale. Les conceptions de la représentation ont évolué ; il est possible d'affirmer que toute règle de droit est l'expression de la volonté générale, de façon plus ou moins médiée, soit qu'elle émane du peuple directement (les référendums, la coutume), soit qu'elle émane de ses représentants (lois, règlements,

⁶⁴ J. LECA, entrée « représentation » in O. DUHAMEL, Y. MENY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, p. 914 : « *La représentation est un processus par lequel quelque chose (personne(s), groupe(s), chose (s) ou abstraction(s)) qui n'est pas réellement (c'est-à-dire physiquement) présent est rendu présent par un intermédiaire* ».

⁶⁵ Pour reprendre l'impératif moral de E. KANT : « *la moralité est l'idée de la volonté de tout être raisonnable conçue comme volonté instituant une législation universelle* » : E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, op. cit., p. 146.

⁶⁶ Si la règle de droit est intériorisée, et ne trouve à se consacrer qu'à travers une conscience et par suite un comportement, elle n'en demeure pas moins extérieure à l'individu, et même à la société. Nous avons montré que la règle de droit, par le prisme de la conscience, est une contrainte intérieure à l'individu. Cependant, l'ordre juridique est également – et peut-être même avant tout – un ordre de contrainte extérieur à l'individu, en ce qu'il tend à guider ses conduites, à les encadrer, les cas échéants à les sanctionner.

⁶⁷ J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *Jus Politicum*, n° 10, 2013, p. 6.

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ P. BRUNET, *Vouloir pour la Nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Rouen-Paris-Bruxelles, Publications de l'Université de Rouen-LGDJ-Bruylant, 2004, p. 131.

⁷⁰ J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *Juspoliticum* 2013, n° 10, p. 5.

ordonnances, mesures prises dans des matières relevant normalement de la loi par des membres du gouvernement nommés par le Président), soit que la loi ait désigné des représentants spéciaux à cette fin (actes des autorités administratives indépendantes). Le recours au concept de volonté générale permet donc de fonder l'existence du devoir de respecter la règle de droit, et non seulement la loi.

En somme, la volonté générale permet de penser le droit comme voulu par ses destinataires, ce qui en justifie l'obéissance et ainsi le devoir de s'y soumettre. Outre le mode d'expression formel de la volonté générale, à travers la règle de droit, il faut à présent en étudier la soumission substantielle des règles de droit à la volonté générale.

2/ La substance des règles de droit : la soumission à la volonté générale

Le devoir d'obéissance à la règle de droit par chacun se justifie par le fait qu'elle soit voulue par tous. Néanmoins, il faut que cette justification ne souffre d'aucune faille. C'est pourquoi la volonté générale doit être objectivée dans l'institution étatique (a) et l'ensemble des règles de droit édictées en conformité avec le texte qui la contient : la Constitution (b).

a/ Le pouvoir, mode de soumission à la volonté générale

Nécessité d'une institution objectivante de la volonté générale. La souveraineté est « *une volonté générale dans laquelle viennent se fondre, se perdre en quelque sorte, les volontés individuelles* »⁷¹. Ce qui constitue la substance de la volonté générale devra nécessairement être objectivé à travers une institution : l'État. En effet, la volonté générale étant la volonté libre du peuple qui se détermine en fonction de valeurs auxquelles elle adhère⁷², il n'en demeure pas moins qu'il s'agira toujours d'une volonté seulement majoritaire⁷³, alors même que chacun doit respecter la règle de droit. Dès lors, et pour le maintien de l'ordre social, il convient de créer une entité supérieure à même de dépasser la pluralité des consciences et des perceptions subjectives pour réceptionner et formuler ces valeurs à travers des normes impératives et opposables à tous. Cette volonté va alors faire corps avec l'institution.

Objectivation de la volonté générale et devoir de respecter la règle de droit. Ce processus d'institutionnalisation et d'objectivation de la volonté générale révèle une différence fondamentale entre le devoir de respecter la règle morale et le devoir de respecter la règle de droit. En effet la loi morale est librement et éternellement révocable, parce que tributaire des conceptions changeantes de la

⁷¹ L. DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 1923, p. 21.

⁷² Et que dès lors, le droit poursuit des finalités qui prennent corps dans le milieu social tout en s'y imposant : v. O. WEINBERGER, « Droit et connaissance du droit au regard du positivisme juridique institutionnalisé (PJI) », *op. cit.*

⁷³ J. HUMMEL, « *A qui appartient la volonté générale ?* », *op. cit.*, p. 13.

volonté d'un esprit humain pris dans son individualité. La règle de droit, en revanche, est respectée par son destinataire parce qu'il en est lui-même l'auteur, par le biais de la représentation.

Il ne faut toutefois pas en déduire que les règles édictées par l'institution bénéficient d'une présomption de conformité à la volonté générale. En effet, la Constitution est l'instrument permettant de garantir que chaque règle soit conforme à la volonté générale authentique, achevant ainsi de légitimer le devoir de s'y soumettre.

b/ La Constitution, norme de soumission à la volonté générale

La volonté générale est contenue dans la Constitution. La volonté générale du peuple s'exprime par la voie de la représentation. Cependant, précisément, la loi n'est que *l'expression* de la volonté générale, elle n'est pas volonté générale, ce qui suppose donc que cette dernière lui précède. Le temps où la loi bénéficiait, au final, d'une telle assimilation est révolu. Il est aujourd'hui admis depuis le célèbre *obiter dictum* de 1985 que la volonté générale «*réside dans la Constitution*»⁷⁴. La Constitution est la volonté générale⁷⁵, la «*volonté première sacralisée*»⁷⁶. C'est la raison pour laquelle la Constitution prévoit les modes d'édition de toutes les autres normes, et prévoit également qu'elles doivent l'être en conformité avec elle.

La Constitution prévoit les modes de validité des autres normes en conformité avec elle. La Constitution étant la volonté générale, toute règle de droit doit s'y conformer. La Constitution prévoit ainsi dans quelle mesure chaque norme doit être édictée en conformité avec elle. La Constitution habilite le peuple comme souverain et exprime les modalités de cette souveraineté exercée par les représentants⁷⁷. Ainsi, chaque norme est la signification d'un acte de volonté – générale.

La Constitution prévoit les modes d'annulation des autres normes en cas de non-conformité avec elle. De façon moins classique – ou en tout cas plus récente, il est prévu désormais⁷⁸ que la loi n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution⁷⁹. Dès lors, les règles produites par les représentants

⁷⁴ P. BRUNET, « Que reste-t-il de la volonté générale ? », *Pouvoirs* 2005, n° 114, p. 7.

⁷⁵ La théorie de la première constitution historique et des constitutions dérivées conforte d'ailleurs notre point de vue selon lequel la Constitution est le réceptacle de la volonté d'un peuple. La volonté générale est bien celle du pouvoir constituant, qui fait de la Constitution le réceptacle de la substance de cette volonté. V. sur cette théorie : L. FAVOREU (dir.), *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2007, p. 95.

⁷⁶ J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *op. cit.*, p. 4.

⁷⁷ C'est ainsi que la Constitution attribue le domaine de la loi et le domaine du règlement, et définit les procédures d'élaboration de ces normes.

⁷⁸ Cons. const., décision n° 85-197 DC du 23 août 1985.

⁷⁹ M. GAUCHET précise à cet égard que «*La soumission à la volonté du peuple*» est ainsi «*matérialisée dans la Constitution qui l'exprime dans sa dimension de durée*» : M. GAUCHET, *La Révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation 1789-1799*, Paris, Gallimard, 1995, p. 277.

du peuple actuel doivent y être conformes. La formule de Carl von Rotteck mérite ici d'être reproduite : selon l'auteur, « *ce dont il faut se prémunir est que la volonté générale authentique, car rationnelle, soit opprimée par une volonté impure qui n'a de volonté générale que l'apparence* »⁸⁰.

Cette conformité à la Constitution est la condition du devoir de se soumettre à la volonté générale. Le devoir de se soumettre à la volonté générale ne vaut que pour autant que la règle de droit transcrit de façon authentique cette volonté générale. Cette référence – ou déférence – à la volonté originelle, authentique du peuple donne ainsi toute sa force au devoir de respecter la volonté générale, en même temps qu'elle délivre d'une éventuelle méfiance à l'égard des représentants⁸¹. Au fond, à travers la Constitution, le peuple actuel se protège de l'humanité de ses représentants, qui peuvent agir avec égoïsme ou par erreur, notamment par une volonté méconnaissant l'intérêt général. Le bien commun est en effet la « *valeur permanente et universelle* »⁸² qui doit être garantie par la Constitution, les règles édictées par le pouvoir étant adoptées dans l'intérêt de tous.

En effet, volonté générale et intérêt général peuvent être présentés comme des notions fonctionnelles complémentaires. Dans le modèle républicain français, la volonté générale est nécessairement tendue vers le bien commun. Cependant, satisfaire à un devoir de respecter les règles de droit – édictées dans l'intérêt général – ne saurait suffire à garantir un ordre social conforme à l'intérêt général puisqu'aucune réalité de fait ne peut être épuisée par les règles de droit, aussi innombrables soient-elles. La poursuite de l'intérêt général doit donc tout à la fois guider la volonté collective de la communauté et conditionner l'action individuelle de chaque membre du corps social composant cette communauté. En d'autres termes, la poursuite de l'intérêt général est à la source d'un devoir de se soumettre à la volonté générale, complété par un devoir de se soumettre face à l'intérêt général.

II.- Le devoir de se soumettre face à l'intérêt général

L'intérêt général source de devoirs. Du point de vue de l'institution, l'intérêt général constitue la finalité de son action. Du point de vue de l'individu dans la communauté, l'intérêt général constitue le référentiel en vue de la détermination de l'étendue de ses droits et de sa liberté au sein de la société. En effet, parce que l'intérêt général prime les intérêts privés, il en résulte un devoir de

⁸⁰ C. VON ROTTECK, « Constitutionen ; constitutionnelles Princip und System », in C. VON ROTTECK und C. WELCKER, ALTONA, J. F. HAMMERICH, *Staats-Lexikon oder Encyklopädie der Staatswissenschaften*, t. 3, 1836, p. 785, in J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *op. cit.*, p. 10.

⁸¹ Ce d'autant plus en ce qui concerne le contrôle *a priori* des lois à la Constitution.

⁸² J. HUMMEL, « A qui appartient la volonté générale ? », *op. cit.*, p. 10.

respecter cette primauté et, partant, de se soumettre à l'intérêt général. Aussi ce devoir présente deux déclinaisons distinctes, mais indissociables⁸³ ; une dimension collective et abstraite, l'intérêt général transcendant les intérêts particuliers (A), et une dimension intersubjective et concrète, l'intérêt général représentant la somme de tous les intérêts particuliers (B).

A.- La dimension collective du devoir de se soumettre face à l'intérêt général

L'intérêt général transcende les intérêts particuliers. L'intérêt général transcende les intérêts particuliers et les prime. Il en résulte un rapport objectif, entre l'individu et l'ensemble de la communauté abstraite (et non un autre individu déterminé). Du fait de cette relation de primauté découlent non seulement le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général (1), mais aussi le devoir de protéger l'intérêt général (2).

1/ Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général

Intérêt général et stabilité de l'ordre social. L'intérêt général est l'expression du consensus social qui permet de garantir un état de paix au sein de la communauté en fonction de valeurs communes. Le devoir de ne pas porter atteinte à cet état des choses garantissant l'intérêt de la communauté incombe à l'universalité des citoyens la composant (a), le droit positif sanctionnant la transgression de ce devoir (b).

a/ Un devoir incombant à chaque individu

Intérêt général et intérêts individuels. L'intérêt général se définit mal en substance : sous ce vocable peuvent se cacher de nombreuses variantes selon l'époque et la société donnée⁸⁴. S'il est particulièrement malaisé d'en retenir une définition substantielle, il semble possible de retenir que l'intérêt général recouvre le bien commun dans une société donnée. Il est un idéal à atteindre ; il est le rêve de « *ce qui est pour le bien public, à l'avantage de tous* »⁸⁵. En d'autres

⁸³ F. RANGEON explique cette « *contradiction propre à l'intérêt général* » de la façon suivante : la notion d'intérêt général « *est traditionnellement définie comme une somme consensuelle d'intérêts particuliers, et comme le dépassement dialectique de ces mêmes intérêts. Les deux définitions sont indissociables. La première insiste sur le caractère concret, "palpable" de la notion : l'intérêt général ne doit pas être perçu comme un rêve, une utopie. La seconde traduit la nécessité d'un dépassement des conflits, et d'une réconciliation des intérêts particuliers. Pourquoi ces deux notions apparemment inconciliables sont-elles en réalité indissociables ? Parce que toute société est en même temps consensus et conflit. Plus exactement, toute société repose sur une dialectique du consensus et du conflit* » : F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, Paris, Economica, 1986, p. 9.

⁸⁴ G. VEDEL, Préface in F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 3.

⁸⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., p. 563.

termes, plus que l'intérêt de la communauté, il est son idéologie⁸⁶. Le droit ayant vocation à organiser la société en conciliant les différents intérêts, c'est-à-dire en déterminant ceux qui doivent prévaloir et ceux qui doivent s'incliner, l'idéologie de l'intérêt général permet d'établir le mode de conciliation entre l'intérêt de la communauté et les intérêts individuels. En effet, l'intérêt général bénéficie d'un principe de primauté sur les intérêts individuels. Il s'agit là d'une nécessité à la vie en communauté : l'intérêt de la communauté doit prévaloir, afin d'éviter tout état de violence. Tous les intérêts étant égoïstement tentés de s'imposer aux autres, il convient de les concilier en vue d'une harmonie générale par l'intérêt général, qui tout à la fois satisfait l'ensemble des intérêts individuels et les dépasse⁸⁷. Cependant, le droit est à lui seul insuffisant pour réaliser cette conciliation.

Intérêt général et comportements individuels. L'intérêt général est le « *principe fondamental de légitimation du pouvoir dans les sociétés modernes* »⁸⁸. Il est loisible au législateur d'apporter à certains droits et libertés des limitations justifiées par l'intérêt général⁸⁹. Dans ces cas, la conciliation des intérêts individuels et de l'intérêt collectif s'opère par le texte de loi lui-même, qui s'impose *a priori* aux sujets de droit qui leur indique précisément les limites à l'exercice de leur liberté et de leurs droits. Toutefois, ces hypothèses ne sont ni l'unique conciliation ni une conciliation suffisante. Ces formes de conciliation sont autant de solutions aux conflits entre intérêts privés et intérêt général, mais autant de solutions isolées⁹⁰ ; toutes les formes de conciliation nécessaires ne sont pas susceptibles d'être déterminées *a priori*⁹¹. Les interactions sociales sont multiples et les conflits entre intérêts individuels et intérêt général sont le plus souvent imprévisibles. Et pourtant, les problèmes que posent ces conflits en dehors de ces cas précis doivent pourtant pouvoir être solutionnés, en vue de garantir la stabilité de l'ordre social. Ainsi, pour que l'état d'ordre et de justice que tient le droit pour finalité soit réalisé, l'exigence de conciliation des intérêts individuels et collectifs repose également et concrètement sur chaque citoyen. Cette limitation doit donc

⁸⁶ Dictionnaire Larousse, entrée « idéologie », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français : « *système d'idées générales constituant un corps de doctrine philosophique et politique à la base d'un comportement individuel ou collectif* ».

⁸⁷ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, op. cit., p. 9.

⁸⁸ J. CHEVALLIER, entrée « Intérêt général », Dico-part, en ligne : www.participation-et-democratie.fr/es/dico/.

⁸⁹ Ce pouvoir de limitation a pour fondement l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *la loi fixe les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* ».

⁹⁰ Par exemple, la nécessité de concilier les libertés publiques avec « *les nécessités économiques d'intérêt général* » (Cons. const., décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*) ou les diverses déclinaisons de l'ordre public (Cons. const., décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986). Pour d'autres exemples, v. CHAMPEIL-DESPLATS, « Le Conseil constitutionnel a-t-il une conception des libertés publiques ? », *Juspoliticum* 2012, n° 7, p. 18.

⁹¹ De même, les mesures de police administrative qui peuvent être prises sur leur fondement sont des solutions préventives aux atteintes à l'intérêt général, mais ces atteintes ne peuvent pas toujours être identifiées ou prévues.

venir de l'individu lui-même, dans le cadre de sa propre volonté d'agir, afin de remédier, aux côtés des pouvoirs publics, à « *l'éternel problème (...) de la conciliation de l'ordre avec la liberté* »⁹². Si l'action des pouvoirs publics doit *concourir* à l'intérêt général, les citoyens doivent dans le même temps *s'abstenir* de porter atteinte à l'intérêt général. Parce que l'intérêt général est celui qui prime les intérêts particuliers, il est à la source d'un devoir pour l'individu de ne pas exercer sa liberté de manière à porter atteinte à l'intérêt général.

Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général qui revêt ainsi le caractère d'une norme générale de comportement, dont la transgression est sanctionnée par le droit positif.

b/ Un manquement au devoir sanctionné

Le référentiel du devoir : l'intérêt général. L'intérêt général vient poser des limites à l'exercice des droits et de ses libertés au sein de la communauté et, partant, en délimite l'étendue. Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général va circonscrire les droits de chacun au profit de l'intérêt commun supérieur : l'intérêt général. Dès lors, le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général se caractérise pour tout citoyen par une norme de comportement ayant pour référentiel l'intérêt général lui-même, entendu comme l'intérêt supérieur transcendant les intérêts individuels. Certains auteurs ont ainsi relevé que « *le Bien Public est le critère de définition et le principe même des devoirs du citoyen* »⁹³. La question qui se pose dès lors est celle de savoir quelles sont les modalités concrètes de réalisation et de sanction de ce devoir.

L'intérêt général : un standard. Le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général qui appelle une limitation dans l'exercice des droits et des libertés s'effectue par un standard de référence : la normalité de l'acte au regard de l'intérêt général. Si au nom de l'intérêt général le pouvoir peut par exemple interdire (une activité), imposer (des limitations à l'exercice d'une liberté), c'est bien qu'il vise le comportement des individus. L'intérêt général, en tant que standard, est en fait le déterminant de la normalité de l'acte⁹⁴. Si ce standard poursuit un idéal, il n'impose pas que chacun agisse de façon idéale⁹⁵, mais requiert simplement une forme de normalité qui lui est conforme. Il invite à un comportement de référence qui est de ne pas porter atteinte à l'intérêt général au

⁹² F. LUCHAIRE, *Naissance d'une constitution : 1848*, Paris, Arthème Fayard, 1998, p. 55.

⁹³ P. DELVAUX, *La controverse des droits de l'homme de 1789*, Thèse droit, Université de Paris II, t. 1, 1985, p. 345.

⁹⁴ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 107 : « *L'intérêt général est un standard dans la mesure où il ne peut se concevoir qu'en termes de normalité* ».

⁹⁵ F. RANGEON, *L'idéologie de l'intérêt général*, *op. cit.*, p. 19 : « *En tant que norme, l'intérêt général prescrit un modèle de comportement et relève de l'ordre du devoir-être, et non de l'être* ».

regard de ce qui est normal ou anormal, dans une société, à un moment donné⁹⁶. L'intérêt général est le standard de référence du devoir. En effet, le standard est une notion fonctionnelle, défini comme « *une technique de formulation de la règle de droit qui a pour effet une certaine indétermination a priori de celle-ci* »⁹⁷, constituant une « *mesure moyenne de conduite sociale correcte* »⁹⁸. Aussi, si aucune règle de droit n'exprime expressément le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général, il n'en demeure pas moins que le droit positif sanctionne la transgression de ce devoir.

Sanction de la transgression. Le droit ne saurait appréhender tous les comportements normaux ou anormaux au regard de l'intérêt général, ce qui relève de l'impossible. En revanche, certains concepts génériques permettent néanmoins non seulement d'appréhender, mais aussi de sanctionner comportements anormaux au regard de certaines composantes de l'intérêt général. L'exemple qui sied le mieux à ce propos est celui de l'ordre public. Tout comme l'intérêt général, c'est une notion qui se comprend mieux qu'elle ne se définit. Dans un sens général, l'ordre public recouvre en effet l'idée d'un état social caractérisé par la paix, le trouble à l'ordre public caractérisant une atteinte à cette paix. L'ordre public fait cependant l'objet d'appréhensions diverses par plusieurs branches du droit : le droit pénal tend à protéger cet état de paix d'éventuelles atteintes, mais n'a nul besoin pour cela de recourir au concept d'intérêt général, ni même de définir ce qu'est l'ordre public. En revanche, le droit administratif réglemente de façon spécifique l'ordre public – et, partant, l'intérêt général –, principalement en ce qui concerne les pouvoirs de police, de sorte qu'il est nécessaire d'en donner une définition. Il recouvre dans ce cas « *le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publiques* »⁹⁹. Il est donc possible de conceptualiser l'ordre public comme la composante sécuritaire de l'intérêt général. La sauvegarde de l'ordre public est aujourd'hui un objectif à valeur constitutionnelle¹⁰⁰, ces objectifs étant « *des impératifs liés à la vie en société qui doivent guider l'action normative* »¹⁰¹, mais plus encore, qui selon nous doit guider l'action des individus. Chaque individu membre de la communauté a lui aussi une responsabilité, consistant en un devoir de limiter sa volonté d'agir de façon à ne pas troubler l'ordre public, « *sans lequel il n'y a plus ni loi, ni liberté, ni ordre* »¹⁰².

⁹⁶ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Ibid.

⁹⁷ Ibid., p. 120.

⁹⁸ R. POUND, *Communication au congrès de l'American Bar Association*, 1919.

⁹⁹ CE, 8 août 1919, *Labonne, Leb.*, p. 737.

¹⁰⁰ Cons. const., décision n° 2010-55 QPC du 18 octobre 2010.

¹⁰¹ Services du Conseil Constitutionnel, « Libertés et ordre public. Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle », 8^e séminaire des Cours constitutionnelles, Erevan, 2 au 5 octobre 2003 (www.conseil-constitutionnel.fr).

¹⁰² P. BERNARD, « "L'ordre public républicain", faut-il le maintenir, ou plutôt le fonder ? », *Administration* 1996, n° 173, p. 19.

Ainsi, le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général incombe à chaque citoyen en vue de garantir un état social caractérisé par la paix. Néanmoins, certains citoyens entretenant un lien privilégié avec l'intérêt général ont également pour devoir de le protéger.

2/ Le devoir de protéger l'intérêt général

Servir et protéger. Une catégorie singulière de citoyens entretient un lien de *service* avec l'intérêt général : les fonctionnaires. À ce titre, ils sont les débiteurs particuliers d'un devoir de protéger l'intérêt général (a). Cependant, la particularité de leur statut juridique restreint la mise en œuvre de ce devoir (b).

a/ Un devoir incombant à certains individus

Le débiteur du devoir : le serviteur de l'intérêt général. Le fonctionnaire sert le service public ; il sert donc l'intérêt général. Le second est en effet la substance du premier, qui même s'il est difficile à définir fait néanmoins l'unanimité sur le fait qu'il consiste dans une activité d'intérêt général. Le lien des fonctionnaires avec l'intérêt général est indissoluble ; Gaston Jèze définissait ainsi les fonctionnaires comme « *des individus au service public* »¹⁰³. Dans le cadre du service public, le fonctionnaire n'est pas seulement soumis à l'intérêt général comme l'ensemble des citoyens. Au contraire, « *le premier devoir du fonctionnaire est d'avoir toujours à l'esprit la primauté de l'intérêt général sur les intérêts particuliers, sur les intérêts corporatistes, sur son intérêt personnel* »¹⁰⁴. La célèbre affaire *Boisson* de 1922 a permis au Conseil d'État de juger que les fonctionnaires « *sont soumis, en acceptant leur emploi, à des obligations dérivant des nécessités même du service public* »¹⁰⁵. Le vocable même de devoir avait été employé dans le projet de loi relatif au statut des fonctionnaires de 1920 en ces termes : « *c'est le service public qui donne à la fonction publique sa raison d'être ; ce sont les intérêts généraux du service public qui déterminent l'étendue des devoirs que le fonctionnaire doit remplir* »¹⁰⁶.

Les caractères du devoir : la transgression. Le statut général des fonctionnaires met à la charge des agents publics toute une série d'obligations particulières découlant des sujétions du service public. Dans ce cadre, la limitation de leur liberté face à l'intérêt général est d'autant plus grande. Du fait de sa qualité d'agent public, et pour notamment maintenir le principe démocratique, le fonctionnaire doit être un citoyen encore plus vertueux que les autres pour la

¹⁰³ G. JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, in E. AUBIN, « Fonction publique et service public », *AFDA* 2014, p. 224.

¹⁰⁴ A. TAILLEFAIT, « *Obligations des agents publics* », *Jurisclasseur administratif*, Fascicule 183, Lexisnexis.

¹⁰⁵ CE, 13 janvier 1922, *Boisson*, S. 1922.

¹⁰⁶ E. AUBIN, « Fonction publique et service public », *op. cit.*, p. 224 : la citation provient des motifs du projet de loi relatif au statut des fonctionnaires de 1920, ainsi que le relève l'auteur.

communauté. Le standard servant de référentiel au devoir de se soumettre à l'intérêt général restera donc de même nature, mais non de même degré. En effet, l'intérêt général doit guider le comportement de son serviteur de sorte à le protéger, et non seulement de ne pas y porter atteinte. Cela se traduit dans le fait que parfois, le non-respect des obligations s'impose comme un devoir en vue de protéger l'intérêt général.

Exemple : devoir de désobéissance hiérarchique. À titre d'exemple¹⁰⁷, les fonctionnaires sont débiteurs d'une obligation d'obéissance hiérarchique¹⁰⁸. Comme bien souvent, le principe est assorti d'une exception : le fonctionnaire doit obéissance hiérarchique à son supérieur, « *sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* », prévoit le statut¹⁰⁹. *A contrario*, tout ordre dont l'illégalité ne serait pas manifeste ni de nature à compromettre gravement un intérêt public devra être exécuté¹¹⁰. Cette exception constitue ainsi une des manifestations du devoir de protéger l'intérêt général, tout « *intérêt public* » se rapportant nécessairement à l'intérêt général. Sur ce fondement, un récent arrêt du Conseil d'État a expressément déduit un « devoir » de cette exception, jugeant que « *si l'agent croit se trouver en présence d'un tel ordre, il a le devoir de faire part de ses objections à l'autorité qui l'a donné, en indiquant expressément la signification illégale qu'il attache à l'ordre litigieux* »¹¹¹. Qu'est-ce donc sinon la consécration d'un devoir de protéger l'intérêt général de ce qui pourrait le « compromettre » ? L'emploi du verbe « croire » prend ici une importance toute particulière, en ce qu'il en appelle à la conscience personnelle du fonctionnaire, guidée par le souci de protéger l'intérêt général contre le détournement ou l'instrumentalisation d'une prérogative de puissance publique¹¹².

¹⁰⁷ Une autre illustration pertinente est celle de l'obligation de réserve (v. J. RIVERO, « Sur l'obligation de réserve », *AJDA* 1977, p. 581) qui connaît également une limite consistant dans la transgression de cette obligation. La CEDH, suivie par la jurisprudence administrative et par le projet de loi sur la déontologie dans la fonction publique, a consacré le *whistleblowing*. Il s'agit d'un système permettant, au sein des administrations, d'alerter les autorités compétentes en cas de comportement contraire à la déontologie, lorsqu'il existe « *un intérêt public à la divulgation* ». V. Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, req. n° 14277/04 ; CE, 30 décembre 2013, *Pichon*, req. n° 359287.

¹⁰⁸ CE, 5 mai 1911, *Giraud, Leb.*, p. 525 et Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, art. 28 : « *Tout fonctionnaire, quel que soit son rang dans la hiérarchie, est responsable de l'exécution des tâches qui lui sont confiées. Il doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique, sauf dans le cas où l'ordre donné est manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public* ». V. aussi C. MONIOLLE, « La subordination dans la fonction publique », *AJDA* 2010, p. 1629.

¹⁰⁹ Cette formulation ayant été reprise pour l'essentiel dans la jurisprudence *Langneur* du Conseil d'État : CE, 10 novembre 1994, *Langneur, Leb.* p. 248.

¹¹⁰ CE, 1^{er} février 1967, req. n° 65484.

¹¹¹ CE, 5 décembre 2011, req. n° 347039.

¹¹² L'ordre juridique connaît d'ailleurs des notions visant expressément à sanctionner ce type d'ordre, l'exemple le plus clair étant le détournement de pouvoir, consistant en premier lieu à prendre une mesure étrangère à tout intérêt public. C'est notamment dans ce type de situation que le fonctionnaire devra désobéir à l'ordre qui lui est donné.

Si l'existence d'un devoir de protéger l'intérêt général est avérée, il est cependant regrettable que le droit de la fonction publique réduise dans le même temps les potentialités de mise en œuvre de ce devoir par le fonctionnaire.

b/ Une mise en œuvre incertaine du devoir

Difficulté générale de mise en œuvre. Ce devoir à la charge du fonctionnaire peut s'avérer primordial pour la sauvegarde de l'intérêt général. Il sera en effet des cas où seul le fonctionnaire pourra avoir conscience de certains maux se développant à l'intérieur du service, à l'abri des yeux des administrés. Mais pour nécessaire qu'il soit, ce devoir souffre d'un manque d'opérabilité certain. Ses conditions de mise en œuvre apparaissent difficilement saisissables, et ce, sous plusieurs aspects.

Des conditions restrictives. Le devoir de protéger l'intérêt général en appelle à la conscience personnelle du fonctionnaire. Pour poursuivre sur le devoir de désobéissance, la responsabilité qui pèse sur le fonctionnaire est grande, mais ce devoir est subordonné à la réunion de conditions particulièrement restrictives et difficilement saisissables¹¹³. Par exemple, l'ordre doit être manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public. En dehors de l'évidence du délit et du crime, une telle appréciation s'avère particulièrement complexe. Aussi, il convient de relever le paradoxe selon lequel un ordre manifestement illégal pourrait donc théoriquement ne pas compromettre gravement un intérêt public. Mais dans quelle mesure alors ? Les conditions sont telles qu'il paraît en pratique impossible pour le fonctionnaire de régler son comportement par rapport à un standard de normalité ou d'anormalité. Le risque est que l'appréciation subjective de l'agent ne corresponde pas aux critères jurisprudentiels permettant de remplir ces conditions. Toutes ces conditions sont difficilement saisissables pour la seule conscience individuelle sur laquelle repose ce devoir.

Une absence de mise en œuvre du devoir non sanctionnée. De plus, il convient de relever que ce devoir spécifique n'est assorti d'aucune sanction. Le fait d'obéir à un ordre manifestement illégal est certes sanctionné – *lato sensu* – par l'article 122-4 du Code pénal¹¹⁴, mais ce texte ne fait précisément mention que de l'illégalité manifeste du commandement donné par l'autorité légitime, laquelle neutralise l'effet justificatif. Dès lors, il semble qu'en tout état de cause, le fait d'obéir à un ordre manifestement illégal, indépendamment du fait qu'il soit de nature à compromettre gravement un intérêt public, ne permette pas d'exonérer l'agent de sa responsabilité pénale. Il est toutefois regrettable que le droit de la

¹¹³ Cour EDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldavie*, req. n° 14277/04 ; CE, 30 déc. 2013, *Pichon*, req. n° 359287.

¹¹⁴ C. Pén., art. 122-4 : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires. N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal* ».

fonction publique consacre un devoir aux conditions très spécifiques dont le non-accomplissement ne soit assorti d'aucune sanction autonome en droit public, les règles encadrant l'activité administrative poursuivant des finalités distinctes du droit pénal. En effet, toute illégalité n'est pas constitutive d'une infraction : il est au moins théoriquement envisageable qu'un ordre manifestement illégal et de nature à compromettre gravement un intérêt public ne conduise pas pour autant à faire commettre une infraction à l'agent qui obéit. Or, alors même que la condition relative au fait qu'un intérêt public soit gravement en jeu permet de donner toute sa consistance au devoir spécifique de protéger l'intérêt général, le droit de la fonction publique n'en sanctionne aucunement le non-respect et prive ainsi ce devoir autonome de toute effectivité. En revanche, l'excès de bienveillance du fonctionnaire qui croit accomplir son devoir de protéger l'intérêt général alors que toutes les conditions n'étaient pas réunies risque fortement d'être sanctionné, ce qui rend sa mise en œuvre particulièrement incertaine.

Un risque de sanction disciplinaire. La responsabilité du fonctionnaire dans la protection de l'intérêt général est sans commune mesure avec la responsabilité disciplinaire que peut engager son supérieur à son encontre. Ainsi, s'il est avéré que l'ordre ne remplissait pas l'une des deux conditions cumulatives – de l'illégalité manifeste et de mise en jeu d'un intérêt public –, une sanction disciplinaire pourra être prononcée à l'encontre du fonctionnaire sur le fondement du manquement au devoir d'obéissance hiérarchique. En conséquence, non seulement le fonctionnaire n'est pas sanctionné s'il ne remplit pas son devoir de protéger l'intérêt général en obéissant à un ordre pouvant compromettre gravement un intérêt public, mais il y a pire : si pour remplir son devoir il refuse d'obéir à un tel ordre qui, pour être illégal, ne le serait pas *manifestement*, la sanction disciplinaire tombera¹¹⁵. À ce titre, le droit disciplinaire prévoit un panel de sanctions pouvant être très sévères à l'encontre des agents publics désobéissants¹¹⁶. On peut ainsi regretter un devoir de protéger l'intérêt général qui, parce qu'il engage la carrière de son débiteur, ne l'invite pas à le remplir, alors qu'il en va de l'intérêt de la communauté. D'une façon très contradictoire, le droit positif apparaît moins menaçant envers le vice qu'envers l'excès de zèle.

Au vu de ce qui précède, le devoir de se soumettre à l'intérêt général, dans sa dimension collective, met à la charge de chaque individu des devoirs envers la

¹¹⁵ De façon encore plus incongrue, et du fait du caractère cumulatif de ces deux conditions, un fonctionnaire pourrait donc théoriquement être sanctionné disciplinairement pour avoir exécuté un ordre manifestement illégal qui n'aurait pas été dans le même temps de nature à compromettre gravement un intérêt public.

¹¹⁶ Les sanctions disciplinaires dans la fonction publique sont réparties (pour ne prendre que le cas des agents titulaires) en 4 groupes et vont du simple avertissement à la mise à la retraite d'office ou à la révocation en passant par l'abaissement d'échelon ou encore l'exclusion temporaire de fonction. Elles sont prévues limitativement par les lois relatives à chaque fonction publique : loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative à la fonction publique de l'État, art. 66 et 67 ; loi n° 84-53 du 26 janvier 1984 relative à la fonction publique territoriale, art. 89 à 91 ; loi n° 86-33 du 9 janvier 1986 relative à la fonction publique hospitalière, art. 81.

communauté abstraite. Néanmoins, l'individu reste soumis à cette conciliation nécessaire de son intérêt particulier avec l'intérêt général dans ses rapports avec tout autre individu pris isolément. Il s'agit là de la dimension intersubjective du devoir de se soumettre à l'intérêt général, qui va conditionner l'exercice des droits de chacun face à autrui.

B.- La dimension intersubjective du devoir de se soumettre face à l'intérêt général

L'intérêt général, somme des intérêts particuliers. L'intérêt général transcende les intérêts particuliers, mais représente également la somme des intérêts particuliers. Il résulte de cette seconde acception une autre modalité de soumission à l'intérêt général, non plus d'un point de vue objectif dans le rapport entre l'intérêt individuel et l'intérêt de la communauté entière et abstraite, mais dans le rapport concret interindividuel. Il en va de la même nécessité de garantir cet état d'ordre et de justice désigné sous le terme de « bien commun », lequel prend, dans les rapports entre les individus, une dimension protectrice, mais également une dimension plus solidariste. Ainsi, dans sa dimension subjective, le devoir de se soumettre à l'intérêt général implique de ne pas nuire à autrui (1), mais également d'être utile à autrui (2).

1/ Le devoir de ne pas nuire à autrui

Devoir et intersubjectivité. Le devoir de ne pas nuire à autrui repose sur les mêmes fondements que le devoir de ne pas porter atteinte à l'intérêt général ; il en est la déclinaison au niveau des rapports intersubjectifs. Or l'inscription de l'individu dans la communauté implique que la liberté de chacun ait des bornes, dès lors qu'il est inscrit aux fondements de l'ordre juridique français que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* »¹¹⁷. En d'autres termes, ce principe de limitation consiste, dans les rapports interindividuels, à limiter sa liberté de façon à ne pas nuire à autrui. Le devoir de ne pas nuire à autrui revêt ainsi une dimension égalitaire (a), ce devoir consistant à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui (b).

a/ Un devoir à dimension égalitaire

Le fondement du devoir : liberté, égalité. Dans les rapports entre l'individu et la communauté, l'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts particuliers n'est pas égalitaire ; il s'effectue nécessairement au profit de l'intérêt

¹¹⁷ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 4 : « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ».

général¹¹⁸. Dans les rapports interindividuels en revanche, cet équilibre ne peut s'effectuer que sur un mode égalitaire, puisque chaque Homme naît libre et égal en droits à tout autre¹¹⁹. Dès lors, le référentiel du devoir n'est plus l'intérêt de la communauté abstraitement, mais l'intérêt de chaque individu pris concrètement, c'est-à-dire l'ensemble des droits et libertés subjectifs, dont jouit chaque citoyen du fait de cette qualité. Ainsi, l'exercice de sa liberté par l'individu renvoie à la question de la limite dans l'exercice de ses droits. Il est en effet incontesté que nul ne peut disposer d'une égale liberté dans l'exercice de ses droits si cette égalité se traduit par une liberté illimitée pour tous¹²⁰. C'est là l'utilité du contrat social développée par Rousseau et Hobbes : chacun renonce à la liberté illimitée de l'état de nature pour une liberté civile, le pacte tendant à garantir à chaque contractant l'égalité, la liberté et la sécurité. La liberté interagit elle-même avec l'égalité : la confrontation de libertés illimitées mène à la violence, l'égalité étant un concept régulateur. Ainsi, le fait d'attribuer à chacun la jouissance des mêmes droits implique de reconnaître une limite au libre exercice des droits, qui est une condition de tout ordre social et une condition de la sécurité individuelle. Ce principe de limitation qui constitue le fondement du devoir de ne pas nuire est expressément consacré dans l'ordre juridique français.

Identification du devoir dans l'ordre juridique français. Le devoir de ne pas nuire n'est pas exprimé comme tel par le droit, mais il est néanmoins identifié comme régissant les rapports gouvernés par le droit comme une norme générale de comportement. S'agissant des limites à la liberté et, partant, à l'exercice des droits, elles semblent en effet pouvoir être déterminées en vertu du principe relativement simple en vertu duquel « *la liberté des uns s'arrête à où commence celle des autres* ». Outre ce célèbre dicton attribué à John Stuart Mill, l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit que « *la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits* ». Le devoir de ne pas nuire à autrui découle de cette limitation nécessaire de la liberté, sans laquelle il

¹¹⁸ Cette affirmation vaut néanmoins sous réserve de deux nuances. D'une part, l'intérêt général est également un instrument de protection des libertés individuelles : V. G. MERLAND, « L'intérêt général, instrument efficace de protection des droits fondamentaux ? », CCC 2004, n° 16, p. 155. D'autre part, et en tout état de cause cette conciliation est très étroitement contrôlée par le juge, qui veille à ce que les droits et libertés individuels soient garantis et qu'il ne leur soit pas porté d'atteinte excessive (ce contrôle s'effectuant à la fois par le juge de droit commun s'agissant des mesures prises par l'administration, et par le Conseil constitutionnel s'agissant des limitations apportées par la loi à une liberté au nom de l'intérêt général, sur ce dernier point, v. M.-P. DESWARTE, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », RFDC 1993, n° 13, p. 23).

¹¹⁹ Le principe de reconnaissance d'une égale liberté à tous les citoyens est entériné dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 1^{er} : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». S'agissant par ailleurs de définir le contenu de ces droits, nous admettrons qu'il réside dans l'ensemble des règles de droit, tous les citoyens étant égaux devant le droit, pour reprendre et généraliser la formule bien connue à l'article 6 de cette Déclaration.

¹²⁰ Ce serait ruiner de son sens l'entreprise commune et faire de l'institution le mode privilégié de l'état de nature alors qu'elle est précisément le moyen pour les Hommes de s'en extraire.

n'y a ni ordre, ni justice¹²¹, ni même liberté ; il y aurait seulement un état de violence gouverné par la loi du plus fort, auquel le principe égalitaire permet de parer. Ce principe de limitation constitue une norme de comportement caractérisant le devoir de ne pas nuire à autrui. Ce devoir va alors intervenir au stade de la volonté d'agir pour précéder l'exercice d'un droit – et plus généralement, de la liberté – « *de manière à assurer les conditions phénoménales de la coexistence des discrétions (...) au stade de l'exécution des actes* »¹²². L'individu dans la communauté est ainsi supposé reconnaître tout autre comme libre et égal à lui-même en droits, et limiter sa liberté au regard de ce principe égalitaire.

Ainsi, le devoir de ne pas nuire consiste, d'un point de vue substantiel, à ne pas porter atteinte aux droits d'autrui.

b/ Un devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui

Devoir de ne pas nuire et responsabilité civile. Le droit positif français laisse voir plusieurs manifestations du devoir de ne pas nuire. Certains mécanismes de responsabilité civile consistent précisément à sanctionner le non-respect du devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui.

Devoir général de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. La première déclinaison du devoir de ne pas nuire se trouve dans le devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui. Les mécanismes classiques de la responsabilité civile délictuelle sanctionnent précisément le non-respect de ce devoir¹²³. Nulle règle n'interdit expressément de nuire, mais l'article 1382 du Code civil prévoit bien que « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* »¹²⁴. Les articles suivants du même code ajoutent notamment que chacun est également responsable du dommage causé « *par sa négligence ou son imprudence* »¹²⁵ ou encore « *par le fait*

¹²¹ Puisque l'exigence de justice de l'ordre juridique français est notamment liée à l'idée que l'égalité en droits implique de jouir de ses droits sans qu'il n'y soit porté atteinte.

¹²² B. GILSON, *L'essor de la dialectique moderne et la philosophie du droit*, Paris, Vrin, Bibliothèque d'Histoire de la Philosophie, 1991, p. 127.

¹²³ La notion de « droits » est ici entendue *lato sensu*, étant entendu que la responsabilité civile délictuelle protège les *droits* subjectifs, mais également de simples *intérêts*, lesquelles suffisent parfois à faire naître un droit à réparation sur le fondement du Code civil. V. Cass. Mixte, 27 février 1970, pourvoi n° 68-10276, Bull. n° 1, in H. CAPITANT, F. TERRÉ, Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Paris, Dalloz-Sirey, 2008, n° 185-186 : dans ce célèbre arrêt, la Cour de cassation admet la réparation du préjudice moral de la concubine à la suite du décès de son concubin, affirmant que la victime doit justifier de la lésion d'un « *intérêt légitime juridiquement protégé* ». Sur le maintien de la nécessité de justifier d'un intérêt « légitime » (ou « licite ») depuis lors, v. : J.-S. BORGHETTI, « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Mélanges G. VINEY*, Paris, LGDJ, 2008, p. 145 ; F. CHABAS, « Le cœur de la Cour de cassation (le droit à réparation de la concubine adultère) », *D.* 1973, chron. p. 211.

¹²⁴ C. civ., art. 1382.

¹²⁵ C. civ., art. 1383.

des personnes dont on doit répondre »¹²⁶. En vertu de ces textes, celui qui est responsable est bien celui qui a nui à autrui, puisque « nuire » signifie bien « causer un tort, un dommage »¹²⁷. La responsabilité civile délictuelle sanctionne de façon générale le devoir de ne pas nuire à autrui, les cas d'atteinte aux droits d'autrui pouvant être identifiés à travers les différents types de faits dommageables.

Devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui par fait dommageable. L'intérêt du devoir de ne pas nuire – dans cette déclinaison de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui – est certain. En effet, le droit n'est pas à même d'interdire ni même de prévoir tous les cas de dommages (c'est-à-dire de « nuisances envers autrui ») possibles, alors même qu'il impose et permet de tous les réparer. Ainsi, en matière de responsabilité civile délictuelle, le dommage à réparer peut résulter de l'illicéité appréhendée à la fois comme la transgression d'une règle de droit¹²⁸, comme un fait fautif, et même comme un simple fait normal, mais qui a nui¹²⁹. L'illicéité dans son acception large n'est donc pas seulement la transgression d'une règle de droit, mais de façon générale, la transgression d'une norme de comportement¹³⁰. Ce qui a conduit certains auteurs à affirmer que l'illicéité « *n'est que la transgression pure et simple de la norme de civilité, qui est elle-même l'expression la plus abstraite de toutes les normes de comportement* »¹³¹. Cette norme de civilité appréhendée par le droit de la responsabilité constitue bien la sanction d'un devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui, en permettant la réparation du dommage que l'atteinte soit volontaire ou non, consciente ou non, fautive ou non. À cet égard, les cas de responsabilité pour fait normal ont permis de révéler une concrétisation de cette

¹²⁶ C. civ., art. 1384.

¹²⁷ Dictionnaire Littré, entrée « nuire » : « causer un tort, un dommage », en ligne : www.littre.org.

¹²⁸ M. PUECH, *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*, Paris, LGDJ, 1973, p. 82.

¹²⁹ S. CHASSAGNARD, *La notion de normalité en droit privé*, Thèse, Université de Toulouse, 2003, p. 601 : « l'illicéité est l'expression juridique de l'anormalité saisie par le droit ».

¹³⁰ Cette affirmation est certes discutable s'agissant des cas de responsabilité sans faute. Par exemple, il est difficile de concevoir en quoi consisterait cette norme de comportement dans le cas de la responsabilité sans faute des parents du fait de leur enfant mineur (C. civ., art. 1384), ledit fait pouvant être simplement causal sans qu'aucune anormalité ne soit requise : Ass. Plén., 13 décembre 2002, pourvoi n° 01-14.007, D. 2003, p. 231, note P. JOURDAIN ; *Dr. fam.* 2003, n° 23, note J. JULIEN. De façon générale en effet, la sanction du comportement normal est imprévisible. Néanmoins, il est possible de considérer que dans ces cas, la norme de comportement implique non pas d'agir ou de s'abstenir de façon à ne pas causer de dommage, ce qui apparaît dans cette hypothèse impossible, mais impose de prendre des mesures concrètes de prévention ou d'assurance afin d'être en mesure de réparer le dommage causé à autrui, précisément parce qu'il est des cas où l'on peut nuire sans s'en rendre compte. V. en ce sens : A. SCHNEIDER, « Le principe de la responsabilité et les notions de droit et devoir : pour une responsabilité de l'anticipation », *GP* 2008, n° 138, p. 4. Le devoir de ne pas nuire à autrui apparaît donc avoir, à travers la responsabilité civile sans faute, une fonction préventive : la rupture dans la conciliation des libertés peut être volontaire ou non, consciente ou non, et dans tous les cas elle est sanctionnée et donne lieu à réparation, car c'est là la forme de justice égalitaire recherchée.

¹³¹ J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité*, Fribourg, Éditions universitaires, 1955, p. 169 : l'auteur ajoute que « l'illicéité, ce n'est pas la violation du droit, c'est le côté extérieur d'un tel comportement, c'est la norme de protection du droit ». On voit donc un rapport de l'illicéité aux finalités poursuivies par le droit, c'est-à-dire avec les valeurs sociales qui le sous-tendent.

approche par la Cour de cassation, qui a pu faire expressément référence à un « *devoir général de ne pas nuire à autrui* » ainsi qu'à son caractère autonome¹³², jugeant que le manquement à ce devoir devait être apprécié distinctement de la faute¹³³. Le devoir de ne pas nuire bénéficie donc d'une réelle sanction en droit positif à travers la responsabilité civile du fait personnel. Il présente cependant une autre déclinaison, sanctionnée sur le même fondement de la responsabilité civile, mais témoignant d'une logique différente : le devoir de rester dans son droit ou de ne pas dépasser les limites de ses propres droits.

Devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui par exercice excessif de son droit. La théorie de l'abus de droit permet d'identifier une seconde déclinaison du devoir de ne pas nuire : le devoir de ne pas exercer excessivement son droit. Si l'exercice des droits est discrétionnaire, il n'est ni absolu ni illimité. Le principe égalitaire gouvernant les rapports interindividuels implique en effet que chacun renonce à une liberté illimitée pour une liberté civile à même de garantir que les Hommes soient libres et égaux en droits. La théorie de l'abus de droit est le mode d'expression privilégié de la limitation dans l'exercice de son droit¹³⁴. La Cour de cassation a ainsi affirmé en 2005 que « *le caractère discrétionnaire est limité par un éventuel abus de droit* »¹³⁵. Cette théorie repose sur l'idée que le libre exercice des droits doit s'exercer avec une certaine modération, puisqu'il est également possible de nuire à autrui en exerçant son droit. Cette modération consiste à ne pas abuser de ses prérogatives, l'abus renvoyant à la façon d'exercer quelque chose de manière excessive¹³⁶ – en l'occurrence un droit¹³⁷. S'agissant de la limite à ne pas dépasser, la doctrine n'est pas unanime sur ce point¹³⁸. Néanmoins, en tout état de cause, ne pas exercer son

¹³² Civ. 1^{re}, 24 janv. 1984, pourvoi n° 82-16.767 ; Com., 8 oct. 2002, pourvoi n° 98-22.858 ; Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.370 ; Civ. 3^e, 4 juil. 2007, pourvoi n° 06-15.776 ; Civ. 1^{re}, 10 avril 2008, pourvoi n° 07-13.520.

¹³³ Dans une décision aux termes particulièrement explicites, la Chambre commerciale de la Cour de Cassation a ainsi formulé qu'« *un tiers ne peut, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, se prévaloir de l'inexécution du contrat qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à son égard au devoir général de ne pas nuire à autrui* » : Com., 5 avril 2005, pourvoi n° 03-19.370.

¹³⁴ Le « droit » appréhendé par la théorie de l'abus de droit regroupe l'ensemble des droits subjectifs : v. G. CORNU, cité par L. CADJET, P. le TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, en ligne : www.dalloz.fr, point 11.

¹³⁵ Civ. 3^e, 2 février 2005, pourvoi n° 03-15.409, Bull. civ. III, n° 24.

¹³⁶ Dictionnaire Larousse, entrée « abus », en ligne : www.larousse.fr/dictionnaires/français : « *mauvais emploi, usage excessif ou injuste de quelque chose* » ; « *fait d'outrepasser certains droits, de sortir d'une norme, d'une règle et, en particulier, injustice, acte répréhensible établi par l'habitude ou la coutume* ».

¹³⁷ « *Le postulat serait que l'excès en toute chose, et même dans le droit, est un désordre contraire au droit ; qu'il est donc dans l'office du juge, pour prévenir le désordre, d'imposer aux titulaires de droits subjectifs une certaine modération* » : J. CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., Paris, PUF, 2000, n° 234.

¹³⁸ Certains auteurs tiennent pour critère de l'abus de droit ce critère de la finalité du droit en cause, là où d'autres ne retiennent que la finalité poursuivie par l'individu, à savoir l'intention de nuire. V. L. JOSSERAND, *De l'esprit des lois et de leur relativité : Essai de téléologie juridique*, t. 1, Paris, Dalloz, 2006 (théorie dite de l'abus des droits ou de la fonction sociale des droits) ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 2013 : (théorie de l'intention de nuire), G. RIPERT, « L'abus ou la relativité des droits (À propos de l'ouvrage de M. Jossierand) », *Revue critique de législation et de*

droit de manière excessive implique que cet exercice ne soit pas nuisible pour autrui. Cette théorie implique en effet que l'exercice des droits subjectifs doive être *mesuré*. Lorsque tel est le cas, l'exercice du droit ne permet pas de conduire à un abus et à un dommage au sens de la théorie de l'abus de droit. Lorsque l'exercice excessif d'un droit a causé un dommage à autrui, la qualification d'abus de droit pourra alors être retenue. Les divergences doctrinales ne remettent donc pas en cause la sanction du devoir de ne pas exercer excessivement son droit par la théorie de l'abus de droit, mais portent simplement la question sur ses modalités de mise en œuvre. Pour l'essentiel, il est bien question d'une juste mesure dans l'usage de son droit, puisque si cet usage s'avère excessif, cela entraînera la responsabilité de son titulaire, alors même que la prérogative en elle-même n'est pas *illicite*. L'abus de droit renvoie très précisément à un devoir de ne pas dépasser les limites de ses propres droits, distinct du devoir de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui¹³⁹.

Les rapports interindividuels étant fondés sur la liberté individuelle et sur l'égalité, le devoir de se soumettre à l'intérêt général tend ainsi, dans sa dimension subjective, à garantir une égale liberté à chacun. Cet objectif n'est cependant atteint que partiellement par le devoir de ne pas nuire à autrui. Il est ainsi possible d'identifier un devoir d'être utile à autrui l'assortissant d'une plus grande effectivité et impliquant, bien plus que de respecter l'égalité en droits, de la favoriser.

2/ Le devoir d'être utile à autrui

Utilité et solidarité. Au-delà d'un devoir de ne pas nuire à autrui, il y a un devoir d'être utile aux autres. La vie au sein de l'institution impose en effet à tout individu d'être utile à ses semblables impliquant ainsi, bien plus que respecter l'égalité en droits, de la favoriser. Le devoir d'être utile à autrui consiste ainsi à promouvoir les droits d'autrui (a) et repose sur des fondements éminemment solidaristes (b).

a/ Un devoir à dimension solidaire

Notion de solidarité. Au sein de la collectivité, la solidarité est dite « nationale » et consiste dans « le lien d'entraide unissant tous ses membres »¹⁴⁰. La solidarité nationale¹⁴¹ repose sur cette idée qu'en vue de la viabilité de l'entreprise commune, les charges doivent peser équitablement sur les administrés,

jurisprudence 1929, p. 33. Pour une synthèse, v. : L. CADIET, P. le TOURNEAU, *Répertoire de droit civil*, *op.cit.*, point 26.

¹³⁹ Nous considérons en effet que l'abus de droit n'est pas un cas où l'on sort de son droit, que c'est là au contraire sa spécificité et ce qui explique que l'abus de droit est très rarement caractérisé.

¹⁴⁰ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 975-976.

¹⁴¹ V. pour une étude approfondie de la notion de solidarité en droit : J. KNETSCH, « La solidarité nationale, genèse et signification d'une notion juridique », *RFAS* 2014, n° 1-2.

et qu'il en découle une égalité suffisante dans le bénéfice des avantages¹⁴². La France étant une République démocratique « *et sociale* »¹⁴³, la solidarité est proclamée aux fondements de l'État à travers les dispositions à valeur constitutionnelle¹⁴⁴, même si le terme en lui-même est presque absent. Il ne figure qu'à l'article 12 du Préambule de la Constitution de 1946 en ces termes : « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* »¹⁴⁵. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen prévoit également en son article 13 que « *pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable* » et qu'elle « *doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* ».

Esprit de la solidarité. Les dispositions traduisant l'idée de solidarité s'articulent toujours avec le principe d'égalité¹⁴⁶, et pour cause : la solidarité tend à garantir une certaine forme d'égalité. Attribuer les mêmes droits à tous n'implique absolument pas qu'ils puissent en jouir dans des conditions égales. Les inégalités de la vie en communauté font transparaître chez les individus des besoins qui correspondent aux droits dont ils doivent pourtant jouir, qu'il s'agisse de la santé ou de l'éducation, pour ne prendre que ces exemples les plus parlants. Par conséquent, la solidarité tend à corriger ces inégalités, les capacités des uns devant être utiles à celles des autres. L'esprit de la solidarité permet ainsi de comprendre ses finalités : œuvrer à une forme d'égalité réelle, distributive, sur la base de l'équité, au-delà de l'égalité formelle de tous en droits. On retrouve ici la théorie de la justice en équité de Rawls, l'auteur pose les fondements de sa théorie en ces termes : « *chaque personne doit avoir un droit égal au système total le plus étendu de libertés de base égales pour tous, compatibles avec un même système pour tous* »¹⁴⁷.

Ainsi, le devoir d'être utile à autrui est en substance un devoir de promouvoir les droits d'autrui, dont il importe d'étudier les caractéristiques.

¹⁴² P. LAROQUE, « Quarante ans de sécurité sociale », *RFAS* 1985, n° 3, p. 10-11 : « *la Sécurité sociale, pour être efficace et juste, devait reposer sur une solidarité nationale, condition d'une équitable répartition des charges, et d'une égalité suffisante des avantages* ».

¹⁴³ Constitution du 4 octobre 1958, art. premier.

¹⁴⁴ C'est en ce sens que le Préambule de la Constitution de 1848, dont l'esprit a survécu à la disparition du texte, disposait que la France s'est donnée « *pour but (...) d'assurer une répartition de plus en plus équitable des charges et des avantages de la société* ».

¹⁴⁵ Ce texte est d'ailleurs celui qui est le plus imprégné du principe de solidarité. Il y est également précisé que « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* », ou encore que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

¹⁴⁶ M. BORGETTO, « Egalité, Solidarité... Equité ? », in G. KOUBI, *Le Préambule de la Constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, Paris, PUF, 1996, p. 241.

¹⁴⁷ J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1987, p. 287.

b/ Un devoir de promouvoir les droits d'autrui

Promotion de l'égalité en droits par l'impôt. La promotion de l'égalité de chacun dans la jouissance de ses droits se réalise de façon privilégiée par l'impôt. En effet l'impôt est un prélèvement obligatoire exigé par la souveraineté nationale sur le fondement du principe de solidarité¹⁴⁸. Il a par là une fonction régulatrice en ce qu'il tend à corriger voire à réduire certaines inégalités sociales, en vue d'un égal accès de chacun aux mêmes ressources. Cette nécessité de la contribution commune est ainsi expressément formulée sous la forme d'un devoir à l'article 16 de notre Constitution : « *Le paiement de l'impôt et la contribution aux charges publiques, sur la base de l'équité, constituent un devoir pour chaque personne* ». L'impôt est dû sans contrepartie directe, même s'il en présente une : le bénéfice du service public. L'impôt tend à garantir la jouissance des droits de chacun en finançant le service public, mais aussi – et dans une certaine mesure – la gratuité de ce service public, qui est universel. Ainsi le législateur institue un système de contribution et redistribution sous la forme d'une égalité réelle dans la contribution, afin de tendre vers une égalité formelle idéale dans les situations sociales. À cette fin l'impôt est une procédure fondée sur l'équité : chacun paie en fonction de sa capacité contributive¹⁴⁹ et non en fonction des services publics qu'il consomme. S'il est communément admis que le principe est celui d'une égalité *devant* l'impôt, le devoir de solidarité permet surtout une égalité *par* l'impôt¹⁵⁰. Les charges publiques correspondant nécessairement à des dépenses d'intérêt général, il y a bien dans l'impôt un devoir de se soumettre à l'intérêt général se déclinant sous la forme d'un devoir d'être utile à autrui. En effet, consentir à l'impôt apparaît bien comme une forme d'utilité commune permise par la solidarité. Aussi le devoir de solidarité tend à assurer une égalité réelle, géométrique, et donc repose bien à la charge de chaque individu envers tout autre membre de la communauté selon sa situation sociale. En d'autres termes, l'intérêt général a un coût et c'est là un devoir de se soumettre aux charges dédiées à la mise en œuvre du service public, par solidarité envers autrui.

Spécificité du devoir de solidarité. L'institution a pris en charge la solidarité, en faisant passer le sentiment dans le champ du devoir¹⁵¹. Plus précisément, l'objet du devoir de solidarité réside moins dans l'obligation de s'acquitter de l'impôt que dans la redistribution. Or, celle-ci est l'apanage exclusif de l'État. Le devoir de solidarité présente donc cette spécificité d'en appeler au citoyen s'agissant des moyens (les contributions), tout en dépendant de l'État s'agissant du résultat. C'est d'ailleurs sur ce point que l'on peut saisir la différence

¹⁴⁸ J.-M. PONTIER, « De la solidarité nationale », *RDP* 1983, p. 922.

¹⁴⁹ J.-B. de FOUCAULD, *Rapport Le financement de la protection sociale*, Paris, La documentation française, 1995, p. 125.

¹⁵⁰ P. DEVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Paris, LGDJ, 1969, p. 21.

¹⁵¹ L'acte de contribution à l'impôt n'est pas naturel : l'État sollicite matériellement le citoyen au paiement de l'impôt à travers les déclarations, arrête le montant de la contribution, en réclamer le paiement et le contrôle.

entre le *devoir* de solidarité et l'*obligation* de s'acquitter de son impôt envers l'administration fiscale, la redistribution, contrairement à la contribution, n'étant en outre pas contestable en justice.

Conclusion. Dans les rapports entre l'individu et la communauté ou dans les rapports interindividuels, le devoir apparaît comme un concept fonctionnel guidant l'action du citoyen. Il apparaît avec la vie en société : dès qu'il y a société, il y a devoirs. Déterminé substantiellement par les valeurs sociales, le devoir pousse chacun à tendre vers l'idéal commun et le meilleur ordre possible. Il est une condition de la vie en société. Il peut être défini comme un *paradigme éthique* nécessaire pour penser la vie en communauté. Non exprimé par le droit, probablement imperceptible comme tel par la conscience, il la guide néanmoins par référence à ces valeurs sociales inscrites dans l'Homme comme un déterminisme au soutien de son besoin de prévision face à l'ordre juridique. Partant, le devoir vient aussi au soutien du droit, permettant de cerner la direction à prendre même là où le droit souffre d'incomplétude. Le devoir n'est pas une condition *de* l'exercice des droits et de la liberté, mais une condition *dans* l'exercice des droits et de la liberté.