

Introduction générale au droit

21/09/18

Introduction

Le Droit désigne ce que l'on appelle le Droit objectif par opposition aux droits subjectifs. Le premier vise le système juridique dans son ensemble, par opposition au droit subjectif qui constitue une prérogative individuelle accordée par le Droit objectif aux individus. Ici, c'est le droit objectif qui sera envisagé. Le Droit constitue d'abord un système de légitimité. **Le digeste est un recueil de tests écrits par de grands juristes sous l'ère romaine définissait le droit comme l'art du bon et du juste.** Aucun ordre juridique ne peut fonctionner et durer s'il ne repose sur des représentations et des valeurs relativement partagées dans une société. Le **droit est tout à la fois le reflet des préoccupations des membres d'une société** et par les réponses/ solutions qu'il apporte, le ciment de celle-ci. A cet égard, le droit peut paraître tout à la fois passionnant et intimidant. Intimidant parce qu'il donne l'impression d'être technique, hermétique, fermé sur lui-même, comme le domaine réservé de spécialiste mais passionnant aussi car il est relié à l'histoire, l'économie, la philosophie, les sciences et techniques ou encore à la psychologie.

Rien de ce qui est humain n'est étranger au droit. C'est précisément par ses qualités de phénomènes sociales et humains que le droit mérite toute notre attention. Dans nos sociétés occidentales, il occupe désormais une place centrale, il a reçu pour fonction d'instituer (= de donner statut) à l'homme et à la société. Il est devenu l'un des principaux instruments de gouvernement des hommes, de résolution des conflits et plus largement de régulation sociale. Attention, ce rôle est propre à nos sociétés dites occidentales, dans d'autres cultures ces fonctions-là relèvent encore d'autres systèmes normatifs comme la religion, la tradition ou les idéologies politiques. Le modèle de l'obéissance à des règles générales et abstraites, sanctionnées et appliquées par des tribunaux n'est pas le seul moyen dans le temps et dans l'espace de fonder et de faire fonctionner un autre social. Dans certains pays d'Asie, le gouvernement par des hommes est préféré au gouvernement par les lois. Dans certains pays d'Afrique, la justice et la paix sociale sont encore réalisées par d'autres procédés que le recours à des tribunaux. Ex : avec des assemblées de parole.

Pour tenter de cerner ce qui est le droit on peut aussi se référer à la distinction entre Droit objectif et les droits subjectifs.

- Le Droit objectif : désigne le système juridique dans son ensemble
- Les droits subjectifs : constituent des prérogatives individuelles que le Droit objectif reconnaît aux personnes.

Le droit

s'organise aussi en grandes subdivisions ainsi qu'en branches du droit.

I/ Les principales subdivisions du droit

Les juristes distinguent le droit privé et le droit public. Le droit interne et le droit international. Le droit dit « processuel » et le droit « substantiel ». Attention il s'agit d'autant de manières de considérer le droit, de l'organiser intellectuellement, ce sont des façons d'organiser les choses.

1/ Le droit privé et le droit public

C'est une importante division en droit français, on parle de « summa divisio ».

- Le droit privé : régit les relations entre personnes privées à savoir des personnes physiques et personnes morales (ex : associations)
- Le droit public : détermine quant à lui les relations dans lesquelles se situent une autorité publique (l'État) mais ce peut être une région, un département, une commune ou encore un établissement public. Il n'existe pas de personnes publiques physiques.

Le droit romain distinguait déjà le « jus publicum » qui intéressait la chose publique « res publica » et le droit privé « privatum jus » qui intéressait l'intérêt des individus pris isolément. Nous sommes des héritiers du droit romain.

Cette distinction importante se traduit en France par une distinction des ordres juridictionnels. Il existe 2 catégories de juges pour trancher les litiges :

- Le juge judiciaire
- Le juge administratif

Il y a un **dualisme juridictionnel** d'où procède aussi un **dualisme juridique**. Après la Révolution française il n'y avait pas encore de juge administratif, l'administration (le pouvoir exécutif) se jugeait elle-même. En cas de litige l'administré pouvait se tourner vers l'administration. Cette solution résultait du principe dit de « séparation des autorités administratives et judiciaires » posé par la loi, toujours en vigueur, des **16 et 24 août 1790** et dérivait du principe de séparation des pouvoirs.

Progressivement un juge administratif s'est affirmé en prenant son indépendance de l'administration. Il a pris forme notamment à partir de la création du Conseil d'État institué par la **Constitution de l'an 8**. (1799)

En raison de ce dualisme juridictionnel, dans lequel le juge judiciaire n'a pas compétence pour connaître en principe des litiges impliquant l'administration, la distinction entre droit public et droit privé est devenue très forte dans notre système juridique. Il en résulte en effet 2 droits, 2 juges et aussi 2 grandes disciplines juridiques.

Il existe cependant un point d'hésitation historique avec le droit pénal.

*** Le**

droit pénal : a pour objet de sanctionner les auteurs d'atteinte à la société et l'une des parties à un procès pénal est l'État représenté par un ministère public. Le Droit pénal fait parti du Droit privé. Le

procès pénal a lieu d'abord entre l'accusé et l'État. Et **les ayants droits** ne font que se porter « partie civile » ce n'est jamais qu'un procès entre l'accusé et la victime, du moins pas directement. (ex : les ayants droits sont les héritiers du défunt)

Cependant les juridictions pénales font bien parties de l'ordre judiciaire et non de l'ordre administratif, pour des raisons à la fois historiques mais aussi pour des raisons proprement institutionnelles et juridiques.

Dès l'ordre qu'il existe 2 ordres de juridiction, des conflits de compétence sont inévitables. En cas de difficulté, le tribunal des conflits intervient pour répartir les affaires entre juges judiciaires et juges administratifs. Pour cela, ce tribunal des conflits a forgé des critères de compétence relativement souples. Par ailleurs de nos jours, la distinction droit public/droit privé peut paraître dépassée, elle est fréquemment critiquée car elle est source de complexité. De plus, l'État est intervenu de façon importante dans les activités privées y compris en utilisant des procédés de droit privé. L'État (collectivité public) peut à l'occasion se comporter comme une personne ordinaire pour bénéficier du droit privé.

En outre, le droit constitutionnel surtout depuis la création de la **question prioritaire de constitutionnalité** (QPC entrée en vigueur en 2010 = c'est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance, de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit) pose des principes qui dépassent/ transcendent la distinction droit public/ droit privé. La liberté d'expression vaut autant dans la sphère privé que dans la sphère publique.

Le droit public de nos jours, tend à s'inspirer des logiques et méthodes du droit privé notamment dans le domaine économique. On constate qu'une banalisation de la spécificité du droit public qui n'est plus aussi radicalement opposé/opposable au droit privé. La distinction est aussi devenue relative dans les pays européens et elle n'est guère connue aux Etats-Unis.

2/ Le droit interne et le droit international

Cette distinction peut concerner aussi bien le droit public que le droit privé. Le droit international public est le droit des relations entre États et/ou des organisations internationales. Le droit international privé s'applique aux personnes privées situées dans des relations juridiques internationales. Il permet notamment de régler des conflits de lois et de juridiction dans l'espace et dans le temps.

Le litige à trancher présente alors des éléments qu'on appelle « **d'extranéité** » c'est-à-dire qu'il est **ancré dans des systèmes juridiques différents et étrangers**. Ce droit permet de désigner l'ordre juridique compétent et les tribunaux compétents français ou étrangers.

Le droit international conduit parfois à la création d'ordre juridiques spécifiques notamment sur le continent européen. Le droit du Conseil de l'Europe est issu du droit international même s'il s'en

distingue désormais. Le droit de l'UE n'est plus considéré désormais comme du droit international même s'il s'en est inspiré initialement. Le droit de l'UE se trouve en effet intégré aux différents droits des États membres sans être cependant complètement confondus avec eux. Ce n'est ni du droit international ni du droit étatique.

3/ Droit substantiel et droit processuel

La répartition des droits et des devoirs entre les sujets de cet ordre est opérée par des règles dites substantielles. Par substance des règles on vise le contenu à savoir les droits et les obligations qu'elle pose pour les sujets qui en sont les destinataires. Mais il faut aussi pour élaborer et appliquer le droit substantiel des règles procédurales et juridictionnelles. Celles-ci composent le droit dit « processuel » qui diffère d'une institution à l'autre et surtout d'une juridiction à l'autre. La procédure civile est distincte de la procédure pénale, de la procédure prud'homale et de la procédure contentieuse administrative. Les règles de procédure sont capitales pour le fonctionnement et l'efficacité d'un système juridique. Sans le droit processuel, il n'y a pas le droit substantiel.

- Le droit processuel : permet d'organiser et d'échanger des arguments, de faire valoir des prétentions et de maîtriser des conflits. Il est aussi déterminant pour fonder la légitimité d'une décision de justice rendue par une juridiction censée être impartiale et indépendante.

II/ Les branches du droit

Depuis le XVI^e siècle notre droit s'est progressivement organisé en branches autonomes.

- Le droit constitutionnel
- Le droit civil
- Le droit administratif
- Le droit pénal
- Le droit social

1/ Le droit constitutionnel

Il a pour objet la Constitution, l'ensemble des normes juridiques les plus importantes d'un ordre juridique, celles qui fondent l'État. Les constitutions contiennent au minimum les principes, les règles d'organisation et de fonctionnement de l'État.

Elles forment le statut de l'État. Elles fixent aussi le plus souvent le type de régime politique, les principaux pouvoirs publics, leurs modes de désignation, leurs compétences et leurs relations réciproques. De nombreuses constitutions comportent aussi désormais la formulation des droits et des libertés dites « fondamentales », reconnues aux citoyens et plus largement aux individus. En France, longtemps, le corps de la Constitution s'est limité aux règles d'organisation et de fonctionnement de l'État. Le préambule de la Constitution n'a vu sa valeur juridique reconnue que

tardivement. Il permet désormais de garantir des droits et libertés essentielles notamment grâce à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789**.

2/ Le droit civil

Civil vient du latin « civilis » lui-même dérivé de « civis » = citoyen. Il est le droit commun de la société c'est-à-dire le droit applicable aux citoyens pris dans cette qualité de citoyen. *Jus civile* était le droit des citoyens romains par opposition au droit des autres populations de l'Empire. Le droit civil était alors appelé « l'union de chaque cité » par exemple le droit des Athéniens.

En 212 après JC avec **l'édit de Caracalla** la plupart des sujets de l'Empire sont devenus citoyens romains. L'Empereur Justinien a par la suite compilé et regroupé l'ensemble du droit civil romain (on parle de compilation justinienne). On constate aussi que le droit civil n'est pas une catégorie universelle, il nous vient donc du droit romain et s'applique encore dans les pays européens liés à cette tradition.

En droit anglais, et dans les pays du **common law**, le droit civil n'est pas une conception inconnue mais il renvoie à la tradition des droits dits « romano-germanique ». Au sein du droit civil il faut distinguer 4 sous-ensembles.

A/ Droit des personnes et de la famille

C'est le cœur du Droit civil. Il réunit le droit des personnes, il institue et identifie juridiquement la personne au sein de la société. Il détermine notre identité, notre existence juridique. Le droit de la famille concerne les relations extra-patrimoniales entre membres d'un couple ainsi qu'entre parents et enfants (filiation, autorité parentale et l'ensemble des droits et devoirs parents/enfants).

Dans un sens plus large, le droit de la famille fixe aussi la situation patrimoniale de la famille c'est-à-dire les relations pécuniaires au sein de la famille. Il intéresse les régimes matrimoniaux avec des règles de répartition et de gestion des biens entre époux ainsi que les règles de succession organisant la dévolution des biens dans la famille ou hors de celle-ci en vertu de la loi ou d'un testament.

B/ Le droit des obligations

Ce droit détermine les règles au moyen desquelles les personnes peuvent être obligées envers d'autres personnes à donner, à faire, ou à ne pas faire quelque chose.

Par exemple : les contrats intéressent comme instrument juridique le droit des obligations en tant qu'ils constituent des accords de volonté entre 2 ou plusieurs personnes en vue de créer, de modifier ou de transmettre des obligations.

Participe aussi de ce droit la responsabilité civile par laquelle les auteurs de fait dommageable à autrui obligent leurs auteurs à les réparer.

C/ Le droit des biens

Ce droit régit les richesses à la disposition de l'homme. Il définit la composition du patrimoine et les rapports que les hommes ont aux choses : droit de propriété et ses démembrements.

D/ Le droit des sûretés

C'est l'ensemble des garanties dont dispose un créancier pour le paiement d'une dette. Les sûretés sont dites « personnelles » quand une personne garantit le paiement d'une dette et réel quand c'est un bien qui est affecté spécialement à la garantie d'une dette.

3/ Le droit administratif

28/09/18

C'est le droit spécifique de l'action administrative qui régit les relations entre l'État ou tout autre personne publique (ex : collectivité territoriale) et les personnes privées ainsi que les relations entre personnes publiques. Ce droit détermine le régime juridique des actes de l'administration, actes unilatéraux et des contrats également de la fonction publique, de la responsabilité administrative, des contrats administratifs, des services publics, ou encore de la police administrative.

Le droit administratif est resté pour l'essentiel un droit jurisprudentiel élaboré dans le temps par le Conseil d'État et le tribunal des conflits. De nos jours cependant, plusieurs champs de l'action administrative sont codifiés. Exemple : le code général des collectivités territoriales (le CGCT), le code des relations entre le public et l'administration (le CRPA), ou encore le code de justice administrative (le CJA), et il devrait bientôt sortir le projet du code de la commande publique. -> mouvement de codification, qui traite désormais avec la jurisprudence de ce droit.

Longtemps ce droit (administratif) est paru inégalitaire par opposition au Droit civil où règnerait l'égalité entre les individus. La mission d'intérêt général confiée à l'administration justifie toujours qu'elle soit dotée des prérogatives de puissance publique qui ne peuvent être utilisées légalement dans les relations entre particuliers.

Cette inégalité n'est pas pour autant un privilège, l'administration publique étant aussi soumise à de fortes obligations que les personnes privées ne connaissent pas. On parle alors de **sujétion publique**. La naissance et le développement du droit administratif moderne ont été marqué par plusieurs grands juristes : **Maurice Hauriou** (1856-1929) qui a mis la notion de « puissance publique » au cœur de sa théorie de l'État devenant le fondateur de l'École dite de la puissance publique « école de Toulouse » (il a été professeur doyen à la faculté de droit de Toulouse). **Léon Duguit** (1859-1928) fondateur de l'école dite du Service public. **Édouard Laferrière** qui a procédé à la systématisation des principes du contentieux administratif à partir de la jurisprudence du Conseil d'État qu'il a présidé à la fin du XIXe siècle. **Charles Eisenmann** il est l'auteur de cours de droits administratifs qui ont renouvelé l'étude du droit administratif dans la 2^{ème} partie du siècle précédent. La Doctrine universitaire (ensemble des écrits profs de Droit) a participé au

développement des droits positifs (droit en vigueur, s'oppose au droit naturel), par la fonction de critique mais aussi par l'enseignement. Elle permet de donner une vue d'ensemble par les représentations, idées, qu'elle fait du Droit.

Le droit administratif connaît de nos jours 2 évolutions majeures :

- 1) L'une institutionnelle
- 2) L'autre matérielle

Il y a une certaine fragmentation des organes administratifs, une complexification aussi, avec la création importante d'autorités administratives ou publiques indépendantes et dotées de pouvoir de réglementation, de contrôle et de sanctions. Par ailleurs la relation entre l'administration et les administrés tend à se banaliser. L'administré fut longtemps un sujet passif voire un objet de l'action administrative, désormais l'administré tend à devenir un client voire un partenaire de l'administration. Il est doté de droits et de libertés que l'administration doit respecter mais aussi protéger et promouvoir. De plus, l'administration est soumise à un impératif d'efficacité en fonction de standards importés du secteur privé/ du modèle de l'entreprise. En réalité l'administration connaît les mêmes phénomènes que l'ensemble de la société avec pour l'essentiel un triple mouvement de contractualisation des relations, d'internationalisation et d'imprégnation des analyses et modèles économiques. L'autonomie est la spécialité du droit administratif s'en trouve partiellement affaibli.

4/ Le droit pénal

Il a pour objet de sanctionner les comportements délinquants ainsi qualifiés par la loi ou le règlement en tant qu'il porte atteinte à la société. Le droit pénal pose des incriminations et des peines. Les incriminations sont de 3 grands types, dans l'ordre croissant de gravité :

- Les contraventions : leur jugement relève des tribunaux de police
- Les délits : qui sont passibles des tribunaux correctionnels
- Les crimes : passibles des cours d'assises.

Les juridictions civiles condamnent à la réparation des dommages causés par l'attribution de dommages et intérêts versés à la victime du dommage. **Les**

juridictions pénales condamnent à des peines privatives de liberté : peines d'emprisonnement, d'amendes alors versées à l'État et de travaux d'intérêt général. Le droit pénal vise à protéger la société. Pendant la Révolution française un premier projet de Code pénal fut imaginé. Le 1^{er} code pénal ne fut adopté qu'en 1810 sous Napoléon, il a été modifié très fréquemment et il est resté valable jusqu'en 1994 : année à laquelle il a été remplacé par le nouveau code pénal entièrement recomposé et renuméroté.

Parmi les grands juristes qui ont marqué le droit pénal on peut évoquer **Faustin Hélie** (1799-1884), **Emile Garçon**, **Donnedieu de Fabre** (a siégé tribunal de Nuremberg), **Beccaria** a formulé plusieurs principes du droit moderne : la présomption d'innocence, le principe de légalité, celui du principe

de non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère. Il s'est aussi opposé en son temps à la peine de mort et à la torture.

De nos jours, le droit pénal apparaît comme **protecteur des principales valeurs d'une société**. Il souffre cependant d'une inflation législative chaque fait divers fortement médiatisé conduit à de nouvelles incriminations et à une forme d'instrumentalisation de ce droit afin de rassurer la société.

5/ Le droit social

Il comprend 2 grandes branches :

- Le droit du travail
- Le droit de la sécurité sociale

A/ Le droit du travail

Il régit le travail en situation de dépendance par distinction avec les professions indépendantes et libérales. Le critère du contrat de travail est la subordination juridique, un salarié est celui qui travaille pour le compte et sous l'autorité d'un employeur. Le droit du travail s'applique à toutes les relations de travail tant individuelles que collectives. Il régit les rapports de chaque employé avec son employeur, mais aussi la négociation et l'application des conventions et accords collectifs de travail voire des conflits collectifs comme la grève.

Le Code civil de 1804 (code Napoléon) ne comportait que 2 articles consacrés au **contrat de louage de service**. La matière se développa avec la révolution industrielle, et le fort développement du salariat. Ce n'est qu'en 1910 qu'un premier code du travail fût adopté.

Les principaux juristes qui ont systématisé la matière furent **Georges Scelle** (droit ouvrier 1922), **Paul Durand** fut l'auteur du 1^{er} grand traité du droit du travail lendemain 2GM, fondateur de la revue du droit social.

De nos jours, le code du travail est devenu un enjeu politique avec une volonté de réduction et de simplification. Il a fait l'objet ces 20 dernières années de nombreuses modifications et d'une renumérotation.

B/ Le droit de la sécurité sociale

La sécurité sociale fut créée en France en 1945. Elle repose sur un système de solidarité obligatoire face aux principaux risques de la vie qui font l'objet de branches de la sécurité sociale : branche maladie/vieillesse/accident/famille. Chaque branche est gérée avec la participation de représentants des assurés notamment les syndicats. La sécurité sociale est en grande partie financée par des cotisations sociales prélevées sur le travail.

Le droit de l'aide sociale : ce droit prévoit des secours publics pour les plus fragiles, les plus nécessiteux et cela en dehors de toute cotisation sociale. Au regard de leur situation. Notamment par le biais d'un revenu de solidarité active (RSA) qui a remplacé le RMI.

6/ D'autres matières

Le droit connaît un phénomène de complexification. Des matières qui se trouvaient dans le droit civil ont acquis leur autonomie. Cette évolution a conduit à l'adoption de codes distincts du code civil – droit commercial ou droit des affaires qui comporte lui-même différentes branches : droit des sociétés/ droit bancaire et boursiers/ droit des effets de commerce ou encore droit des entreprises en difficulté. À cela s'ajoute le droit de la consommation, le droit de la propriété intellectuelle, ou le droit maritime.

Il existe même des matières transversales qui ne relèvent pas spécifiquement du droit public ou du droit privé. Il en va ainsi du droit de la santé, ou du droit de l'environnement.

Partie 1 – Les caractères essentiels du Droit

28/09/18

Il faut d'abord saisir la place singulière du droit par rapport à d'autres systèmes normatifs. Il faut ensuite s'attarder sur les rapports complexes entre le droit et les faits. Il faut aussi s'intéresser à des composantes élémentaires du Droit, c'est-à-dire la règle de Droit et le raisonnement juridique. (cette manière particulière de penser) Plus généralement, on ne comprend bien ce qu'est le Droit qu'en décentrant la perspective, il faut s'intéresser aux autres systèmes juridiques pour comprendre le caractère relatif du sien, ce qui permet la discipline du droit comparé. L'étude du droit s'enrichit aussi grâce au décloisonnement disciplinaire et l'ouverture à d'autres matières. Maurice Hauriou « un peu de sociologie éloigne du Droit, beaucoup de sociologie l'y ramène »

Chapitre 1 - Le droit face à d'autres systèmes normatifs

Le droit constitue un **système normatif**, c'est-à-dire qu'il ne prétend pas décrire le monde tel qu'il est mais tel qu'il devrait être : il vise à imposer au monde social des prescriptions en fonction de buts et de valeurs. Le droit ne dit pas ce qui est, mais ce qu'il doit être. Le droit n'est pas le seul système normatif, notre monde et notre vie au quotidien contiennent de nombreux discours qui prétendent tout autant régir la conduite, la situation des individus. Il faut ainsi distinguer le droit de la morale, des règles de bienséance, de l'éthique ou encore de la religion, qui sont autant de systèmes normatifs.

I/ La morale

Elle édicte des normes de comportement, elle prétend dire ce qui est bien et ce qui est mal. Mais à la différence du droit, la morale **relève tout d'abord du fort intérieur** (la conscience individuelle). Il faut au moins être 2 pour faire naître et appliquer une norme juridique : ce qui souligne le caractère éminemment social du Droit.

L'opposition entre droit et moral ne veut pas dire que les 2 systèmes n'ont pas de règles communes – certaines règles juridiques n'ont rien à voir avec la morale (code de la route). D'autres règles juridiques expliquent bien et défendent des valeurs morales communément partagées par des membres d'une société. L'homicide est interdit aussi bien en morale qu'en droit. La notion juridique de « bonne mœurs » renvoie à un consensus social sur la décence, voire la morale sexuelle. De plus, les règles de droit ne parviendraient sans doute pas à s'imposer si elles se distinguaient/s'opposaient complètement des mœurs dominantes dans

une société donnée. Le droit défend, exprime des valeurs sociales et morales. Pour autant la morale ne se confond pas avec le droit.

Les règles morales ne permettent pas de requérir devant les tribunaux, ni de mobiliser la force publique pour les faire respecter. Les règles de morale ne sont pas en tant que normes, juridiquement sanctionnées. Il existe des sociétés où la contrainte morale est suffisamment forte pour permettre aux autorités publiques de sanctionner des comportements jugés immoraux. Il est vrai aussi que des normes morales sont sanctionnées, mais par des sanctions morales telles l'exclusion, la critique publique, la mise à l'index. Nous sommes tous juges et jugés cela s'appelle **le jeu social**.

II/ Les règles dites de bienséance

Elles **prescrivent des normes de comportement dans la vie sociale courante**. De telles règles de politesse relèvent ici du fort extérieur alors que les règles de morale relèvent d'abord du fort

intérieur. Là encore ces règles de politesse sont des normes sociales et relèvent de la liberté individuelle et non de la réglementation juridique. La sanction est sociale, relativement floue. C'est un facteur de discrimination sociale. Des personnes défavorisées qui ne respectent/connassent pas ces codes-là sont de fait stigmatisés.

III/ L'éthique

Ce terme a la même racine étymologique que la morale. Ce terme est à la mode, il y a une valorisation de l'éthique dans tous les domaines, il y a même des codes d'éthique/ de bonne conduite. Pourquoi ce succès de l'éthique ne se distingue pas beaucoup de la morale ? Plusieurs raisons :

- L'expression morale est aujourd'hui disqualifiée. Il y a une valorisation de l'éthique à mesure qu'il y avait une dévalorisation de l'expression morale.
- L'éthique est un concept mou, flou. Ça ne renvoie pas à quelque chose de précis et de rigoureux. L'éthique ne pose pas des interdits comme la morale mais elle définit de façon plus positive un bien, une finalité à accomplir, à rechercher.

Là où la morale interdit, prescrit, l'éthique encourage/ invite à faire ou ne pas faire. Voilà pourquoi de nos jours, à une époque où le management est mis en avant, les États mais aussi les administrations de codes d'éthique qu'elles peuvent appliquer de façon souple, voire ne pas appliquer.

- L'éthique permet l'appropriation de ces règles par ces destinataires. Exemple : dans le domaine médical, l'éthique permet l'appropriation de la norme à la fois par les patients et par les médecins.

L'éthique comme système normatif par sa souplesse colle assez bien aux aspirations contemporaines qui rejettent la contrainte, les interdits et souhaite participer de l'élaboration et de l'application des normes. Aspect plus libéral et démocratique dans le concept d'éthique que dans celui de la morale.

La seule limite de l'éthique : elle repose sur la responsabilité des acteurs. Là où l'éthique est impuissante, le droit ou la morale prennent le relai.

IV/ La religion

À l'évidence la religion est un système normatif, c'est l'un des plus anciens, il s'agit d'un système de croyances relatives à l'existence de Dieu. De ce système, découle des normes de conduites qui peuvent très strictes, mais également très précises. Selon l'article 1^{er} de notre Constitution (4 octobre 1958) la France est une République laïque. Les pouvoirs publics doivent respecter une stricte neutralité à l'égard des religions et croyances religieuses. À cet égard, le droit doit se

distinguer des normes religieuses. Le droit peut même s'opposer à des prescriptions religieuses notamment lorsqu'elles sont contraires aux droits et libertés fondamentaux. Le droit protège cependant la liberté de croyance et de culte. Si notre droit est laïc son inspiration libérale exige aussi que l'individu ou les communautés d'individus ne soient pas inquiétées, empêchées ou discriminées à cause de leurs croyances ou pratiques religieuses qui participent plus globalement de la liberté de penser et son corollaire les libertés d'opinion et d'expression : là la pensée en question est de type religieux.

➔ Droit et religion sont bien distincts, mais le dialogue est possible entre ces 2 systèmes normatifs.

La laïcité à 2 composantes :

- La neutralité et une indépendance des pouvoirs publics à l'égard des religions.
- La protection de la liberté de croire mais aussi de ne pas croire.

Le droit s'inspire de règles morales, il a besoin d'une justification et d'une légitimité morale sans quoi il n'obtiendrait pas l'adhésion des sujets de Droit. Le Droit se sépare néanmoins de la morale il a son propre système de sanctions, il s'écarte parfois de règles morales. Parfois le Droit peut adopter une règle qui soit en avance sur la morale (ex : abolition de la peine de mort où les citoyens étaient d'accord pour un maintien de la peine de mort). Les 2 systèmes coexistent, parfois s'affrontent. Rapports difficiles parfois entre Droit et religion.

La norme si elle est appliquée c'est qu'elle est devenue une norme juridique sinon elle peut être appliquée par les pouvoirs juridiques.

Chapitre 2 – Distinction du fait et du Droit

C'est une distinction fondamentale, elle est à la racine de tous système normatif, d'un point de vue pratique que d'un point de vue théorique.

I/ Point de vue pratique

La distinction entre le fait et le monde du devoir est récurrente dans notre système juridique. Elle est déterminante dans l'organisation du travail juridictionnel ainsi les juges suprêmes à savoir cour de cassation (judiciaire) et le Conseil d'État(administration) contrôlent la façon dont les juges « du fond » appliquent la règle de droit aux situations de faits dont ils sont saisis. En tant que juges de Cassation ils contrôlent la qualification juridique des faits = l'opération par laquelle les juges/les

juristes rangent un certain fait donné sous une catégorie juridique préexistante pour lui appliquer certaines conséquences de Droit.

Exemple : la faute c'est une notion juridique.

Cependant les juges de cassation, laissent en principe aux juges du fond l'appréciation des faits. On distingue ici qualification et appréciation.

- Les juges de cassation : sont juges en droit
- Les juges du fond : sont juges des faits.

Par ailleurs, parmi l'ensemble des faits certains sont dits « juridiques » on parle de faits juridiques quand ils produisent des effets de droit. On parle par exemple, d'un fait de l'homme tel la naissance d'un enfant qui crée une obligation juridique d'éducation et d'entretien ou tel un accident de la circulation qui crée une obligation de réparation pour son auteur. Ces faits juridiques créent par leur survenance même des droits ou des obligations. On les distingue ces **faits juridiques**, des **actes juridiques**. Ils sont quant à eux des manifestations de volonté, en vue de produire des effets de droit. (ex : des contrats, décisions administratives) Dans le fait juridique les conséquences juridiques n'ont pas été nécessairement voulues. À l'inverse, dans l'acte juridique il y a la volonté expresse/consciente de produire des effets.

II/ Plan théorique

Au plan théorique il s'agit de regarder la façon dont le droit et les faits s'articulent. On dit souvent que le droit doit s'adapter aux faits.

Le droit n'ignore pas les évolutions de la société à laquelle il s'applique, il prend en compte l'évolution des mentalités et les problèmes nouveaux qui s'y posent. Le droit a aussi une **fonction normatrice**. Il institue, il instaure un certain état de fait. Les normes juridiques visent par exemple à rendre la société moins violente, à créer de la stabilité et de la confiance. Dire que le droit doit suivre les faits c'est ruiner l'ambition normatrice du droit. Inversement, le droit s'applique aux faits et s'adapte. Tout l'enjeu est de savoir dans quelle mesure un fait doit être permis ou interdit par le droit. Par ailleurs, même si le droit se contentait d'enregistrer certains faits la règle posée entraînerait une modification de ces faits.

Exemple : la légalisation de drogue douce. Cette légalisation peut provoquer un accroissement de la consommation de drogues plus dures, la violation de l'interdit étant recherché par certains. De même la légalisation de l'euthanasie conduira sans doute à l'apparition de nouveaux contentieux, une personne pouvant reprocher au corps médical d'avoir mis fin aux jours d'un parent.

- ➔ La norme juridique ne se contente pas de saisir les faits tels qu'ils sont, elle leur confère aussi une légitimité qui joue aussi sur les rapports sociaux.

Chapitre 3- La règle de droit

5/10/18

I/ Les caractéristiques de la règle de droit

On dit que la règle de droit est générale, impérative et stable dans le temps. Le conseil constitutionnel a aussi exigé qu'elle soit intelligible et qu'elle ait une portée impérative, normative.

1/ La généralité de la règle de droit

Traditionnellement, la règle de droit s'adresse à tous les sujets de droit, à tous les citoyens, à des catégories d'individus définis abstraitement. Il y a toujours eu des décisions individuelles, *exemple* : une nomination ou une sanction. Mais ces décisions sont alors des mesures d'application de règles de droit, de portée générale. Une règle de droit a en principe une portée générale, elle est faite pour régler les cas les plus nombreux. De nos jours, cet objectif n'est plus vraiment respecté. On fait des règles de droit pour des groupes de sujets de plus en plus limités soit pour les favoriser, soit pour les sanctionner.

Or, pour être légitime une règle de droit doit présenter une certaine généralité ce qui garantit une égalité de traitement par opposition à un régime de privilèges. À ce titre, il faut distinguer le droit de l'équité.

- **L'équité** : permet de corriger la rigidité du droit. Selon l'adage « *summum jus summa injuria* » ; le droit le plus strict, l'injustice la plus grande.

Si l'application stricte de la règle de droit conduit à une injustice l'équité permet de l'adapter aux cas particuliers. Le droit lui-même permet à l'occasion, de prendre des décisions en équité. *Par exemple* : selon l'article 270 du code civil, suite à un divorce un époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire pour limiter la disparité de revenu suite au divorce. Toutefois, le juge peut refuser d'accorder cette prestation si l'équité le commande. *Par exemple* : quand le divorce est prononcé aux torts exclusifs de l'époux qui demande la prestation. L'article 1194 du code civil prévoit que le juge peut ajouter dans un contrat une obligation que les parties n'ont pas expressément prévus. Les contrats obligent à ce qu'il y est exprimé mais encore à toutes les suites que l'ordonne l'équité, l'usage ou la loi.

→ L'équité est alors prévue et encadrée par le droit.

2/ Le caractère impératif de la règle de droit

A/ Un caractère classique

Ce caractère est traditionnel, il existe des règles dites supplétives c'est-à-dire que l'on peut volontairement écarter, ou encore des règles dites « dis positives » qui exigent pour leur application une manifestation de volonté : elles ne s'appliquent que si les sujets intéressés exigent leur application. Toutefois le droit prévoit de telles règles et si la volonté se manifeste la règle choisie s'applique dans toute sa rigueur. Elle n'en est pas moins impérative.

Le caractère impératif du droit ne permet pas, cependant de comprendre la règle de droit. Si une règle juridique est respectée, ce n'est pas seulement parce qu'elle s'impose, il faut voir comment elle parvient à s'imposer.

- 1^{ère} façon de l'expliquer : c'est de recourir à la **sanction** dont les règles sont assorties par le système juridique. La règle juridique est souvent accompagnée d'une sanction qui organise les conséquences diverses d'une éventuelle transgression. *Exemple* : utilité d'un acte juridique. On parle de rapport d'imputation. Si A commet un crime alors s'applique B (la sanction). **La sanction désigne toute conséquence liée à la transgression d'une règle. Elle garantit le respect de la règle et lui confère un surcroît d'efficacité.**

La sanction a une double fonction de rappel à l'ordre de façon préventive, une sanction dissuasive mais également une fonction de reconnaissance de la règle. Le problème de cette façon de voir : c'est que dans le cas de non-respect du droit, non seulement la règle de droit perd une de ses caractéristiques et cette absence donne un sentiment d'impunité.

Le droit finit par se confondre avec la sanction : il y a du droit quand il y a de la sanction, mais faute de sanction il disparaît tel quel. Cela conduit in fine, à confondre le droit avec les faits (ce qui est vraiment).

➔ Voilà pourquoi le critère de la sanction pour identifier la règle de droit est insuffisant.

B/ Un critère limité

La sanction est **polysémique**.

- Elle peut désigner la **conséquence effective** d'une transgression c'est le cas à chaque fois que les pouvoirs publics recourent à des actes de contrainte. Les définitions classiques du droit insistent sur la présence de l'État comme garant ultime de l'obéissance au droit grâce à son monopole de la violence légitime.

Si la sanction est simplement définie comme contrainte elle ne permet pas toutefois d'expliquer le fonctionnement quotidien, concret de notre système juridique. Toutes les normes de droit ne sont pas effectivement sanctionnées. D'une part, elles ne sont pas toutes assorties d'une sanction.

D'autre part, la contrainte n'est pas toujours indispensable pour que le droit soit respecté.

L'intervention des juges est très loin d'être systématique, elle intervient d'ailleurs dans un contexte que l'on dit « pathologique du droit ». Cette nécessité d'une contrainte pour expliquer la

normativité du droit est d'ailleurs problématique, le devoir être juridique s'expliquant alors par un fait celui de la **coercition**.

Nous sommes des êtres routiniers et des animaux sociaux donc par habitude on respecte les règles, sans réfléchir.

→ La règle permet d'anticiper les choses, d'avoir confiance dans le comportement d'autrui.

C/ Un critère secondaire

La sanction peut néanmoins s'entendre aussi comme la conséquence potentielle et non effective de la transgression d'une règle. Ce sens se distingue de la sanction comme contrainte ou coercition effective. On insiste alors sur la possibilité d'une sanction.

Toutefois, même envisagée comme simple menace la sanction ne permet pas de rendre compte/ de comprendre le phénomène d'obéissance au droit.

Toutes les règles ne sont pas susceptibles d'être concrètement sanctionnées et il est impossible de placer un policier derrière chaque individu.

→ La sanction joue donc un rôle limité.

Il faut rechercher l'explication ailleurs. La sanction peut être envisagée dans son rapport avec l'ensemble du système juridique. Elle joue un rôle de garantie mais en tant qu'elle se rattache à un système institutionnel. C'est ce rattachement qui permet de la différencier d'autres types de sanctions sociales, morales ou religieuses. C'est le système juridique qui permet de dire qu'une autorité est habilitée à dire le droit et donc éventuellement à prononcer une sanction. Ce faisant, la sanction est moins la cause de l'obéissance au droit que l'une de ses conséquences.

Derrière la sanction, il y a l'ordre juridique lui-même. Autrement dit, le critère du droit réside surtout dans la légitimité d'une parole ou d'un discours institué c'est-à-dire d'une autorité habilitée à dire le droit. Si le juge peut dire le droit c'est que l'ordre juridique (qui le dépasse) lui confère cette habilitation. Au fond, l'explication ici ne se trouve pas dans la contrainte effective ni même dans la possibilité d'une contrainte mais d'abord dans la reconnaissance dont bénéficient les autorités habilitées à dire le droit.

Pour qu'une règle soit obéie il faut que les individus reconnaissent la légitimité de l'autorité qui énonce la règle ou de celle qui est chargée de sa sanction. La parole des autorités habilitées supplante alors les autres formes du discours normatif.

→ Le droit assure alors une fonction de **structuration des relations sociales**. C'est donc le système institutionnel dans son ensemble qui fonde ici la spécificité de la règle de droit bien plus que le contenu de la règle de droit qui est variable. Une même règle peut être prescrite par des discours normatifs divers.

3/ La stabilité de la règle de droit

La règle de droit se caractérise aussi par sa **permanence**. De nos jours, la succession des réformes et le bouillonnement législatif rendent ce qualificatif inexact. Avant même qu'une loi entre en vigueur, en l'absence de décrets d'application nécessaires, elle est parfois déjà réformée. La stabilité de la règle de droit est aussi menacée avec l'apparition de lois expérimentales c'est-à-dire à durée déterminée.

Désormais l'exigence de permanence est garantie et se confond avec le principe de sécurité juridique qui impose une stabilité et une prévisibilité des règles de droit. **La sécurité juridique** est devenue une exigence de tout système juridique. Si les règles évoluaient en permanence sans cohérence, visibilité, nul ne pourrait plus se fier au droit. La sécurité juridique est une condition de l'efficacité et partant de la légitimité du droit.

Cette stabilité ne veut pas dire cependant que le droit doit rester figer, il peut évoluer en fonction des besoins sociaux, mais l'évolution ne doit pas être trop brutale ou inattendue.

Dans notre système juridique le pouvoir réglementaire peut modifier ou abroger une réglementation en vigueur. Les administrés n'ont pas un droit au maintien de la réglementation existante. Toutefois, cette modification peut nécessiter des dispositions transitoires afin de permettre au nom de la sécurité juridique, aux destinataires de la règle nouvelle, de l'adopter et d'anticiper leur future situation. Cette exigence a été posée par le conseil d'État, dans son arrêt d'assemblée du 24 mars 2006 « société KPMG ». Dans son arrêt « société tropic travaux signalisation » de 2007 le conseil d'État s'est aussi reconnu le pouvoir de déterminer la date d'effet de la nouvelle règle jurisprudentielle qu'il dégage notamment pour ne pas porter une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours.

→ Il détermine donc à une date future l'application de la nouvelle règle.

Dans son arrêt « association AC ! » de 2004, il est revenu sur le caractère rétroactif de l'annulation contentieuse d'un acte en décidant que cette annulation ne pourrait prendre effet qu'à compter de sa décision voire à une date future sans remettre en cause ses effets passés.

L'impératif de stabilité juridique prend aussi la forme du principe de protection de la confiance légitime. Ce principe de confiance légitime, est la face subjective de la sécurité juridique c'est-à-dire du point de vue de ses destinataires. Il arrive que des institutions publiques donnent des renseignements, voire des assurances aux sujets de droits quant au droit applicable. Les intéressés peuvent s'attendre à la stabilité du droit.

Si, les attentes légitimes quant à l'état du droit, sont finalement déjouées la confiance légitime peut être invoquée à certaines conditions. Le **principe de confiance** légitime a été consacré en droit de l'Union européenne et dans le droit de convention EDH. Il a fait une apparition dans la jurisprudence du conseil constitutionnel qui a affirmé que le législateur ne pouvait sans motif

d'intérêt général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises, ni remettre en cause les effets qui peuvent être légitimement attendus de telle situation. Récemment la loi du 10 août 2018 « pour un État au service d'une société de confiance » a créé pour les administrés un droit à régulation en cas d'erreur. Un usager qui se trompe dans ses déclarations à l'administration n'encourt pas de sanctions sauf exceptions, lors d'une première erreur et si elle est commise de bonne foi. C'est à l'administration de démontrer en outre, la mauvaise foi éventuelle de l'utilisateur. Il s'agit là d'une mesure de confiance qui permet aussi une plus grande sécurité pour les administrés.

4/ Le caractère normatif de la règle de droit

Dans une décision importante du 21 avril 2005 sur « la loi d'orientation et de programme pour l'avenir de l'école » le conseil constitutionnel a jugé que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative ». Il a dans cette décision censuré certaines dispositions de la loi qui se bornaient à énoncer des objectifs généraux ou abstraits. Il a censuré les dispositions « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves » ou encore « l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leur talent ». Ce sont là des objectifs qui sont dépourvus de portée normative. Le législateur ne doit pas utiliser la loi comme d'une tribune politique et médiatique. Il doit s'assurer que ses textes sont suffisamment précis, rigoureux et clairs pour être appliqués et respectés.

Toutefois, la jurisprudence du conseil constitutionnel peut être délicate à mettre en œuvre. L'activité des juristes a souvent consisté à faire avancer/évoluer le droit par des formules qui à l'origine n'avaient pas de portée normative évidente.

Exemple : le préambule de la constitution de 1946, il dispose que chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Si cette disposition reste encore difficilement applicable dans toute sa rigueur, le conseil constitutionnel a réussi à en déduire des règles positives.

Des textes juridiques généraux et vagues peuvent être parfois déterminés, la forme juridique n'est pas réductible au commandement, ni à des prescriptions/ interdictions ou permissions. Le droit peut comporter une part d'abstraction et même d'idéal.

En réalité, il suffit qu'un texte, un discours soit susceptible de constituer une référence juridique, même assez vague les acteurs juridiques peuvent alors s'en saisir pour lui faire produire des conséquences concrètes.

II/ Les différents types de règles du droit

La formulation la plus courante de la règle de droit consiste à rattacher une conséquence juridique à une certaine situation.

Exemple : toute personne qui cause un dommage à autrui doit le réparer. La règle contient ainsi un présupposé des conditions de son application et une conséquence. Les règles prescrivent alors un comportement/ une conduite à suivre, incitant les sujets de droit à les respecter le cas échéant, sous peine de sanction. Toutefois les textes juridiques contiennent aussi des dispositions d'un autre type. Certains codes contiennent des articles de définition qui permettent de préciser la signification et les conditions d'application d'une règle. *Exemple* : l'article 1702 du code civil précise que « l'échange est un contrat par lequel les partis se donnent respectivement une chose pour une autre. »

De même le code civil définit le pacte civil de solidarité = PACS conduit par 2 personnes physiques, majeures, de sexe différent ou de même sexe pour organiser leur vie commune. Ces textes ne comportent aucune prescription de comportement, ni droit, ni obligation. Ils se contentent de définir un acte, qui permettra d'appliquer un régime juridique correspondant.

Dans le droit des sociétés démocratiques et libérales, on notera que les textes posant des interdictions sont néanmoins plus fréquents que les textes qui autorisent des comportements. On pourrait s'étonner, en réalité cela traduit un régime favorable aux libertés. Le principe est en effet que tout ce qui n'est pas interdit est autorisé, et que les personnes ont en pratique une plus grande liberté d'agir. Au contraire, dans les sociétés autoritaires l'interdit est la règle, et la liberté est l'exception.

Par ailleurs, toutes les règles de droit ne se trouvent pas dans des textes. *Par exemple* : il existe des principes généraux du droit qui ne sont pas formulés dans des textes mais qui sont affirmés et appliqués par des juges lorsqu'aucune règle précise ne concerne un cas litigieux. L'ensemble formé par les règles écrites et les principes généraux du droit constituent un maillage suffisamment dense pour qu'il n'existe en principe aucun vide juridique. En principe, les juges trouvent toujours des réponses aux questions de droit dans l'arsenal juridique. Dans le cas inverse, il serait passible du délit de déni de justice.

Les principes généraux du droit prennent souvent la forme d'adages que la Cour de cassation formule dans les « visas » (sa décision). L'un des théoriciens du droit interne les plus importants :

Herbert Hart XXe siècle Le conseil de droit a distingué 2 types de règles :

- Règles primaires
 - Règles secondaires
-
- **Les règles primaires** : posent des obligations/ des devoirs pour les individus
 - **Les règles secondaires** : permettent de faire fonctionner le système juridique en précisant la façon dont les règles primaires doivent être appliquées, produites, modifiées ou supprimées. Elles posent notamment les conditions de validité des règles primaires.

III/ La linguistique juridique

1/ La spécificité du vocabulaire juridique

Le droit pouvait à priori être conçu comme une discipline littéraire. Il utilise en effet, les mots, les expressions de la vie courante. Toutefois, il emploie aussi des termes techniques. *Exemple* : « usucapion », « novation ».

« usucapion » : forme de prescription acquisitive, l'acquisition d'un droit de propriété.

« subrogation » : règle selon laquelle une personne ou une chose est substituée à une autre dans un rapport juridique.

« action paulienne » : une action spécifique engagée par un créancier contre son débiteur.

« synallagmatique » : ça se dit d'un contrat dans lequel les parties s'obligent l'une envers l'autre et où une prestation est considérée comme la cause juridique d'une contre-prestation.

Même des notions courantes dans le langage ordinaire peuvent s'éloigner du sens juridique.

Exemple : un meuble, un immeuble, un cas de force majeure, un cas fortuit, un lien de causalité, une récompense -> ces mots prennent un sens particulier en droit.

Les juristes utilisent aussi le latin. *Exemple* : on parle « *lex mercatoria* » pour désigner les règles générales qui s'appliquent au contrat du commerce international, et qui s'appliquent quand les parties à ce contrat conviennent à s'y soumettre.

« *lex loci delicti* » : qui est la loi applicable aux lieux de la cause.

« *lex fori* » : qui est la loi applicable où se trouve la juridiction compétente.

« *de cuius* » : signifie le défunt.

« *errans* » : celui qui s'est trompé.

La disparition d'un terme juridique a d'importantes conséquences. *Exemple* : suite à des réformes ont disparu du code civil (de la loi) les qualificatifs d'enfant naturel, ou d'enfant légitime ou de l'enfant adultérin. Le patronyme a été remplacé par le nom de famille, de même la puissance paternelle est devenue l'autorité parentale. Le standard du bon père de famille a été remplacé par celui de « personne raisonnable ». Des disparitions ou modifications ont aussi leur importance qui attestent de la symbolique des termes juridiques.

La précision du vocabulaire juridique est **cruciale**. Les termes d'un texte juridique sont souvent des qualifications juridiques qui déclenchent l'application de règles de droit. Il faut aussi, utiliser un vocabulaire précis. *Exemple* : on dit que la loi « dispose » ou qu'elle « énonce, prescrit » éventuellement qu'elle « prévoit » ; on dit qu'un contrat qu'il « stipule ».

- Les tribunaux rendent des **jugements**,
- Les Cours (cour d'appel, cour de cassation, cour de justice européenne) ou juridictions suprêmes rendent des **arrêts**.
- Pour le Conseil constitutionnel on parle toujours de **décision**.
- Les juges uniques (juge aux affaires familiales, juge de la mise en état, juge des référés) rendent des **ordonnances**.

On dit en droit qu'une décision est fondée et non basée. On parle de consort pour désigner des personnes unies par des liens familiaux et qui intentent ensemble une action en justice. On parle il « échet » pour dire « il convient de ». Loi du 12 mai 2009 : a simplifié et clarifié un certain nombre d'expressions.

→ Le droit existe d'abord dans les mots.

2/ L'importance du style juridique

Le style juridique est original. Des textes juridiques ne sont pas tous rédigés à l'impératif ni sur le mode de l'injonction. Ils sont souvent rédigés au présent de l'indicatif. MAIS l'indicatif se comprend en droit comme un impératif. La linguistique est dès lors précieuse pour analyser les discours juridiques. La théorie des actes de langage issus des travaux de **John Austin** a démontré que « dire c'est faire. »

En droit, le travail des juristes porte non seulement sur des énoncés mais aussi sur les actions d'énoncer. **Austin** a forgé une « théorie des énoncés performatifs. » En droit tout particulièrement, les énoncés linguistiques ont une autre fonction que celle de décrire le monde, de dire ce qui est. Le performatif (juridique) est une énonciation qui réalise une action en parlant. *Exemple* : « la séance est ouverte ». Ce faisant de telles énonciations peuvent être vraies ou fausses mais elles peuvent surtout réussir ou échouer.

Le style juridique dépend aussi de l'autorité ou de l'auteur qui l'emploie. Longtemps, le style législatif fût connoté positivement. *Exemple* : **Stendhal** a écrit **La Chartreuse** en lisant chaque matin 2 ou 3 pages du Code civil pour s'inspirer de la clarté, limpidité du code civil. Cela est beaucoup moins vrai aujourd'hui. Les lois sont devenues plus techniques, elliptiques et illisibles.

Le style administratif il est réputé être plus sec voire déshumanisé.

IV/ La codification en droit

Le droit est souvent rédigé sous formes de codes, c'est une forme très ancienne qui remonte à l'Antiquité. Un code n'a pas en lui-même une valeur juridique, il s'agit d'un ouvrage qui réunit dans un même ensemble différents textes qui eux seuls ont valeur juridique.

Les avantages d'un code sont évidents. Ils donnent une cohérence à la matière, il rend le droit plus accessible et compréhensible notamment pour les justiciables. Toutefois, on a aussi reproché au code de rigidifier le droit.

Au XIXe siècle : une célèbre controverse a opposé le **juriste Thibaut** partisan de l'élaboration d'un code civil allemand au **juriste Savigny** fondateur de l'école historique. Le 1^{er} inspiré du modèle français (Thibaut) était favorable à une rationalisation du droit, tandis que le second (Savigny) était favorable au maintien des coutumes et à l'idée que les lois devaient évoluer avec les peuples, et ne pas se figer dans les codifications. Toutefois, la codification n'a jamais empêché des modifications régulières des textes.

De nos jours, le nombre de codes a explosé notamment les codes administratifs qui intéressent des domaines très divers. *Exemple* : le code de la santé publique, le code de l'environnement, le code des relations entre le public et l'administration qui intéresse les procédures administratives non contentieuses, le code de justice administrative et le code de l'organisation judiciaire, le code de la consommation, le code de la propriété intellectuelle. La codification est propre à notre système juridique, qui appartient à la famille romano-germanique.

Chapitre 4 – Le raisonnement juridique

Le droit c'est aussi un art de l'argumentation. Devant les juges il faut convaincre du bien-fondé, de sa cause, la conviction est souvent nécessaire pour justifier une solution et plus largement légitimer le droit.

I/ L'opération de qualification juridique des faits

La qualification est une opération centrale dans le raisonnement juridique. Elle consiste à faire entrer un fait ou ensemble de faits dans une catégorie juridique préexistante afin de déclencher l'application d'un régime juridique. Exemple : un comportement peut être qualifié de « fautif ». De même un individu peut être qualifié de « salarié » ou de « travailleur indépendant », de « personne majeure ou mineure », de « père ou de mère ».

Il en résulte d'importantes conséquences juridiques. *Exemple* : l'auteur d'un propos diffamatoire doit être sanctionné. De même celui qui a causé à autrui un dommage par sa faute doit le réparer.

Qualifier c'est donner un sens juridique à une situation ou une chose. C'est l'opération élémentaire du juriste, elle traduit dans le droit la réalité du monde. Elle permet le passage des faits au droit pour que le droit s'applique aux faits. Les qualifications laissent néanmoins aux juristes et aux juges une **marge d'appréciation** +/- grande. Certes, un juriste ne peut exagérément déformer une catégorie juridique MAIS selon la consistance de cette catégorie sa liberté d'appréciation sera +/-

grande. Comme l'écrivait Giraudoux dans La guerre de Troie n'aura pas lieu écrit « le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination ». Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. Attention toutefois, le travail de qualification a ses limites, l'utilisation d'une qualification doit être **plausible**. L'abus d'une qualification peut conduire à une délégitimation du droit avec la qualification de « terroriste ».

Il arrive aussi qu'une situation de fait soit atypique, elle n'entre dans aucune catégorie préexistante. Les juristes qui détestent le vide tentent malgré tout de la faire entrer dans une qualification. Voilà pourquoi, la justice notamment préfère disposer de règles générales et abstraites. Au pire, ils forgeront de nouvelles catégories juridiques plus adaptées. Parfois, le droit permet une telle créativité. C'est le cas avec des contrats atypiques que l'on dit « sui generis » c'est-à-dire « unique en leur genre ». Cela permet aux parties contractantes des montages juridiques laissés à leur liberté. Pour les juges, il constitue néanmoins d'authentiques contrats.

Il existe également des fictions juridiques où la qualification permet de créer des objets qui n'ont pas de correspondance avec les faits. *Exemple* : la notion de « personne morale ». En droit, les personnes morales existent au même titre que les personnes physiques.

La qualification suppose des catégories et des classifications juridiques permettant de nommer les choses. En droit nommer c'est aussi normer. Faire du droit exige un travail de définition et de classification rigoureuse.

II/ La logique juridique

La formulation du droit obéit à une logique. Elle peut prendre différentes formes, la plus classique étant le syllogisme.

1/ Le syllogisme

On attribue cette figure de rhétorique à Aristote : le père de la logique occidentale. Le syllogisme est une démonstration en 3 temps :

- 1) La majeure : l'affirmation d'une règle
- 2) La mineure : décrit un fait
- 3) La conclusion : qui donne le résultat de l'application de la majeure (c'est-à-dire la règle) à la mineure (c'est-à-dire aux faits)

On retrouve cette structure dans la formule « Tous les hommes sont mortels, or Socrate est un homme, donc Socrate est mortel ».

Il faut se méfier des sophismes, des argumentations qui partent de prémisses vraies en apparence et qui aboutissent à des conclusions inexactes voire absurdes. En Grèce antique, les sophistes étaient à l'origine des professeurs d'art oratoire, des rhéteurs qui enseignaient l'art d'obtenir la

persuasion par le maniement des mots et des raisonnements. Ils furent notamment dénoncés par Platon dans ses Dialogues où ils critiquaient **Georgias** voire **Protagoras**.

On trouve un exemple de limite du syllogisme dans le célèbre paradoxe du menteur attribué généralement à **Épiménide**. Selon ce paradoxe si un Crétois dit que tous les Crétois sont des menteurs soit il dit la vérité mais alors comme il est Crétois lui-même -> il ment. Soit il ment puisqu'il est Crétois mais alors tous les Crétois étant des menteurs il dit aussi la vérité. Le logicien **Bertrand Russel** a tenté de résoudre ces paradoxes dans sa « théorie des types » qui distingue dans un énoncé différents niveaux de validité. *Exemple* : on peut exclure l'auteur de l'énoncé de son champ de validité.

On a aussi dénoncé le caractère artificiel du syllogisme tel qu'il est employé par les juristes. Dans la pratique les juristes notamment les juges procèdent souvent par syllogisme inversé. Il détermine d'abord la solution à laquelle ils veulent aboutir (ils posent d'abord la conclusion) pour en déduire ensuite à partir des faits de l'espèce (la mineure) la règle de droit. (la majeure) -> c'est l'inverse ils partent de la conclusion pour aller à la majeure.

En réalité, la solution juridique à un litige est rarement unique. Le droit n'est pas un procédé mécanique à la résolution des litiges. L'important est de pouvoir construire un raisonnement valable justifiant la solution. Le raisonnement syllogistique permet de démontrer qu'une solution proposée est possible dans le système juridique. L'enjeu est alors de convaincre de la validité du raisonnement syllogistique.

2/ La logique déontique

La **logique** s'inspire des modèles mathématiques. Le type logique le plus proche du droit est la logique formelle et déontique (du grec déontos = devoir). Celle-ci consiste à ajouter des modalités à une proposition pour en modifier le sens. La logique classique distingue le nécessaire, le contingent, le possible et l'impossible.

La **logique déontique** se concentre quant à elle, sur les 4 contenus possibles d'une norme :

- 1) L'obligation
- 2) L'interdiction
- 3) La permission
- 4) La faculté

Elle permet de concevoir les différentes constructions de la règle de droit.

III/ L'interprétation en droit

Le droit est encore un art de l'interprétation. Toute règle ou principe peut être interprétée en des sens différents. Il y a nécessairement un écart entre la règle abstraite et le cas précis auquel il convient de l'appliquer. *Exemple* : le code pénal définit le vol comme la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Cette règle peut donner lieu à de multiples interprétations ; y-a-t'il vol si un individu s'empare momentanément de la chose d'autrui puis la restitue ? Que penser de celui qui prend par mégarde la chose d'autrui ? Pour qu'il y ait vol il faut qu'il y ait une intention de voler. Qu'est-ce que la chose d'autrui ?

Dans toute règle il y a une marge d'interprétation. L'important c'est qu'il n'y ait pas arbitraire de l'interprète. Pour conserver la légitimité du droit il convient de reconstituer un raisonnement afin de montrer que l'interprète n'excède pas son pouvoir et qu'il rend une décision conforme au droit. Se pose néanmoins le problème de **la valeur de l'interprétation**. *Exemple* : lorsque le Conseil constitutionnel interprète la Constitution, son interprétation dans sa décision est-elle elle-même de valeur constitutionnelle ? Si on répond de façon positive cela signifie que le juge constitutionnel a le pouvoir de créer de nouvelles normes constitutionnelles. Si on répond par la négative, on limite fortement le rôle et l'autorité du Conseil.

1) Les méthodes d'interprétation

Une interprétation sert à déterminer la signification d'un texte afin de pouvoir l'appliquer. Si un texte est obscur plusieurs méthodes peuvent être utilisées, celle-ci peut varier suivant les matières. Le droit pénal est d'interprétation stricte. Le juge doit s'en tenir à la lettre du texte et surtout ne pas en élargir la portée. Il s'agit là de protéger les citoyens contre des interprétations extensives d'incrimination et de sanction.

Dans les autres matières c'est différent. En droit civil longtemps a prévalu la **méthode exégétique**. Elle consiste aussi à s'en tenir à la lettre du texte mais elle permet aux juristes de s'appuyer sur l'organisation générale d'un texte, sa construction grammaticale, son vocabulaire voire d'opérer une sortie du texte pour se référer aux travaux préparatoires de celui-ci. Cette méthode privilégie néanmoins l'intention de l'auteur du texte. Elle vaut surtout pour des textes anciens. Mais plus la loi est ancienne, plus elle doit être adaptée. Avec le temps, l'intention de l'auteur perd de sa pertinence. L'interprétation peut alors devenir téléologique : c'est-à-dire qu'entre plusieurs interprétations possibles le juriste choisit celle qui coïncide le plus à l'objectif de l'arrêt.

L'interprétation peut être **évolutive**, l'interprète s'efforce d'adapter le texte au contexte contemporain. Le juge veille à ne pas modifier de façon trop profonde la signification d'une règle. Ce pouvoir relève du politique. Malgré tout, les juges font parfois preuve d'audace et sous couvert d'interprétation ils procèdent parfois à des évolutions décisives. (le rôle de la jurisprudence)

2) Les techniques d'interprétation

Les principales techniques sont les suivantes :

- **Interprétation par analogie** : lorsqu'un texte prévoit une solution pour un cas particulier et qu'on l'applique à un cas analogue ou similaire. (ce qui vaut pour A vaut pour B dès que A=B)
- **Interprétation a contrario** : lorsqu'un texte prévoit une solution pour un cas et qu'on applique la solution inverse à un cas opposé.
- **Interprétation a fortiori** : si un texte prévoit une solution pour un cas particulier et qu'on applique cette solution dans un cas encore plus caractérisé.

Il existe aussi des maximes juridiques relatives à l'interprétation. *Par exemple* : pour rendre compatible 2 lois qui semblent a priori se contredire. On peut dans un tel cas déterminer si l'une des 2 lois n'a pas un champ d'application + large que l'autre. Dans ce cas, la loi dite « spéciale » peut déroger à la loi plus générale. À l'inverse, les lois générales ne dérogent pas et cèdent devant les lois spéciales.

Chapitre 5 – le droit comparé

19/10/18

Comparer des droits permet d'abord de comprendre son propre droit. La connaissance des autres systèmes juridiques permet notamment de saisir « ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident » **Pierre Legendre**. Le droit comparé est aussi un outil pratique, l'examen des solutions adoptées dans d'autres pays est source d'inspiration. Attention, il ne faut pas considérer un système juridique comme une simple juxtaposition de solutions et de techniques que l'on pourrait directement transplanter dans un autre système juridique. Le droit dépend des procédures qui permettent sa mise en œuvre et surtout de la culture dans laquelle il est pensé, et pratiqué.

Le droit comparé n'est pas une simple boîte à outils. Comparer les droits exige de saisir les règles à partir de leur contexte institutionnel, politique et culturel. La solution qui vaut pour un pays ne fonctionne pas nécessairement dans un autre.

1) Les droits continentaux

Dans les pays occidentaux, on distingue traditionnellement **les pays de droit continental** (notamment le droit allemand, le droit français, le droit italien) **aux pays dits de « Common law »** comme le droit britannique ou américain.

Les droits continentaux trouvent leur origine dans la systématisation du droit romain telle qu'elle a été opérée à l'époque médiévale. Il s'agit d'un droit romain tardif, repris notamment sous l'égide de l'Église. À l'époque les juristes étaient principalement des clercs. La tradition romano-germanique ne se limite pas à l'Europe continentale. Elle a essaimé dans d'autres pays, ceux qui ont été colonisés comme en Amérique Latine, en Afrique et certains pays du monde arabe. Cette tradition se caractérise par la recherche d'une structuration poussée des règles juridiques au travers du droit écrit.

A) *Le droit allemand*

Par exemple : le droit allemand est issu de coutumes nombreuses et anciennes, mais il a été transformé par la réception du droit romain grâce au Digeste ou pandectes c'est-à-dire une vaste compilation de la jurisprudence romaine publiée par l'empereur **byzantin Justinien** en l'an 529 après JC. Les juristes allemands ont constitué une authentique science juridique inspirée du droit romain. Cet effort fut conduit jusqu'au XIXe siècle avec l'École historique allemande. Apparue dans les années 1840, elle s'est opposée à l'universalisme des auteurs classiques, en rejetant l'idée de textes de lois dissociés dans leur élaboration et leur application du contexte historique, social, culturel ou encore linguistique. Les auteurs de cette école voulaient s'appuyer sur un droit issu de la conscience populaire, ils s'opposaient, ces juristes à l'idée de codification, qui aurait fait perdre son originalité historique au droit allemand.

Malgré tout, sous l'effet de l'exemple français (France incarnant modernité à l'époque) la codification du droit allemand s'est amplifiée notamment avec **la création de l'Empire en 1871** et l'adoption du Code civil allemand. C'est un code assez technique fait par des juristes pour des juristes. De nos jours le droit allemand est toujours perçu comme un droit savant et doctrinal.

La République de Weimar (1919-1933) a fait place au régime nazi, qui a entrepris de supprimer toute trace du droit romain perçu comme une influence étrangère au profit d'un retour aux origines mythiques du peuple allemand, purgé de tout élément étranger. Le droit national socialiste (le droit nazi) fut un instrument d'une idéologie raciale et totalitaire. Les nazis rejetaient les systèmes juridiques perçus comme individualistes et formalistes. C'est d'ailleurs l'une des énigmes du nazisme : à savoir la prétention d'instituer un droit au soutien d'un système politique injustifiable et qui rejetait le concept de droit classique.

On peut se demander si un système qui nie les principes essentiels du droit notamment la reconnaissance même et le respect de la personne humaine, peut être qualifié d'État de droit ? Pour se protéger, se prémunir contre un retour aux horreurs nazies la **Constitution allemande de 1949 dite aussi « Loi fondamentale »** a doté le pays d'un système de protection des droits fondamentaux particulièrement développé avec notamment une Cour constitutionnelle fédérale qui siège à Karlsruhe et qui est sans doute l'une des + prestigieuses en Europe.

La loi fondamentale consacre aux droits fondamentaux ses 19 premiers articles, qui sont une liste de tous les droits fondamentaux protégés. Elle précise les droits qui lient les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires, et les définit comme droits directement applicables et fondamentaux. Ils sont doublement fondamentaux :

- Ils sont premiers dans la hiérarchie des normes
- Ils sont au fondement de l'État et du droit.

La finalité de l'État c'est de promouvoir, de défendre et de s'abstenir de porter atteinte aux droits fondamentaux.

La volonté du constituant a été de fonder l'État sur ces droits et de faire en sorte que tout individu puisse les invoquer à l'encontre de la puissance publique. Cette applicabilité directe, le caractère obligatoire pour l'ensemble des pouvoirs publics, le caractère à la fois objectif et subjectif de ses droits et le haut degré de protection juridictionnelle qui leur est assuré constitue un système très complet et efficace que consacre l'ordre constitutionnel démocratique et libéral allemand.

B) Le droit Italien

Il trouve son origine dans le droit romain. Après la longue période fasciste commencée en 1922, la Constitution de 1947 contient l'énoncé de nombreux droits politiques mais aussi économiques et sociaux, dont les juges se sont largement servis pour développer les branches du droit.

L'article 3 de la Constitution italienne affirme que « *tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi et qu'il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et sociale qui limitent la liberté et l'égalité des citoyens et entravent le plein développement de la personne humaine* ».

Le droit italien au lendemain de la guerre, est sortie d'une vision purement individualiste du droit, en mettant l'accent sur la dimension sociale de l'être humain. Il comporte aussi une liste de droits fondamentaux dont la Cour constitutionnelle est le premier garant.

II) Le droit de Common law

Le droit anglais est assez proche du droit romain des origines. Les romains ont aussi colonisé la Bretagne c'est-à-dire la moitié sud de l'Angleterre. L'Angleterre fut longtemps extrêmement proche de la France, invasion **Guillaume le Conquérant** en 1066 apportant culture et langue française. Il s'agit d'un droit très concret et procédural.

Les droits continentaux sont des droits législatifs, codifiés et où la loi écrite, adoptée par le législateur est la source principale du droit. Les juges ont pour rôle principal d'appliquer la loi mécaniquement aux cas particuliers dont ils sont saisis. La méthode dominante est **déductive**, on

part d'une règle abstraite et générale, contenue dans la loi, dont on déduit la solution particulière applicable à un cas d'espèce. En somme, **on part du droit pour aller aux faits**.

A) Le droit anglais

À l'inverse en **droit anglais**, le droit est principalement **jurisprudentiel**. La source principale du droit est la jurisprudence c'est-à-dire l'ensemble des décisions adoptées par les juges. Le droit est élaboré à partir de litiges, de contentieux et il est fondé sur des cas. La méthode dominante est alors **inductive**. Les juges induisent de l'ensemble des cas déjà tranchés la solution qui doit s'appliquer à un nouveau cas similaire. C'est un **droit factuel, casuistique** et qui part des faits pour remonter jusqu'au droit. Comme le droit romain des origines, le droit anglais se caractérise par l'existence et l'importance des procédures, c'est aussi un **droit très procédural** qui s'est développé à partir des différents modes d'action en justice. Dans ce système selon un adage classique « *l'action précède le droit* ».

Le droit anglais s'est ainsi développé à partir de procédures réglementées, à partir de formulaires d'actions en justice, permettant aux citoyens de saisir les juges. La construction de l'État anglais s'est faite au travers du développement des juridictions royales et de la possibilité qu'ont obtenu les justiciables de les saisir.

À partir du XVe siècle, les justiciables ont pu saisir directement le chancelier du roi pour lui demander de statuer sur leur cas en équité. C'est ainsi développé un système d'interprétation et de règles jurisprudentielles qui se sont ajoutées au droit commun, c'est-à-dire à la Common Law.

La Common Law est aussi fondée sur « **le principe du précédent** ». Contrairement au système français, les juridictions britanniques sont juridiquement liées par leurs propres décisions antérieures mais aussi par celle des juridictions supérieures. Les juridictions sont hiérarchisées, seule la juridiction suprême (Cour suprême du royaume uni) peut procéder à un revirement de jurisprudence. La seule façon d'écarter ce faisant, un précédent consiste alors à distinguer les cas.

Il en résulte un système et une logique dite « de distinction » par lesquelles il convient dans chaque litige de trouver un élément de fait différent justifiant l'adoption d'une solution différente du précédent.

Le droit découle ainsi d'une appréciation toujours très fine et subtile des faits. Le droit anglais procède **par induction en partant des faits**, et non par une règle générale et abstraite. Dans un tel système la règle générale n'est pas toujours écrite, elle peut être implicite. Pour ne pas bloquer un tel système, seule la « *ratio decidendi* » c'est-à-dire les motifs décisifs qui justifient la solution rendue par le juge lie les juges ultérieurs. Ces derniers ne sont pas obligés de se conformer au « *obiter dicta* » c'est-à-dire les motifs non décisifs énoncés par le juge qui ne sont pas nécessaires au soutien de la solution adoptée. (c'est le commentaire qu'ajoute le juge, mais pas nécessaire à la compréhension de la décision rendue).

Le système de Common Law issu du droit anglais s'applique aux États-Unis ou encore dans les pays du Commonwealth qui compte 52 États (Australie, Canada, NZ, Inde, Kenya, Afrique S., Sri Lanka...)

Partie 2 Les fondements du droit Chapitre 1 – La philosophie du droit

18/10/18

Le droit est tout sauf neutre. Derrière l'activité technique du juriste différentes conceptions du droit et de son rôle se manifestent.

I) Aperçu des théories du droit

Les juristes ne s'accordent pas tous sur la définition du droit. On oppose traditionnellement 2 grands courants :

- Le positivisme
- Le jusnaturalisme

A) Le positivisme

Les positivistes considèrent le droit comme tout ce qui est posé, par une autorité juridiquement habilitée.

La principale figure moderne du positivisme est le juriste autrichien **Hans Kelsen** (XIX/XXe), auteur notamment de la Théorie pure du droit. Pour Kelsen, une norme juridique n'est valable et donc existe juridiquement que parce qu'elle est conforme à une norme qui lui est supérieure. L'ensemble des règles juridiques s'inscrivent et prennent la forme d'une pyramide. Pour Kelsen une authentique science du droit ne doit s'intéresser qu'aux seules conditions de validité formelles des normes et non à leur contenu substantiel. Une théorie vraiment pure du droit c'est-à-dire une théorie qui ne repose et n'utilise aucun matériau extra juridique à savoir politique, historique, culturel, idéologique, ne doit pas porter de jugement de valeur sur le contenu des normes qui composent l'ordre juridique. Cette conception positiviste du droit est également formaliste. Elle s'intéresse + aux modes de fabrication et d'application du droit qu'au contenu du droit.

B) Le jusnaturalisme

Ces juges jusnaturalistes s'opposent à la conception de Kelsen. Pour eux, les règles de droit voulues par les autorités peuvent être critiquées et écartées si elles ne sont pas conformes à une certaine idée de la justice ou à un ordre supérieur au droit en vigueur.

Pour illustrer ce courant très ancien on évoque souvent **Antigone** telle qu'elle est figurée et représentée dans la tragédie grecque de **Sophocle**. Antigone s'oppose à **Créon roi de Thèbes** qui a interdit par un décret d'inhumer les guerriers qui ont pris les armes contre lui.

Or, **Polynice** le frère d'Antigone faisait parti de ces guerriers. Antigone défia Créon en affirmant que les interdits du roi n'étaient pas assez puissants pour permettre à un mortel de passer outre aux lois non-écrites, inébranlables et sacrées des dieux, « *ces lois ne datent ni d'aujourd'hui ni d'hier, elles sont éternelles et nul ne sait le jour où elles ont paru* ».

Le droit naturel est alors un ordre supérieur aux ordres positifs auxquels ce dernier doit se conformer. Dans le droit naturel de l'Antiquité ce sont les dieux créateurs qui édictent ces règles. Par la suite, ce furent les dieux des religions monothéistes. À partir de **Thomas d'Aquin** XIII^e siècle, puis chez les penseurs scolastiques et encore au siècle des Lumières, le droit naturel s'identifie avec la loi naturelle. Il ne résulte plus de la volonté des dieux, ou d'un dieu MAIS de lois ou principes inscrits dans la nature des choses. Dans cette conception, seule la raison humaine peut découvrir ces lois inscrites dans la nature des choses. La raison humaine peut découvrir ces lois naturelles.

→ Longtemps, et de nos jours encore, le jusnaturalisme fut critiqué comme une attitude irrationnelle, moralisatrice voire réactionnaire.

C) *Opposition entre le positivisme et le jusnaturalisme*

Par ailleurs, l'opposition entre les 2 courants (positivisme/jusnaturalisme) est parfois simpliste. Tout d'abord, la philosophie du droit est infiniment + riche et ne se réduit pas à cette opposition.

On peut être positiviste et s'interroger néanmoins sur les fondements ou la fonction du droit sans adhérer à un ordre supérieur. De même les jusnaturalistes ne peuvent que constater l'existence d'un ordre juridique positif. De plus, et surtout, aucune théorie n'est véritablement pure. Dans son métier, un juriste doit se poser la question : *Quelles sont mes valeurs ? En quoi est-ce que je crois en tant que juriste ?*

On le voit notamment chez **Kelsen** lui-même. Tout d'abord ce dernier était engagé politiquement, certes il distinguait clairement sa fonction de juriste de science de celle de citoyen. MAIS dans sa conception même du droit il y a des éléments d'impureté. Au sommet de la pyramide des normes, se situe une norme unique qui permet de fonder toutes les autres normes. Problème : *si une norme juridique n'est valable que parce qu'elle est permise par une norme supérieure, de quelle norme découle la norme absolument supérieure située au sommet de l'ordre juridique ?*

Ce problème Kelsen se l'est posé. Voilà pourquoi, au sommet de l'ordre juridique se situe une norme dite fondamentale qu'il ne faut pas confondre avec la Constitution et que Kelsen qualifie de « **Grundnorm** » -> elle est d'une nature radicalement différente des autres normes. **Il s'agit d'une fiction, d'une hypothèse selon laquelle le droit existe et que tout juriste doit faire.** Kelsen, comme les positivistes affirme que les juristes ne doivent pas s'intéresser au fondement du droit, c'est-à-

dire à ses différentes justifications. Par contre, il est forcé d'admettre que les systèmes juridiques ne sont pas auto-fondés. Ils sont comme suspendus nécessairement à une norme d'une autre nature que les règles de droit positif, une norme comme hypothèse. En somme, le positivisme ne se suffit pas à lui-même et ne permet pas de comprendre complètement le phénomène juridique.

Il évacue la question centrale de la légitimité du droit, mais il ne parvient pas complètement à expliquer le droit au travers d'une seule addition de norme positive même hiérarchisée de façon très rationnelle.

La question se pose toujours de savoir : *d'où la norme ultime tire sa propre force ? sa propre légitimité ?*

Plus largement, les partisans de théorie pure du droit qui veulent faire de la science du droit débarrassée de toute idéologie adhèrent eux-mêmes parfois sans le reconnaître à une certaine philosophie du droit. **Le positivisme repose aussi sur la croyance en un juriste parfaitement rationnel et même transparent à lui-même.** En réalité un juriste ne peut rester neutre quand il s'essaie à commenter les solutions adoptées par les juges ou le législateur. Même s'il n'exprime aucune critique ou jugement de valeur dans son apparente neutralité, il adhère malgré tout aux solutions adoptées par les législateurs/juges.

→ Le droit n'est jamais une pure spéculation intellectuelle.

Il remplit des fonctions qui sont concrètes : politiques, sociales, économiques, idéologiques. Il peut faire l'objet d'une utilisation à de telles fins.

→ Un juriste est toujours d'une façon ou d'une autre engagé.

II) *Les fonctions du droit*

26/10/18

Le droit assure à l'évidence des fonctions politiques et sociales. Il permet par exemple le maintien de l'ordre, de la cohésion, et plus largement de la **paix sociale**. Pour reprendre une formule du juriste **d'Alain Supiot** dans son ouvrage Homo juridicus : Essai sur la fonction anthropologique du droit : « *Si le droit est un objet technique, son sens est déterminé par l'Homme. La finalité du droit est d'humaniser les autres techniques.* » Il prend l'exemple de l'interdit. On peut écrire interdit inter-dit, ce qui est dit entre. Le droit, par l'interdit, crée une distance entre les Hommes mais aussi entre l'Homme et ses représentations, qu'elles soient mentales (comme la parole), ou matérielles (comme les outils).

Le droit permet à l'Homme de canaliser sa violence et de ne pas délirer individuellement ou collectivement. Le droit permet l'institution du sujet (de droit) et de son humanité, qualités qui ne sont pas données à l'avance mais sont le résultat d'un travail quotidien. Pour reprendre le mot

d'Erasmé dans son traité De l'éducation des enfants paru en 1529 : « *l'Homme ne naît pas homme, il le devient* ». « *L'homme est fabriqué, façonné comme tel* » disait Erasme. Cela se voit quand un État totalitaire conduit à des massacres généralisés ou quand des injustices nombreuses créent une spirale de violence.

L'idée est que le droit est comme autant de barrières de papier, et partant de barrières mentales qui structurent les rapports sociaux et instituent l'individu dans son humanité pour lui-même et évidemment pour les autres et la collectivité. À l'évidence, ces barrières de papier sont fragiles.

Dans son œuvre assez exigeante, Pierre Legendre explique aussi comment le droit crée des montages symboliques qui assurent à la fois l'identité et la raison des Hommes. Pierre Legendre a réhabilité ce qu'il appelle la « question dogmatique ». Il démontre qu'aucun être humain ni aucune société ne peut vivre et fonctionner sans des croyances indémontrables qui ont alors le statut de vérités établies. Ce sont des dogmes qui ne se démontrent pas mais qui se montrent. Ces croyances sont matérialisées et en même temps légitimées par des mises en scène collectives. Toute société humaine, même moderne ou « avancée », se trouve gouvernée avec des rites, des cérémonies. Par exemple, la République en France fonctionne avec de nombreux rituels comme les passations de pouvoir entre les ministres ou le chef de l'État, le défilé du 14 juillet ou encore au quotidien les rituels judiciaires. « *Toutes les cultures, y compris occidentales vivent de vérités indémontrables, de croyances dont la cohérence et les conséquences normatives tiennent à leur authentification sociale* » De la société comme texte, Pierre Legendre.

Pour Pierre Legendre, la plus grande croyance actuelle des Occidentaux c'est de croire qu'ils sont justement débarrassés de toute croyance. Nos sociétés, même laïques et qui disposent d'un État de droit, connaissent encore en droit la notion de blasphème. Le code pénal punit toujours « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore » (article 433-5-1).

Un décret en 2010 a aussi créé une contravention spécifique d'outrage au drapeau tricolore et sanctionne le fait de détruire, de détériorer ou même d'utiliser de manière dégradante le drapeau français.

- Le drapeau tricolore et la Marseillaise sont + qu'un morceau de tissus ou une chanson parmi d'autres, ils sont encore des emblèmes, des symboles de croyances collectives et politiques, comme l'a montré leur utilisation dans des périodes tragiques. (vagues d'attentats de 2015-2016) ou des périodes festives (dernière Coupe du monde été 2018). Le fait d'inhumer nos morts aux cérémonies constituent également un besoin individuel et collectif.

III) L'axiologie juridique

L'axiologie désigne l'ensemble des valeurs présentes dans le droit et qui sont les valeurs du droit.

1) La justice

Dans l'opinion publique, le droit est très souvent identifié à la justice. Ce n'est pas complètement faux.

La justice passe par le droit et se trouve représentée symboliquement par une femme tenant dans sa main gauche une balance, pour soupeser, équilibrer les intérêts en jeu, et dans sa main droite un glaive, pour trancher les litiges en faisant acte d'autorité. Le droit ne se confond pas avec la justice mais il est **un instrument qui peut permettre d'organiser une société juste.**

A) La justice aristotélicienne

Que signifie la notion ou l'idéal de justice ?

- La justice : signifie d'abord d'attribuer à chacun ce qui lui revient « *suum cuique tribuere* »

Le Roi Salomon fut connu comme un roi de justice pour avoir réussi à attribuer un enfant disputé à sa véritable mère. Il le fit par un stratagème. Le différend opposait 2 femmes ayant chacune mis au monde un enfant, mais dont l'un était mort étouffé. Elles se disputèrent alors l'enfant survivant. Pour régler ce désaccord, Salomon réclama une épée et ordonna : « Partagez l'enfant vivant en 2 et donnez 1 moitié à la première et l'autre moitié à la seconde ». L'une des femmes déclara qu'elle préférerait renoncer à l'enfant plutôt que de le voir mourir. De ce fait, Salomon reconnut la véritable mère de l'enfant. Il lui donna le nourrisson et sauva ainsi la vie de l'enfant.

Il en est de même pour le **Roi Louis IX ou Saint-Louis** au XIII^{ème} siècle qui prend pour modèle le Roi Salomon rendant la justice sous un chêne. Saint-Louis, qui appréciait le château de Vincennes, avait l'habitude de s'adosser dans son parc à chêne et de faire venir à lui tous ses sujets désirant lui parler sans intermédiaire. Le requérant exposait librement son grief au souverain, qui, et là réside un point fondamental, ne rendait nullement la justice lui-même, mais faisait signe à un membre de son entourage, ayant le pouvoir de rendre la justice, qu'il se saisisse de l'affaire.

Le problème que pose la justice ainsi définie est de déterminer selon quelles règles et quelles mesures attribuer à chacun sa part. **Aristote** dans *l'Éthique à Nicomaque* a distingué 2 types de justices dites particulières par opposition à la justice dite générale, synonyme chez lui de justice sociale :

- **La justice distributive** qui **s'applique quand il faut réaliser une répartition ou une distribution entre les citoyens de biens ou de charges, de droits ou de devoirs, d'honneurs ou de punitions.**

La justice distributive implique une proportionnalité entre les avantages distribués et les vertus ou qualités des citoyens pris comme tels. Il s'agit d'une justice géométrique car l'on procède à des rapports ou chacun reçoit proportionnellement à ses mérites. Il s'agit aussi d'un rapport de l'individu à la collectivité, cette dernière distribuant droits et devoirs.

➤ **La justice corrective, réparatrice ou encore commutative** qui s'applique quand il convient de régler des rapports ou échanges entre les individus.

Elle consiste à rétablir un équilibre rompu entre 2 personnes, soit l'une ait causé un dommage à l'autre (impliquant réparation), soit l'une ait transmis un bien à l'autre (sans compensation). Dans ce cas, la justice permet de rétablir la balance des intérêts et d'obliger l'une des parties à verser à l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui a retiré. Il s'agit d'une justice arithmétique car l'on procède à des additions ou des soustractions.

B) *La justice rawisienne*

De nos jours, ce sont surtout les philosophes et les économistes qui réfléchissent à la question de la justice. Les juristes, essentiellement positivistes, ont tendance à s'en désintéresser. On peut toutefois citer ici l'auteur américain **John Rawls** (1921-2002) qui a proposé en 1971 une Théorie de la Justice où il tente de repenser cette notion à l'aune de nos sociétés occidentales modernes.

Pour ce philosophe et juriste, il n'existe pas de conception universelle de la justice mais il y a au contraire **pluralisme des conceptions de la justice** dans une société moderne. Tout l'enjeu est de faire coexister et fonctionner ensemble différentes aspirations et inspirations à la justice. Il faut déterminer des règles communes de justice. L'auteur propose une méthode qui repose sur le concept dit de « voile d'ignorance ». Rawls reprend le paradigme du contrat social, développé chez Locke, Rousseau ou encore Kant. Mais ce contrat chez lui est purement hypothétique et non réel ou historique. Pour garantir que personne ne soit avantagé ou désavantagé par le hasard des situations. Il faut raisonner comme si personne ne connaissait sa place ou sa position dans la société ni l'avenir que lui est réservé dans la reconnaissance de ses capacités. Il faut faire comme si les individus ignoraient même leur propre conception du Bien. Dans ce cas, l'auteur propose de mettre en œuvre 2 principes de justice :

- 1) **Établir et garantir l'égalité de libertés de base** dont il donne la liste suivante :
 - Les grandes libertés politiques (droit de vote, droit d'éligibilité, droit d'accès aux emplois publics)
 - Liberté d'expression
 - Liberté de réunion
 - Liberté de pensée et de conscience
 - Le droit à l'intégrité physique (droit de sécurité)
 - Le droit de propriété personnelle
- ➔ Ce sont des libertés de base en tant qu'elles permettent l'existence et l'exercice d'autres libertés et l'action de l'individu.

- 2) **Permettre de justifier des inégalités économiques et sociales.** La répartition des richesses peut être inégale mais elle doit au maximum se faire à l'avantage de chacun. Telle position privilégiée (de richesse ou d'autorité) peut être justifiée si cette position est bénéfique pour tous ou pour le plus grand nombre. En outre, ces positions doivent être accessibles à tous.

Cette théorie est intéressante et séduisante, mais il a été reproché à Rawls de raisonner surtout dans le cadre de l'individualisme libéral, de la justifier et de se représenter les individus comme autant d'êtres rationnels, évacuant ainsi la conception de l'Homme comme être social (pris dans des liens sociaux) et le cas échéant irrationnel.

C) La justice selon Amartya Sen

Parmi les autres conceptions de la justice, on citera encore celle de l'économiste **Amartya Sen**, auteur d'un ouvrage sur L'idée de justice. Cet auteur insiste à son tour sur l'absence désormais de conception universelle de la justice. Il n'est pas possible de définir objectivement des critères d'attribution à chacune de sa part, de ce qui lui revient.

L'auteur tente alors de façon pragmatique de combattre les injustices réelles en développant les capacités des individus à choisir la vie qui leur convient. La justice au sens moderne consiste dans nos sociétés à développer les capacités des citoyens au travers de l'accès à l'éducation, à l'information, ou encore à la santé. Plus que des libertés, même si elles demeurent importantes, ce sont des capacités qu'il convient d'exercer réellement. Sen est connu pour avoir contribué à la formulation de l'indicateur de développement humaine (IDH) qui mesure la pauvreté non plus uniquement sur la base de données économiques mais en fonction du bien-être des individus (niveau de vie, environnement au sens matériel et symbolique, éducation, santé, espérance de vie...) il s'agit d'une approche plus concrète et matérialiste de la justice MAIS qui adhère néanmoins à cet idéal.

2) La dignité de la personne humaine

Ce principe se situe au cœur des systèmes juridiques modernes et contemporains. La Convention européenne des Droits de l'homme affirme que la dignité, à l'instar de la liberté, est de l'essence même de la Convention (qu'elle est chargée de protéger). La dignité est également centrale dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice en décembre 2000.

Cette notion est relativement neuve dans notre droit. Dans les premières déclarations des droits de l'homme, c'est la liberté politique qui est privilégiée. La 2GM et son cortège d'horreurs a démontré à nos sociétés et à la face de l'humanité que la liberté seule ne suffisait pas. Pire, la liberté peut se révéler inhumaine. Le principe de dignité fut mis en avant et affirmé dans des Constitutions nationales (comme de la Déclaration de Philadelphie de 1791 ou la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948). En France, c'est seulement en 1994 qu'elle fut inscrite dans le code civil et c'est à cette occasion que le conseil constitutionnel lui conféra une valeur constitutionnelle.

Pourquoi ce principe est-il juridiquement important ?

La dignité humaine précisément n'est pas démontrable. C'est un axiome, c'est-à-dire une proposition évidente en soi qui échappe à toute démonstration et s'impose par elle-même comme l'évidence.

D'ailleurs, il serait dangereux ou en tout cas hasardeux d'essayer de la démontrer scientifiquement. La dignité de la personne humaine n'est pas non plus conçue comme un droit subjectif classique même si son respect, sa mise en œuvre suppose la reconnaissance de droits subjectifs qui en dérivent tels le droit à la santé, le droit à un traitement médical, le droit à un logement ou le droit à un travail. La dignité de la personne humaine n'est pas même un droit de l'homme. Le risque serait en effet de devoir la combiner juridiquement avec d'autres droits et libertés, voire des libertés économiques. On a pu qualifier la dignité de droit de l'homme de troisième génération pour insister sur le fait qu'elle a comme sujet non plus les individus mais l'humanité toute entière. Cette conception présente 2 risques :

- D'abord de faire de l'humanité une personne abstraite.
- Ensuite de supposer que l'humanité comme collectivité vaut plus que les individus qui la composent, ce qui peut conduire au pire des paradoxes, à savoir sacrifier des individus au nom de l'humanité.

En somme, il convient de penser la dignité non pas comme un droit, mais comme un principe tout à fait fondamental et structurant du droit qui marque pour chaque individu, même pris isolément, son appartenance au genre humain. En ce sens, la dignité humaine est indérogeable, insusceptible d'abus ou de violation, et même insusceptible d'aliénation c'est-à-dire que nul ne peut y renoncer ni pour soi-même ni pour les autres.

À cet égard, si la dignité permet la protection de différentes libertés individuelles, elle peut aussi conduire à s'opposer à leur exercice. Cet aspect particulier est apparu dans une affaire qui a eu un certain retentissement juridico-médiatique, à l'occasion de laquelle le conseil d'État a consacré pour la première fois dans sa jurisprudence le principe de dignité. Il s'agit d'une affaire dite « **du lancer de nain** » dans l'arrêt du conseil d'État du 27 octobre 1995 de la commune de Morsang-sur-Orge. Dans cette affaire, la haute juridiction administrative a jugé ici que le maire de cette commune devait interdire, au nom du respect de la dignité humaine, le jeu consistant à lancer une personne de petite taille comme un projectile malgré le consentement de cette personne à y participer en vertu d'un contrat de travail. L'un des employés s'est d'ailleurs plaint d'une atteinte à sa liberté de travail et de disposer de son corps. Le conseil d'État a précisé qu'il pouvait restreindre certaines libertés, la dignité humaine prévalent. User ainsi d'une personne comme d'une chose, ici un projectile, est attentatoire à la dignité de l'Homme en général et plus particulièrement, de toutes les personnes de petite taille, par extension de toutes les personnes souffrant d'un handicap, et c'était même porter atteinte à la dignité de cette personne-là.

Juridiquement, la dignité humaine implique tout d'abord qu'une personne ne soit jamais utilisée ni comme un moyen, ni comme une fin. C'est un être sensible et une personne juridique dotée de volonté (et qui ne doit pas être instrumentalisée). L'Homme n'est ni un animal, ni une machine, ni un objet ou encore un « réservoir de pièces détachées ou de matériaux ». Ensuite, le principe de dignité exige que soient assurés les besoins vitaux de l'Homme. La personne est un être incarné. Ses besoins sont évidemment matériels (nourriture, sommeil, hygiène). Ils sont aussi intellectuels (culture) et même psychologiques et affectifs, ce qui implique le respect des sentiments de la personne pris concrètement ou *in concreto* (respect de ses goûts, respect de sa pudeur, respect de ses peurs ou de ses craintes).

- La dignité est un principe objectif fondateur et structurant du droit qui s'impose à tous, et en même temps une source des multiples droits subjectifs, attachés à l'individu

IV) L'interdisciplinarité

9/11/18

De nos jours les disciplines juridiques sont de + en + nombreuses et spécialisées. Les juristes sont de + en + techniciens, ils contribuent au morcellement de la conception du droit, il faut éviter un repliement des juristes sur leur matière de spécialité. Pour autant, le droit trouve aussi à s'enrichir de l'apport des autres disciplines extra juridiques. On est tentés de dissoudre le droit dans des disciplines jugées plus scientifiques notamment à l'heure actuelle : les sciences sociales avec la sociologie ou l'économie, ou les sciences dites « dures » : biologie.

A) La sociologie

La sociologie est une discipline particulière pour le droit. **Henri Lévy-Bruhl** fut l'un des 1^{er} juristes à s'intéresser à la sociologie du droit, la matière fut ensuite développée surtout par le doyen **Jean Carbonnier** il est connu pour son ouvrage Flexie droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur.

Pour être juste le droit doit prendre en compte les évolutions sociales, cependant il ne peut être conçu comme une simple chambre d'enregistrement pour toutes les demandes sociales. On peut dire que la fonction 1^{ère} du droit n'est pas d'assurer directement le bonheur des individus. Ce serait une illusion de croire que le droit peut résoudre tous les maux de la condition humaine et ce serait même dangereux de lui assigner une telle finalité. (ex : régimes totalitaires)

B) L'économie

Le juriste doit de + en + s'intéresser à l'économie. Les règles de droit doivent être évaluées à l'aune de leurs conséquences économiques, celles-ci sont prises en compte de + en + par le législateur et par les juges. Le risque est que l'économie ne devienne une « méta norme ». La loi du marché ne peut devenir le dogme unique dictant toute solution juridique. Le droit ne peut totalement se dissoudre dans l'analyse économique comme le propose le principe de mouvement « Law and

Economics », qui introduit de façon systématique une appréciation de la règle de droit et des institutions en matière d'efficacité économique. Chaque règle est appréciée selon un bilan coût/avantage effectué en termes financiers. OR, *il y a des intérêts qui n'ont pas de prix. Que vaut la vie d'un enfant ? la vie humaine ?* Il y a des intérêts difficilement appréciables : la sécurité, la justice, la paix sociale, la confiance. Le respect des règles permet l'efficacité.

C) La biologie/ les sciences

Autre risque pointé par certains juristes : volonté de calquer le droit sur la biologie. Après la génétique, ou encore les nanotechnologies, ce sont aujourd'hui les sciences neuronales et cognitives qui s'affirment sur le droit. Les juristes ne peuvent se désintéresser des évolutions scientifiques et techniques. Exemple : l'évolution/la révolution formidable apportée par l'ADN. Toutefois, la règle juridique ne peut totalement céder à la science.

Des principes fondamentaux comme la liberté, l'égalité ne peuvent être scientifiquement démontrés. C'est dangereux de trouver une justification biologique. Si un biologiste ne peut décrire les étapes d'un embryon, ils n'ont pas autorité du statut juridique à apporter à l'embryon. On ne peut laisser aux sciences génétiques le seul soin de définir la filiation, il y a aussi une part évidente de choix politique, social, moral.

D) D'autres disciplines laissées de côté par les juristes

À l'inverse, d'autres disciplines pourtant riches, prometteuses ne sont pas assez exploitées par les juristes. L'anthropologie qui cherche à étudier l'homme dans une perspective culturelle et symbolique comme être social. De même la psychanalyse est très rarement sollicitée par les juristes. Les juristes semblent ignorer notamment que l'homme est un être qui se construit avec des interdits et qu'il fonctionne avec une part d'inconscient. L'homme n'est jamais totalement autonome. *Peut-on se comprendre soi-même ?*

Le droit comparé apparaît aujourd'hui trop souvent comme un réservoir de solutions techniques alors que le droit est aussi une discipline culturelle dont les solutions sont ancrées dans un certain contexte. En outre, si les systèmes anglo-saxons font l'objet d'études nombreuses d'autres cultures sont négligées. Elles peuvent paraître « en retard » techniquement MAIS elles permettraient tout le temps de réapprendre ce que sont les hommes et les relations sociales. L'attention aux autres civilisations permet d'apercevoir ce que « *l'Occident ne voit pas de l'Occident* » Pierre Legendre.

Chapitre 2- l'histoire du droit

9/11/18

Introduction

Le droit est une lente construction. Il est formé de strates successives (couches sociales). Les juristes font rarement table rase du passé et quand bien même pour se faire ils prennent en compte le passé. Les strates les + anciennes demeurent même si elles sont + ou – oubliées. **En droit, l'histoire est toujours actuelle.**

I) L'antiquité

1) Origine de la Mésopotamie

Les textes juridiques les + anciens ont été découverts en Mésopotamie. (entre le Tigre et l'Euphrate) Le + célèbre est **le code d'Hammurabi** (roi de Babylone). Ce code est gravé sur une stèle conservée au Musée du Louvre. Ce type de stèle était autrefois placé dans les places publiques des principales cités. Le code contient 282 propositions sur la conduite des sujets du roi. Ce n'est pas un véritable code de lois, mais une compilation de sentences de justice rendues dans des cas très concrets. Le code est connu pour avoir exprimé la Loi dite du Talion « œil pour œil, dent pour dent ». Elle instaure le principe de proportionnalité de la peine ou la peine selon le délit.

2) Culture grecque

La culture grecque a joué à un rôle majeur dans nos sociétés occidentales en philosophie ou en science. Juridiquement, plusieurs notions contemporaines sont nées au sein de cette civilisation. Exemple : notion de démocratie, vient de demos (le peuple) et kratos (le pouvoir) est apparu à Athènes.

La notion de loi comme règle de portée générale et impersonnelle inventée également par les grecques. En outre, la loi au sens grec fut conçue comme discutée et votée par des hommes et pour des hommes, elle fut détachée de toute référence religieuse. C'est une loi laïcisée.

3) Droit romain

Socle de la justice occidentale, nous leur devons beaucoup. La **loi « des 12 tables »** fut adoptée vers 450 avant JC et constitua le 1^{er} corpus véritable de lois écrites. (1^{er} code) Ces textes contiennent des règles de procédure de droit pénal, de droit de la famille, et de droit des biens.

II) Les codifications justiniennes

L'empereur Justinien a régné à Byzance de 525 à 565 après JC. C'est sans doute dernier grand empereur romain. Il a fait une grande compilation, refonte des textes romaines, le code justinien comprend 4 recueils :

- **Le Codex** : recueil de décisions impériales, des réponses aux questions juridiques qui ont été posées à l'empereur.
- **Le Digeste** : qui est une encyclopédie composée de milliers de consultations des juriste-consultes les + importants depuis l'Empire romain. Exemple : Gaius, Ulpien, Paul, Papinien.
- **Les Institutes** : qui sont un manuel livré à la jeunesse pour les études.
- **Les Nouvelles** : rassemble les décisions de l'Empereur Justinien postérieures à la rédaction du code.

Le droit romain est un droit **processuel**, **casuistique** assez proche de la Common law. La procédure était déterminante, un droit ne pouvait être reconnu que s'il existait une action pour le faire reconnaître. Dans ce système l'action précède le droit.

Droit casuistique car il ne comportait guère de notions abstraites. Exemple : il n'existait pas de principe général de responsabilité, ni de notion générale de contrat, MAIS seulement des fautes particulières dans lesquelles un requérant devait faire entrer son action ou encore des modèles d'accords ou contrats particuliers comme acte exécutoire. C'était un droit essentiellement **pragmatique et instrumental**. La Common law est encore une héritière.

III) *La période médiévale*

L'œuvre de Justinien a été oubliée et perdue dans la partie Ouest de l'Occident. Elle fut redécouverte à la fin du XI^{ème} siècle dans l'Italie du nord. La réapparition de ces textes fut un choc intellectuel et culturel. Cette découverte fut l'origine d'un travail d'interprétation mené en particulier par l'école dite des Glossateurs de Bologne. Les textes romains furent à nouveau étudiés, enseignés et diffusés mais assortis de « gloses » c'est-à-dire des notes rajoutées dans le corps du texte.

- Gloses interlinéaires
- Gloses marginales (faites à la main)

Dans toute l'Europe, l'évolution du droit fut profondément modifiée par cette découverte. La richesse des catégories et des solutions du droit romain fut une source inépuisable de recherches et d'interprétations qui s'ajoutèrent alors au corpus du droit canonique. L'expression « corpus juris civilis » : fut inventée pour désigner le droit romain par opposition au « corpus juris canonisi ».

Le droit romain redécouvert modifia le droit applicable aux relations entre les particuliers MAIS il a aussi transformé conception du pouvoir politique et a permis affirmation du pouvoir royal (pouvoir monarchique). Les légistes qui entouraient **Philippe-Auguste**, ont développé à partir du droit romain la conception de la souveraineté royale puis étatique. La notion moderne de l'État fut ainsi forgée à partir des catégories du droit romain.

En outre, le droit romain redécouvert a permis de détacher le droit et le pouvoir politique, de ses origines religieuses. Et de reléguer partiellement l'influence de l'Église. Cette période a permis l'invention d'un système institutionnel à vocation universelle et qui s'incarnait dans une figure particulière « la source vivante des lois » qu'était :

- L'empereur sous l'Antiquité
- Souverain pontife au sein de l'Église
- Le roi dans l'État monarchique
- Et par la suite État législateur

C'est dans cette période médiévale que s'est forgée **la tradition juridique continentale**, qui se distingue notamment au travers du juge, de la tradition casuiste de la Common law. C'est **l'invention de la modernité juridique occidentale**.

IV) *L'ancien droit*

Sous l'Ancien Régime la France a une organisation juridique très décentralisée. Chaque individu est régi par ses lois propres selon un principe de territorialité. Le sud de la France est principalement un pays de droits écrits qui s'inspirent surtout du droit romain. Le nord de la France est un pays de droits coutumiers régis par des pratiques orales issues du droit germanique. La rédaction des coutumes fut imposée par l'ordonnance royale de Montils-lès-Tours de 1454 **Charles VII (roi)**.

Le droit romain a servi de base à l'apparition **d'un droit commun**. « jus comine » c'est-à-dire un droit savant auquel était formé tous les juristes. Les différents rois ont réussi à imposer de grandes ordonnances à l'ensemble du royaume. Exemple : ordonnances de Colbert, ordonnance de 1767 sur la procédure civile, l'ordonnance criminelle de 1670 ou encore l'ordonnance sur le commerce 1673.

De nombreux juristes ont jeté les bases du futur civil, notamment **Jean Domat** auteur des lois civiles dans leur ordre naturel, ou **Robert-Joseph Pothier**. Forme de décentralisation juridique avec un empilement assez complexe de règles coutumières, de textes écrits, à cette époque chaque individu peut se voir appliquer régime spécifique en fonction de sa communauté d'appartenance sociale et territoriale.

V) *La période napoléonienne*

Ce sont les Révolutionnaires qui ont voulu la codification. Le 16 août 1790 l'Assemblée constituante prévoit un code général de lois communes à tout le royaume. Un tel projet exigeait une volonté politique forte, c'est Napoléon Bonaparte qui permit son adoption. Le code civil adopté en 1804 fut

rédigé par Portalis avec le concours de juristes d'exception tel Maleville, Bigot, Prémamieu et Tronchet.

Portalis a rédigé un discours préliminaire comprenant plusieurs maximes devenues célèbres sur ce qu'est une bonne législation.

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison ».

« le législateur exerce moins une autorité, qu'un sacerdoce, il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes et non les hommes pour les lois »

« il ne faut point de lois inutiles, elles affaiblissent les lois nécessaires »

Napoléon est intervenu dans la rédaction du Code civil, et il serait intervenu en faveur du divorce voulant mettre fin à son mariage avec Joséphine (Boire).

Le Code civil promulgué en 1804, fut suivi du code de procédure civile, du code de commerce et en 1810 du Code pénal. Nous sommes les héritiers de cette œuvre législative considérable accompagnée fin XVIIIème début XIXème siècle. Le Code civil est une synthèse entre le droit des pays de coutume (nord France) et des pays de droits écrits (Sud France). C'est aussi un compromis entre le droit d'Ancien Régime et les aspirations révolutionnaires selon la formule de Planiol « c'est un code ni réactionnaire, ni révolutionnaire ». Par la suite, et encore aujourd'hui, certains juristes ont prétendu que le Droit civil issu du Code était excessivement individualiste, bourgeois et assurait la domination de la classe possédante. Il comporte aussi des avancées avec l'affirmation de la laïcité, de la liberté et de l'égalité. En vérité ces rédacteurs se méfiaient des principes philosophiques, leur démarche était surtout pragmatique. Cela explique sans doute la longévité de leur œuvre ainsi que la diffusion du Code civil exporté dans de nombreux pays au gré des conquêtes napoléoniennes.

Le code civil français vu ainsi repris comme modèle en Belgique, Pays-Bas, Luxembourg et dans plusieurs États allemands. Il fut ensuite remplacé par des codes nationaux comme le BGB en Allemagne en 1900. Il fut aussi introduit dans de nombreux pays d'Afrique colonisés. Il a servi de modèle en Amérique latine, dans la province du Québec, en Louisiane, la Roumanie. Le Japon a failli reprendre notre Code civil à la fin XIXème siècle, le professeur Boissonade de Fontarabie fut engagé par les autorités pour les aider à élaborer un code, mais son projet de code civil fut abandonné au profit du BGB allemand.

En France, XIXème siècle fut celui du Code civil, il forçait l'admiration des juristes à tel point que le professeur Bugnet « je ne connais pas le Droit civil je n'enseigne que le Code Napoléon ». Avant-guerre, années 1920/1930 les étudiants en droit apprenaient Code civil article par article.

Les juristes formaient alors l'École dite de l'exégèse dont la méthode était celle d'une interprétation littérale mot à mot du code civil. Professeur Aubry et Rau furent les 1ers à proposer un cours de droit civil selon un plan se détachant du code. Ils prirent soin cependant, de masquer leur innovation en présentant leur 1^{ère} édition sous un pseudonyme et comme étant la traduction d'un auteur allemand. (1838)

Le véritable tournant intervient au début du XXème siècle lorsque le professeur François Gény proposa de nouvelles méthodes d'interprétations fondées sur « la libre recherche scientifique ». Il insistait alors sur le rôle de la jurisprudence dans l'élaboration du droit et la nécessaire prise en compte des phénomènes sociaux.

VII) À partir du XXème siècle

Le droit connaît des évolutions accélérées. Tout d'abord, les sources du droit ont été profondément modifiées, la jurisprudence a pris une place centrale. Le Code civil ne consacrait en 1804 que 5 articles au droit de la responsabilité civile. C'est à partir de ces textes que la Cour de Cassation a créé tout le droit de la responsabilité civile. En outre, si la loi reste une source importante, elle est banalisée notamment par l'inflation législative et la technicisation du droit. L'une des évolutions les + importantes réside dans l'internationalisation du droit.

Par ailleurs, l'apparition de l'État-providence accroît considérablement son domaine d'intervention. Les services publics se développent et la sécurité sociale, le salariat sont institués. Le Code civil de 1804 n'était pas adapté à l'évidence aux conséquences des révolutions industrielles. (celle de la vapeur 1820/1830 et celle de l'électricité). Le code civil ne comptait que 2 articles au contrat de louage de services, en 1810 un code du travail fut ainsi promulgué. Depuis il a été entièrement refondé par et renuméroté par une ordonnance du 12 mars 2007. L'industrialisation a aussi conduit à l'apparition de nouvelles machines et partant de nouveaux dangers or, initialement la réparation d'un dommage était uniquement subordonnée à la réparation d'une faute. La responsabilité sans faute, fondée sur le risque fut ainsi inventée pour une meilleure indemnisation des victimes.

16/11/18

La vie privée et familiale dont la conception, l'appréhension juridique a aussi évolué. Tout d'abord le principe d'égalité a permis aux femmes d'obtenir le droit de vote en 1945. Tout au long seconde moitié XXème siècle le droit de la famille s'est modernisé avec l'égalité entre époux, égalité des enfants entre eux et égalité des couples.

Le droit du divorce a notamment été réformé avec la loi du 26 mai 2004 qui a créé un divorce pour causes objectives à savoir le divorce pour altération définitive du lien conjugal distinct du divorce pour fautes, et divorce pour consentement mutuel.

Le droit de l'affiliation a été marqué par la jurisprudence qui facilite la contestation de paternité ou l'établissement d'un lien de filiation avec le père véritable (=père biologique), ordonnance du 4 juillet 2005, supprime aussi la marque infamante sur les enfants nés hors mariage en supprimant la distinction entre enfant légitime et adultérin. La loi de 1999 instituant le PACS (pacte civil de solidarité) ou encore la loi de 2013 qui ouvre le mariage aux couples du même sexe.

Enfin, notre droit contemporain est marqué par les découvertes scientifiques et les évolutions technologiques. Ex : le droit de propriété s'étend désormais aux choses incorporelles comme l'image, les marques ou encore les logiciels.

Le droit des personnes a aussi été transformé par les découvertes biologiques. En France, ce sont les lois dites « bioéthiques » du 29 juillet 1994 qui ont les premières posé des principes pour assurer le respect dû au corps humain et à la dignité de la personne humaine. Exemple : avec l'interdiction de la marchandisation du corps humain ou encore l'encadrement de l'utilisation des empreintes génétiques. Ou l'interdiction de l'atteinte à l'intégrité des personnes humaines. Néanmoins une loi de 2013 a autorisé à certaines conditions la recherche sur l'embryon ou sur les cellules-souches embryonnaires. La loi du 26 janvier 2016 a permis des recherches biomédicales sur l'embryon in vitro à des fins de gestation si chacun des membres du couple y consent.

Enfin, les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTC) qui ont d'innombrables répercussions dans de nombreux domaines juridiques. Ex : dans le droit des contrats, droit du travail, droit de la propriété intellectuelle. Ces nouvelles technologies soulèvent des enjeux forts s'agissant de la protection de la liberté.

Partie 3 – les sources du droit

16/11/18

Pour les juristes les sources du droit c'est une question déterminante et classique. Il s'agit de déterminer quelles sont les autorités ou personnes habilitées à créer du droit. L'expression « source du droit » est une métaphore pour désigner les lieux où puiser les réponses lorsque se pose une question de droit.

Dans la vision devenue classique, enseignées dans nos facultés de droit, les sources du droit sont organisées suivant un ordre hiérarchique. On a emprunté cette représentation au juriste autrichien **Hans Kelsen**. (XIX/XXème siècle) avec l'image qu'elles formeraient (ces sources) une pyramide au sommet de laquelle se trouve :

- Sources constitutionnelles
- Sources internationales
- Sources législatives
- Sources réglementaires
- Contrats et décisions individuelles

Certaines sources ont une place singulière et discutée comme la jurisprudence, la coutume et les usages ou encore la doctrine.

Cette image de la pyramide, qui n'est qu'une image, donne une impression de grande stabilité, une vision statique du droit OR **le droit se construit de façon dynamique par un dialogue entre ces différentes sources**. Cette conception a aussi le défaut d'évacuer le problème de la légitimité du droit, celle de savoir d'où le droit tire son autorité. Elle est néanmoins pédagogique et elle illustre la verticalité du droit.

Chapitre 1 – Les sources constitutionnelles

Notre Constitution en vigueur fonde la 5^{ème} République depuis le 4 octobre 1958. Elle a été modifiée la dernière fois par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

I) Le bloc de constitutionnalité

Cette expression vise l'ensemble des normes à valeur constitutionnelle. Le bloc comprend d'abord les articles 1^{er} à 89 qui constituent le corps de la Constitution écrite. Ces articles posent en 1^{er} les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics (Président République, 1^{er} ministre, gouvernement, Parlement avec les 2 Assemblées, autorité judiciaire, Conseil constitutionnel...)

À la différence de constitutions étrangères la nôtre ne contenait pas à l'origine l'énoncé de droit et principes fondamentaux. C'est le Conseil constitutionnel qui dans une **décision historique du 16 juillet 1971** dite **« liberté d'association »**, il a réalisé cet objectif en intégrant dans le bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958. OR celui-ci renvoie lui-même à d'autres textes on parle de « préambule gigogne ». Il renvoie en effet à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, au préambule de la Constitution de 1946, et depuis la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 à la Charte de l'environnement de 2004. Le Préambule de la Constitution de 1946 renvoie lui-même à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 et surtout affirme l'existence de *« principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ainsi que de principes dits « particulièrement nécessaires à notre temps » »*.

Les premiers (principes nécessaires à notre temps) sont des principes affirmés dans de grandes lois républicaines avant 1946, desquelles sont extraites un principe qui prend une valeur

constitutionnelle. Les seconds principes particulièrement nécessaires à notre temps, ont une dimension politique, économique et sociale affirmée tels que l'égalité entre les hommes et les femmes, le droit d'asile, le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi, la liberté syndicale, le droit de grève, ou encore le droit à l'instruction.

La décision de 1971 a donc permis d'ériger au sein du droit public français une somme de droits et libertés fondamentaux ce qui a aussi donné une toute autre portée au contrôle de constitutionnalité des lois, en enrichissant considérablement les normes de références de contrôle.

II) *Le contrôle de constitutionnalité des lois*

Le Conseil constitutionnel a notamment pour mission de contrôler la constitutionnalité des lois. Le Conseil est composé de 9 membres :

- 3 : nommés par le Président de la République dont un des 3 est le président du Conseil
- 3 : nommés par le président de l'Assemblée Nationale
- 3 : nommés par le président du Sénat

Ces membres ont un **mandat de 9 ans, non renouvelable**. Le Conseil est renouvelé par tiers tous les 3 ans. À ces 9 membres il convient d'ajouter les anciens présidents de la République, qui sont membres de droit et à vie du Conseil s'ils le souhaitent.

Dans l'esprit des constituants de 1958 la fonction du Conseil s'inscrivait dans le cadre + large de la rationalisation du parlementarisme et du renforcement du pouvoir exécutif. Le Conseil devait surtout veiller à la nouvelle répartition des compétences entre la loi et le règlement. (articles 34 et 37 de la Constitution) Il devait sanctionner tout empiètement du pouvoir législatif sur le pouvoir réglementaire. Le Conseil constitutionnel était « le chien de garde du pouvoir exécutif » selon ses détracteurs.

Le contrôle de la constitutionnalité des lois est devenu la fonction essentielle du Conseil. Depuis la décision de 1971, le Conseil a considérablement enrichi et étendu son contrôle sur le contenu des lois. Auparavant, la conformité de ces textes à la Constitution s'appréciait uniquement par rapport aux règles de fonctionnement des pouvoirs publics, c'était un contrôle avant tout procédural. Désormais, c'est aussi devenu un **contrôle substantiel** (au regard contenu normes supérieures). Toutefois c'est aussi l'importante **réforme du 29 octobre 1974** qui **a renforcé le rôle du Conseil**. Jusqu'alors il ne pouvait être saisi (question de la saisine du Conseil) que par le Président de la République, le 1^{er} ministre, président Assemblée Nationale, et président Sénat. Ces 4 autorités étant en principe et sauf période de cohabitation appartenant au même camp politique, aucune d'elle ne prenait l'initiative de saisir le Conseil. Cela revenait à contester un texte adopté par sa propre majorité. (alignement entre les 2 têtes de l'exécutif et la majorité à l'Assemblée Nationale et cas échéant au Sénat : les risques de contestation étaient très rares)

La **loi constitutionnelle de 1974** a **élargi la saisine du Conseil à 60 députés ou 60 sénateurs**. Elle a permis en pratique à l'opposition politique, l'opposition parlementaire de contester la constitutionnalité des lois (des projets de loi) voulus par la majorité. Le Conseil constitutionnel ne peut pas s'autosaisir. Toutefois quand c'est le cas il s'est aussi reconnu le pouvoir de contrôler le texte de loi dans son intégralité et non pas seulement la disposition contestée et même de contrôler l'ancienne loi déjà promulguée qui fait l'objet d'une modification par la nouvelle loi soumise à son contrôle.

Le contrôle s'autorise aussi à soulever des griefs non formulés par les requérants contre les dispositions qu'il critique. Il n'hésite pas à statuer ultra petita c'est-à-dire au-delà du champ décidé par la requête. Il va au-delà de ce qu'on lui demande de contrôler. Le rôle du Conseil a aussi été considérablement renforcé par **la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008** entrée en vigueur le 1^{er} mars 2010. Jusqu'alors le Conseil ne pouvait contrôler que des projets ou propositions de lois avant leur entrée en vigueur. La contestation de la constitutionnalité d'une loi devait intervenir entre le vote du texte et sa promulgation par le Président de la République. Ce dernier ne pouvant alors promulguer la loi qu'après la décision du Conseil constitutionnel.

Le nouvel article 61-1 de la Constitution a créé une possibilité de contestation des lois déjà en vigueur et par les justiciables eux-mêmes, il s'agit de la procédure de la question prioritaire de constitutionnalité -> QPC. Désormais lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation. Il s'agit là de la création de ce qu'on appelle aussi « une exception d'inconstitutionnalité » qui permet aux justiciables d'écarter une loi invoquée à l'occasion d'un litige en cours. De plus, une disposition législative déclarée inconstitutionnelle en vertu de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil ou d'une date qu'il fixe ultérieurement : permet aussi de satisfaire principe de protection juridique.

Chapitre 2 – les sources internationales

16/11/18

I) *Les traités et accords internationaux*

Un traité est négocié et ratifié par le Président de la République. // Un accord international n'est lui pas soumis à ratification du Président qui est seulement informé de sa négociation.

Les traités les + importants désignés comme tels dans la Constitution. Traités de paix, de commerces, ceux qui engagent les finances de l'État ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Le Conseil constitutionnel peut être saisi ici par le Président de la République, le 1^{er} ministre, les présidents d'assemblées, 60 députés ou 60 sénateurs pour contrôler qu'un traité

international ne comprend pas de clauses contraires à la Constitution. Si le Conseil constitutionnel constate une telle contrariété entre une ou des clauses de la convention du traité, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international ne peut intervenir qu'après une révision de la Constitution.

Un traité ou accord international régulièrement ratifié est en principe d'applicabilité directe. Il peut être invoqué par les justiciables devant les tribunaux. Cependant par exception, certains accords ou traités ne créent d'obligations que pour les États signataires et ne peuvent être invoqués directement par les requérants, ils n'ont pas d'effet direct pour les particuliers. L'État est alors seul obligé par le traité ou l'accord ; il doit en respecter les objectifs et les dispositions et si nécessaire procéder aux modifications du droit interne pour mettre ce droit en conformité avec les obligations internationales.

Selon l'article 55 de la Constitution les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur application une « autorité supérieure à celle des lois. » Les normes internationales se situent donc en-dessous des normes constitutionnelles et au-dessus des lois nationales. Le Parlement doit respecter les traités et accords qui engagent la France. En cas de litige, les juridictions doivent faire prévaloir les normes internationales sur les lois internes. (et normes inférieures). L'article 55 précise aussi que cette autorité supérieure, des normes internationales sur les lois, est reconnue sous réserve pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie. Il s'agit là de **la condition de réciprocité**. En principe, l'État signataire d'un traité ou accord international peut cesser de l'appliquer voire ne jamais l'appliquer si l'autre partie ne l'applique pas elle-même. Attention, cette condition n'est cependant pas valable pour tous les traités ou accords. Elle ne peut être invoquée en matière de droits de l'homme pour les conventions également de l'organisation internationale du travail (OIT) ou pour les normes du droit de l'Union européenne (pour les traités européens) en cas de violation de ces accords par l'un des États partis les autres signataires ne sont pas autorisés à en faire de même.

Le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour contrôler la conformité des lois aux normes internationales, décision du 15 janvier 1975 loi sur l'IVG. Il a distingué le contrôle de constitutionnalité des lois du contrôle de conventionalité des lois. Pour le Conseil constitutionnel dans cette décision du 15/01/1975, selon lui la supériorité reconnue aux traités sur les lois par l'article 55, cette supériorité possède un caractère relatif et contingent. Cette supériorité est relative parce qu'elle dépend du champ d'application de la loi par rapport aux traités. La condition de réciprocité dépend dans le temps de l'application internationale de la norme par l'autre partie. Ce sont les juridictions dites ordinaires au 1^{er} rang desquelles le Conseil d'État et la Cour de cassation qui assurent le contrôle de conventionalité des lois.

II) Les sources européennes

Il faut distinguer le droit issu de l'Union européenne et le droit du Conseil de l'Europe.

1) Le droit de l'Union européenne

L'Union européenne trouve son origine dans la volonté de 6 États fondateurs, à savoir :

- Belgique
- France
- Italie
- Luxembourg
- Pays-Bas
- République fédérale d'Allemagne

Ils ont créé une communauté économique européenne (CEE) instituée par le traité de Rome du 25 mars 1957. L'Union européenne comprend encore 28 États membres tant que le Brexit ne sera pas mis à exécution. Plusieurs autres grands traités sont attribués à la construction de l'Union européenne :

- Acte unique européen de 1986
- Le traité de Maastricht de 1992 qui lui a créé véritablement l'Union européenne
- Le traité d'Amsterdam de 1997
- Le traité de Nice de 2001
- Le traité de Lisbonne de 2007 : adopté après le rejet du projet de traité donnant une constitution européenne à l'Europe.

Désormais il y a 2 grands traités en vigueur :

- Le TUE : traité sur l'Union européenne anciennement traité de Maastricht -> traité constitutif de l'UE
- Le TFUE : traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui avant 2009 était le traité CE ou traité de Rome.

L'Union européenne comprend plusieurs institutions. Les États membres sont présents à tous les niveaux, l'Union européenne c'est les États aussi.

A) Les institutions de l'Union européenne

1) La Commission

La Commission est composée d'un ressortissant de chaque État membre et a pour mission de **défendre l'intérêt général** de l'Union européenne comme tel. Son rôle est de tenter de dépasser les intérêts particuliers des différents États. Elle assure certaines fonctions exécutives comme de veiller à l'application des traités, à l'exécution du budget de l'Union européenne, la gestion des grands programmes ou encore la représentation extérieure de l'Union européenne.

Elle dispose aussi d'un pouvoir de nature législative puisqu'un acte législatif dans l'Union européenne ne peut être adopté que sur **proposition de la Commission.** (pouvoir d'initiative des textes)

2) Le Conseil européen

Il réunit les chefs d'États et de gouvernement des États membres. Il comprend aussi un Président et la présence du Président de la Commission.

Son rôle : **définir la politique de l'Union.** Selon les textes il **donne l'impulsion nécessaire au développement de l'Union,** à ses orientations et priorités politiques générales. Il n'exerce pas cependant de fonctions législatives.

3) Le Conseil de l'Union européenne

Ce dernier peut être comparé à une sorte de conseil des ministres. Il comprend un représentant de chaque État membre de niveau ministériel et habilité à engager son gouvernement national et à exercer son droit de vote.

Le Conseil de l'Union européenne a une composition qui varie selon les dossiers. Il réunit uniquement tantôt les ministres des affaires étrangères, tantôt les ministres de l'agriculture selon les questions, dossiers débattus. Avec le Parlement européen et conjointement avec celui-ci, le Conseil de l'Union européenne **exerce des fonctions législatives et budgétaire.**

4) Le Parlement européen

Le Parlement européen a progressivement vu ses compétences renforcées, dans le but d'introduire davantage de démocratie.

Tout d'abord depuis 1979, ses membres sont élus au suffrage universel direct pour 5 ans. On ne peut pas encore qualifier le Parlement européen de « législateur de l'Union », mais il a obtenu au gré des traités un rôle accru dans la procédure législative.

Depuis 1992, et le traité de Maastricht, il a un pouvoir de codécision avec le Conseil de l'Union européenne sur certaines matières. Il assure aussi des fonctions de contrôles politique et consultatives. C'est le Parlement qui élit le président de la Commission.

B) Les différentes juridictions de l'Union européenne

La plus importante est la Cour de justice dont le siège est à Luxembourg. Elle est compétente pour statuer sur les recours ornés par un État membre, une institution de l'Union où des personnes physiques ou morales en cas de violation des traités par l'une des institutions européennes ou en cas de litige avec un État membre.

Il existe aussi un Tribunal de première instance (TPI) qui siège à Luxembourg.

23/11/18

C) La hiérarchie des normes

Cette hiérarchie s'articule entre les traités constitutifs et les droits dérivés. Dans cette dernière catégorie (le droit dérivé) on trouve :

Les règlements du droit de l'Union européenne qui ont une portée générale, sont obligatoires dans tous leurs éléments et sont directement applicables dans les États membres.

Les directives lient quant à elles les États membres destinataires quant au résultat à atteindre et laissent les autorités nationales libres de déterminer la forme et les moyens pour les transposer dans le droit interne. Ces actes supposent une transposition c'est-à-dire l'adoption de normes internes pour les introduire dans le droit interne.

Les décisions : sont quant à elle obligatoire uniquement pour leurs destinataires qui peut être un État en particulier mais aussi une entreprise.

Les recommandations et les avis : émis par les autorités de l'Union européenne ne lient pas leurs destinataires.

Il existe au sein du droit primaire une **Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Nice le 7 décembre 2000**. À la différence de la Convention européenne des droits de l'homme, cette charte comporte non seulement des droits civils et politiques mais aussi des droits sociaux et économiques. Ex : est proclamé le droit à des conditions de travail justes et équitables, des droits de négociation et d'action collective ou encore droit à la protection de l'environnement ou des consommateurs. Toutefois la portée de cette charte est limitée, elle ne s'applique aux États membres que lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Le traité sur l'Union européenne (TUE) a dispensé des pays comme le Royaume-Uni et la Pologne de l'application de certaines dispositions.

La CJUE dans un arrêt du 15 janvier 2014 a jugé en matière de droit du travail l'article 27 de la charte relative à l'information et la consultation des travailleurs ne pouvait être invoquée dans un litige entre particuliers pour écarter une règle nationale contraire. La portée des droits sociaux notamment bien que qualifiée de fondamentaux se relève réduite.

2) Le droit du Conseil de l'Europe

Créé le 5 mai 1949 à Londres pour contribuer au développement d'un espace démocratique et juridique commun en Europe. Il comprenait à l'origine 10 membres fondateurs, de nos jours il comprend 47 États membres. Plusieurs conventions relatives aux droits fondamentaux ont été faites sous l'égide du Conseil de l'Europe.

La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la + célèbre. Elle se caractérise aussi par l'existence d'une Cour (organe institutionnel) mis en place pour garantir son respect.

A) La Convention EDH

Signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur en 1953. La France ne l'a ratifiée qu'en 1974. La Convention comporte une liste de droits et libertés fondamentaux complétée par des protocoles additionnels. La Convention est directement applicable dans les ordres juridiques étatiques et peut être invoquée par les particuliers dans un procès. En France elle a une valeur supérieure à la loi. Le juge peut donc écarter du litige dont il est saisi, une disposition législative qui lui serait contraire.

Avant l'introduction de la QPC (entrée en vigueur en 2010), la Convention permettait seule d'écarter d'un litige une loi contraire à un droit fondamental. Ex : la Cour de cassation a pu juger que l'article 8 de la Convention relatif au droit, au respect de la vie privée interdisait à un employeur d'ordonner à un salarié un changement de domicile. En l'absence de loi ou de loi contraire dans un arrêt du 15 avril 2011 relatif à la garde à vue l'assemblée plénière de la cour de cassation a aussi jugé que le droit à un procès équitable consacré par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention imposait que les personnes placées en garde à vue puissent bénéficier de l'assistance d'un avocat dès le début de cette garde à vue et pendant tous les interrogatoires. (avant avocat présent à partir d'un certain temps et pour une certaine durée)

B) La Cour de Strasbourg

C'est la grande originalité du système juridique mis en place par la Convention à savoir la création d'un mécanisme institutionnel pour garantir son respect. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour européenne des Droits de l'homme) est composée d'un nombre de juges égal à celui des États contractants. Ils sont élus pour une durée de 6 ans et sont rééligibles. La grande majorité des arrêts de la Cour sont rendus par des Chambres composées de 7 juges et un rôle de filtrage est confié à un comité de 3 juges. Ces derniers peuvent donc écarter les requêtes manifestement irrecevables.

Il existe une grande chambre composée de 17 juges et chargée de régler les affaires les + importantes qui soulèvent une question relative à l'interprétation de la convention et de ses protocoles ou présentent un risque de contrariété avec une jurisprudence antérieure de la cour.

1) La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme

La procédure devant la cour peut être engagée par les États membres eux-mêmes qui veillent à l'application de la convention devant les autres États. Ils peuvent demander un recours même quand ils ne sont pas victimes de la violation. Toutefois dans la pratique les États membres sont hésitant à exercer une ingérence dans l'action des autres États au risque de susciter des représailles. Voilà pourquoi les particuliers disposent aussi d'un droit d'action individuel. Ils peuvent se plaindre directement d'une violation de la convention et sans avoir à solliciter leur État. Les violations sont le + souvent imputables à leurs États.

Ce droit au recours individuel supposait initialement que l'État était reconnu par ses nationaux. La France ne l'a admis qu'en octobre 1981. Depuis le protocole n°11 de 1998 a rendu obligatoire le

droit de recours individuel. Il est désormais ouvert à toute personne physique sans condition de nationalité, de résidence ou de capacité ; ainsi qu'aux personnes morales. La requête pour être recevable doit remplir quelques conditions on en relève 3 ici :

- 1) Elle ne peut être présentée qu'après épuisement des voies de recours internes
- 2) Requête présentée à la Cour dans les 6 mois de la décision interne (rendue dans l'État membre) définitive
- 3) La violation alléguée à ce stade doit d'une part être relative à un droit protégé par la convention et d'autre part cette violation doit être dirigée contre un État parti à la convention.

2) Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

Lorsque la cour constate une violation d'une disposition de la convention elle ne peut ni annuler la décision/ la mesure contestée, ni ordonner des mesures positives, ni émettre des injonctions à l'État concerné. Toutefois, les États se sont engagés à se conformer aux arrêts de la cour dans les litiges auxquels ils sont partis. En France une question a été notamment soulevée s'agissant du principe de l'autorité de la chose jugée dont bénéficie les décisions de justice définitives. Si un État condamné peut modifier une loi ou un règlement qui a conduit à la mesure attaquée, *qu'en est-il pour les décisions de justice ?*

Une loi du 15 juin 2000 a en réponse institué une procédure spécifique de réexamen d'une décision pénale suite au prononcé d'un arrêt de la cour EDH. Cette procédure ne vaut pas cependant pas dans d'autres matières.

Par ailleurs, **l'article 41 de la convention** permet aussi à la cour si elle constate une violation, d'accorder à la partie lésée une satisfaction équitable c'est-à-dire des dommages et intérêts.

Le protocole n°16 à la convention : ouvert depuis 2013 à la signature des États et que la France a récemment signé permet désormais aux plus hautes juridictions des États membres (en France : Conseil constitutionnel, conseil d'État, cour de cassation) d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatif sur des questions de principes relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définies dans la convention ou ces protocoles. Un tel mécanisme inédit devrait permettre à l'évidence d'éviter toute contrariété entre les jurisprudences de ces juridictions nationales et de la cour : anticiper avant une décision possiblement définitive une telle contrariété.

3) Les droits protégés

La convention comporte une liste assez précise et fournie de droits et libertés fondamentaux :

- Droit à la vie
- Interdiction de la torture
- Interdiction de l'esclavage et du travail forcé
- Droit à la liberté et à la sûreté

- Droit à un procès équitable
- Principe de la légalité des délits et des peines
- Droit au respect de la vie privée familiale
- Liberté de penser, de conscience et de religion
- Droit au mariage
- Droit à un recours effectif
- Interdiction des discriminations

Cette liste a encore été complétée par des protocoles additionnels. En outre la cour dans sa jurisprudence a reconnu de nombreux droits plus précis tout en définissant les multiples implications de ces derniers.

Toutefois la cour refuse parfois de condamner un État membre en invoquant l'absence de consensus entre les États et la marge d'appréciation qu'elle leur reconnaît dans de nombreux domaines.

Par ailleurs, la cour a pu être critiquée à l'occasion pour son interprétation très individualiste des droits de l'homme et qui n'est pas ce faisant universelle. Pour justifier sa compétence elle a parfois tendance également à retenir une interprétation extensive des droits de l'homme au risque de banaliser cette importante notion. Il existe plusieurs conceptions des droits de l'homme.

L'article 6 du traité sur l'Union européenne (TUE) prévoit que l'Union adhère à la convention EDH mais la CJUE craignant sans doute d'être concurrencée a estimé dans un avis du 18 décembre 2014 que cette adhésion n'était pas compatible avec le droit de l'Union. Pour l'heure, cette adhésion n'est plus d'actualité. Il existe aussi une concurrence entre les juges.

Chapitre 3 – la loi

23/11/18

Introduction

En France la loi est souvent confondue avec le droit. Elle est la source symbolique du droit, il est vrai que sous les 3èmes et 4èmes Républiques elle était la norme suprême par l'absence de tout contrôle de constitutionnalité de la loi. Ces régimes constitués n'ont pas un État de droit mais plutôt selon Carré de Malberg « Un État légal ». Souvent codifiée la loi est désormais concurrencée par d'autres sources. Elle s'est vue attribuer un domaine limité et sa procédure d'adoption a été rationalisée.

I) Le domaine de la loi

Dans un sens strict, la loi est une règle de droit adoptée par le Parlement. Certaines lois sont distinguées des lois dites ordinaires. Ex : les lois organiques sont celles qui complètent la constitution et sont soumises à une procédure d'adoption particulière.

Une innovation majeure de la Constitution de 1958 a été d'assigner à la loi un domaine limité. En outre, dans certains domaines la loi fixe les règles, il s'agit des droits civiques et des garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques : règles relatives à la nationalité, à l'état et à la capacité des personnes, la détermination des crimes et délits ainsi que les peines applicables ou encore le taux de recouvrement des impositions de toute nature.

Dans d'autres domaines, la loi doit se contenter de déterminer les principes fondamentaux. Ex : régimes de la propriété, droit du travail, droit de la sécurité sociale. Cependant, en pratique la distinction entre règles et principes fondamentaux doit être relativisée notamment en raison de la jurisprudence à accommodante du conseil constitutionnel.

II) *La procédure d'adoption de la loi*

L'initiative des lois ordinaires appartient concurremment au premier ministre et aux membres du Parlement. Juridiquement c'est le 1^{er} ministre qui doit faire déposer les textes de lois qu'il veut voir adopter.

Dans le 1^{er} cas lorsque le texte est porté par **le gouvernement** on parle de « **projet de loi** ».

Alors que dans le 2nd cas on parle de « **proposition de loi** » : voulue par **des parlementaires** (des députés ou sénateurs).

Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres et après avis du conseil d'État. Ils sont ensuite déposés sur le bureau de l'une des 2 assemblées.

Tout projet ou proposition de loi doit être successivement examiné par les 2 assemblées en vue de l'adoption d'un texte identique. En cas de désaccord, si un projet ou une proposition n'a pas été adoptée après 2 lectures en principe par chaque assemblée, ou si le gouvernement a déclaré l'urgence et après 1 seule lecture le 1^{er} ministre peut faire réunir une commission mixte paritaire, qui sera chargée d'élaborer un texte commun sur les dispositions qui posent problème. Ce texte de la commission mixte paritaire peut ensuite être soumis par le gouvernement au 2 assemblées en vue de leur approbation. Si ce nouveau texte n'est pas adopté par les 2 assemblées ou si la commission n'est pas parvenue à un accord sur un texte commun, le gouvernement peut après une nouvelle lecture par les 2 chambres demander à l'Assemblée Nationale de se prononcer/ de voter définitivement.

→ L'Assemblée Nationale dont les députés sont élus au suffrage universel direct a ainsi le dernier mot.

Le régime parlementaire de la Vème république repose sur un bicaméralisme inégalitaire.

III) *L'application de la loi dans le temps*

1) *L'entrée en vigueur de la loi*

Pour exister juridiquement la loi doit être promulguée par le président de la République dans les 15 jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée par le Parlement.

Avant l'expiration de ce délai, le président peut demander au parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains articles de la loi, ce qui ne peut être refusé par le Parlement. Si la **promulgation** est une condition nécessaire pour l'entrée en vigueur d'une loi, elle n'est pas suffisante. La loi doit encore être **publiée**, article 1^{er} du Code civil a disposé historiquement que les lois entrent en principe en vigueur à la date qu'elle fixe ou à défaut, le lendemain de leur publication.

Attention toutefois, l'entrée en vigueur de dispositions d'une loi dont l'exécution exige des mesures d'application notamment l'adoption de décrets d'application, cette entrée en vigueur est reportée à la date d'entrée en vigueur de ces mesures d'application. Il existe un journal officiel de la république française le JORF qui depuis 2016 est édité uniquement sur forme électronique disponible sur site legifrance. Grâce à sa publication, la loi est censée être connue de tous, cela veut surtout dire que les sujets de droit ne peuvent pas se prévaloir de leur ignorance de la loi pour échapper à leurs obligations.

2) *La sortie de vigueur de la loi*

La loi cesse quand elle est abrogée. Cette abrogation doit émaner de la même autorité que celle qui a adopté le texte, ou celle d'une autorité supérieure. L'abrogation peut être expresse ou tacite. Des lois disparaissent aussi automatiquement. Ex : lois dites de « circonstances » qui disparaissent avec ces dernières. Il existe aussi des lois expérimentales qui cessent d'être en vigueur au terme du délai d'expérimentation et sauf si une nouvelle loi est adoptée pour les pérenniser.

3) *Le problème des conflits de lois dans le temps*

2 lois peuvent se succéder sur une même matière et donc soulever la question de leur articulation dans le temps. **Article 2 du Code civil** « la loi ne dispose que pour l'avenir elle n'a point d'effet rétroactif » Toutefois les solutions diffèrent en matière pénale et en matière civile.

A) *Le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle*

1) En matière pénale

Le principe de non-rétroactivité en matière pénale a valeur constitutionnelle. Il est posé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Principe favorable aux accusés et il comporte une exception également favorable selon laquelle la loi pénale + douce a au contraire une application rétroactive. On parle ici de « rétroactivité in mitius » C'est également un principe à valeur constitutionnel.

Cela suppose que les faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi pénale plus douce n'ont pas encore donné lieu à une décision passée en force de chose jugée c'est-à-dire définitive au jour de l'entrée en vigueur de cette loi.

2) En matière civile

Le principe de non-rétroactivité a ici valeur législative. Le législateur peut donc décider la rétroactivité de la loi qu'il adopte, d'ailleurs certaines lois sont par nature rétroactives. Exemple : les lois interprétatives qui précisent la signification juridique de lois antérieures ou encore les lois dites de « validation » qui corrigent une irrégularité entachant un acte administratif.

Attention toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme depuis son arrêt de 1999, Zielinski a jugé que le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable s'opposent sauf pour « d'impérieux motifs d'intérêt général » à l'ingérence du législateur dans la justice, dans le but d'influer sur la solution d'un litige.

B) Le principe d'application immédiate de la loi nouvelle

Selon article 2 code civil la loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir, il y a donc application immédiate de la loi nouvelle pour le futur et application de la loi ancienne pour le passé. Ce principe connaît des exceptions.

D'abord l'application de la loi nouvelle peut être différée dans le futur par l'adoption de mesures dites « transitoires » : la loi ancienne s'applique encore provisoirement.

En matière contractuelle, le principe est même la survie de la loi ancienne. La loi ancienne continue de s'appliquer au contrat en cours, ce qui permet de respecter la volonté et les prévisions des partis.

On en revient toutefois à l'application immédiate de la loi nouvelle en matière contractuelle, quand il est nécessaire d'uniformiser des situations. C'est le cas pour les contrats de travail des salariés d'une même entreprise pour éviter de les soumettre à des règles différentes selon la date de conclusion de leur contrat.

Chapitre 4 – les règlements

Les règlements sont des actes normateurs de portée générale et impersonnelle édictés par des autorités administratives. Il faut distinguer les ordonnances et les règlements proprement dits.

I) Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution

En son **article 38** la Constitution prévoit la possibilité d'une délégation du pouvoir législatif au gouvernement. Pour l'exécution de son programme, le gouvernement peut demander au Parlement l'autorisation de prendre des ordonnances pendant un délai limité qui comportent des mesures relevant en principe du domaine de la loi.

Ces ordonnances sont d'abord prises en Conseil des ministres après un avis obligatoire du Conseil d'État, et elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques si un projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant une date fixée par la loi d'habilitation.

À l'expiration du délai prévu, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui relèvent du domaine législatif. De nos jours, les gouvernements utilisent de + en + les ordonnances en dehors même de toute urgence et pour modifier rapidement des pans entiers du domaine législatif, par ex : droit des contrats (modifié par ordonnance du 10 février 2016) ou le droit de travail aussi modifié par ordonnance.

II) Les règlements proprement dits

La nouveauté de la Constitution de 1958 a été de fixer à la loi un domaine d'intervention. Bien qu'important, il s'agit d'un domaine d'attribution. Selon **l'article 37** de la Constitution « tout ce qui n'est pas du domaine de la loi énuméré à **l'article 34** est du domaine du règlement ». Le règlement dispose quant à lui d'un domaine très ouvert. En outre, si une loi intervient dans le domaine du règlement, ses dispositions peuvent être modifiées par décret. Le Conseil constitutionnel doit avoir déclaré préalablement ce caractère complémentaire.

On distingue les règlements en fonction de l'auteur de l'acte et ce faisant par ordre de valeur décroissant.

- Décrets du président de la Rep : délibérés en Conseil des ministres
- Décrets simples du Président de la Rep
- Décrets du 1^{er} ministre
- Arrêtés interministériels
- Arrêtés ministériels
- Arrêtés préfectoraux
- Arrêtés municipaux

Dans la hiérarchie des normes la place du règlement est subtile. Tout d'abord un règlement peut compléter et préciser la loi dans les domaines définis par l'art 34 lorsque la loi ne fait que

déterminer les principes fondamentaux. Il s'agit de règlements d'application de la loi qui ont un rang immédiatement inférieur à la loi dans la hiérarchie des normes. Il existe aussi des règlements dits « autonomes » : qui peuvent être adoptés dans les domaines qui ne relèvent pas de la loi. Attention, ils sont autonomes car ils peuvent être pris en dehors de toute habilitation législative. MAIS cela ne signifie pas qu'ils peuvent être contraires aux lois en vigueur. C'est avant tout une autonomie de création. Une loi ne peut pas les modifier dans leur domaine.

Par ailleurs, le gouvernement délègue à l'occasion son pouvoir à des autorités administratives indépendantes. Ex : autorité des marchés financiers, la commission fondamentale de l'informatique et des libertés, le CSA : conseil supérieur de l'audiovisuel ou encore le défenseur des droits qui a été créé à l'occasion de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui regroupe plusieurs autorités déjà existantes.

Dans leur domaine de compétence, ces autorités disposent d'un pouvoir réglementaire délégué. Elles peuvent édicter des mesures de portée générale, des décisions individuelles voire des sanctions à l'encontre des administrés.

Chapitre 5 – la jurisprudence

30/11/18

Introduction

- Jurisprudence : est constituée par l'ensemble des décisions des juridictions qui font autorité sur une question de droit donnée. Plus précisément, la jurisprudence forme un ensemble de principes juridiques dégagés par les juges et qui font jurisprudence. En raison de la hiérarchie juridictionnelle, la jurisprudence est surtout fixée par les juridictions suprêmes de chaque ordre. Conseil d'État : pour l'ordre administratif/ Cour de cassation : ordre judiciaire et par le Conseil constitutionnel.

En France, le rôle de la jurisprudence a longtemps été nié, en tout cas minoré. Cela résultait d'une certaine conception de la séparation des pouvoirs.

- Le pouvoir législatif est chargé d'édicter la loi,
- Le pouvoir exécutif est chargé de l'appliquer
- ➔ Et sous le contrôle du pouvoir judiciaire.

Selon la formule de Montesquieu qui a théorisé la séparation des pouvoirs comme garantie de la modération des pouvoirs et des libertés : « *le juge n'est que la bouche de la loi* », « *la puissance de juger est quasi nulle* ». Dans cette conception dominante, le juge n'est qu'une autorité d'exécution

de la loi au même titre que le pouvoir exécutif. Le rôle des juges est d'appliquer la loi, qui est une règle générale et abstraite aux cas particuliers qui sont soumis au juge.

Cette vision du juge doit beaucoup à la Révolution française, révolutionnaires avaient souvenir du rôle joué par les parlements sous l'Ancien Régime qui avaient notamment un rôle juridictionnel et qui avaient empêché nombre de réformes tentées sous la Monarchie.

Le Code civil de 1804 : a voulu limiter le rôle des juges. Il a ainsi interdit les arrêts de règlement c'est-à-dire ceux par lesquels les juges entendent faire la loi en posant une règle générale, applicable à tous les cas futurs. Ex : **article 5 du Code civil** toujours en vigueur « *il est défendu au juge de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui lui sont soumises* ». Les juges se sont vus refuser le pouvoir d'énoncer des principes généraux applicables au-delà du litige qu'ils ont à trancher. Il leur a été refusé de créer du droit, ou de créer des règles de droit.

De nos jours, il est admis que à certaines conditions, la jurisprudence constitue une authentique source du droit.

1) *Le pouvoir normateur des juges*

En réalité, la fonction même de juger implique la création du droit. L'application d'une règle générale à un cas concret nécessite au minimum d'interpréter la loi. La matière juridique est ainsi faite que dans la plupart des litiges des arguments sérieux/ crédibles peuvent être défendus par les 2 partis à un procès.

En outre, la loi ne peut prévoir tous les cas, toutes les difficultés. Les juges sont donc confrontés à des cas particuliers où ils peuvent raisonnablement hésiter sur la solution la + conforme à la loi. Le juge doit trancher en faveur d'une interprétation. À cette occasion, son interprétation complète la loi et enrichit, précise la règle de droit. Du reste, le juge est même obligé de le faire. Même si une loi n'est pas claire voire s'il n'y a pas de lois applicables à un litige, l'article 4 du Code civil interdit et sanctionne ce que l'on appelle le « déni de justice » article 4 : « *le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ».

Dans le langage courant on peut parler de « vide juridique » si aucune loi ne permet de régler un cas particulier. En pratique, cette notion ne se vérifie pas. Tout d'abord, la loi n'est pas la seule règle juridique, le vide législatif ne conduit pas à un vide juridique. Le droit contient de nombreuses règles ou principes généraux qui peuvent toujours au minimum être invoqués dans un litige.

La jurisprudence est elle-même source de règle générale. Les juges de la Cour de cassation rendent des arrêts dits « de principe » qui contiennent un chapeau c'est-à-dire l'énoncé d'une règle abstraite et générale. Le Conseil d'État a dégagé de nombreux principes généraux du droit. Il s'agit

de principes non-écrits dont le juge constate l'existence et dont le respect s'impose aussi aux autorités administratives. Si on parle de sources non-écrites du droit, expression est trompeuse parce que jurisprudence figure dans documents écrits MAIS les principes/règles qui sont formulées dans ces arrêts ou jugements ne figurent pas nécessairement comme tel dans des textes écrits. Le juge peut dégager ces principes à partir de la masse des textes passés ou en vigueur mais aussi à partir des conceptions politiques ou éthiques dominantes dans notre système juridique.

Ces PGD résultent ainsi d'une œuvre constructive de la jurisprudence. Ils sont souvent adoptés pour des motifs supérieurs d'équité et afin de protéger/ sauvegarder les droits individuels des citoyens. Une dernière preuve réside dans la possibilité pour les juges de procéder à des revirements de jurisprudence. Dans l'histoire de nombreux arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État ont rompu avec la jurisprudence antérieure. Si l'État du droit est différent avant et après un arrêt c'est bien la démonstration que cette décision est source du droit. La Cour de cassation dans un **arrêt du 21 mars 2000** a même précisé que « le principe de sécurité juridique ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'office du juge dans l'application du droit ».

Les décisions juridictionnelles sont obligatoires pour les justiciables même s'il y a un principe dit « d'autorité relative de la chose jugée » c'est-à-dire que la décision de justice n'a d'autorité qu'entre les partis à un litige, une jurisprudence constante et énoncée en des termes généraux s'appliquera par la suite à tous les justiciables et sera prise en compte par les juridictions intéressées.

II) *Les limites du pouvoir normateur des juges*

C'est une critique récurrente, depuis le célèbre ouvrage d'Édouard Lambert, à savoir la dénonciation du gouvernement des juges. Le pouvoir normateur des juges ne signifie pas pour autant qu'ils peuvent faire la loi. Selon le philosophe du droit **Renald Dworkin** « le travail du juge est comparable à celui d'un écrivain qui participe à un roman collectif. » Chaque juge à son niveau doit rédiger un chapitre, un paragraphe à la suite des précédents. Il dispose d'une part de liberté mais comme le dit Dworkin « il doit tenir compte de l'intrigue, des personnages, déjà décrits ».

➔ Les décisions des juges doivent toujours s'inscrire dans le tissu des normes et des discours juridiques préalablement formulés.

Une partie de la doctrine universitaire encourage les juridictions supérieures françaises à s'inspirer du modèle américain/ anglo-saxon ou celui de la CEDH, pour affirmer + nettement encore leur pouvoir créateur. Le Conseil d'État, la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel refusent de se substituer aux pouvoirs constituants ou aux pouvoirs législatifs. Leur rôle se trouve limité tant dans la création des règles jurisprudentielles que par les limites tenant à leurs compétences.

A) *Les limites dans la création des règles jurisprudentielles*

Les juges ne font qu'interpréter la loi, ils n'ont pas toute liberté pour définir contenu des règles qu'ils créent. En principe juges ne peuvent pas distinguer la loi là où la loi ne distingue pas. Si une loi formule une règle en des termes généraux, le juge ne peut l'interpréter comme posant une distinction au sein d'une catégorie générale. Si un texte traite de la responsabilité du fait des choses, le juge ne peut pas en principe poser un régime de responsabilités différent selon le type de choses. De même, les juges se refusent à poser des limites, des seuils ou des montants qui relèvent uniquement du pouvoir législatif.

Plus généralement, les juges procèdent comme s'ils ne faisaient qu'interpréter la loi. Ils essaient toujours de raccrocher leurs décisions à des textes qu'ils ne font qu'interpréter. Les juges n'évoquent jamais leur jurisprudence antérieure.

B) Les limites tenant aux compétences du juge

Le Conseil constitutionnel veille à ce que le législateur ne se décharge pas de sa compétence sur les autorités réglementaires et sur les juridictions en adoptant des règles volontairement trop vagues.

Dans une célèbre **décision du 21 avril 2005** le Conseil constitutionnel a déclaré non conforme à la Constitution « les dispositions de portée normative incertaine ». Il a posé un principe constitutionnel de clarté de la loi qui s'impose aux législateurs, et ce qu'on appelle un « objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi ». Ces principes imposent aux législateurs d'adopter des dispositions suffisamment précises et non-équivoques dans le but de protéger les citoyens à la fois contre une interprétation inconstitutionnelle ou contre le risque d'arbitraire des autorités chargées d'appliquer les textes. Le législateur ne peut pas reporter sur les autorités juridictionnelles le soin de déterminer des règles qui n'a été confié par la Constitution qu'à la loi. Le Conseil constitutionnel censure les « cas d'incompétence négative du législateur ».

Si le juge dispose d'une marge d'interprétation créatrice du droit, c'est aussi sous le contrôle du législateur. Si ce dernier désapprouve une jurisprudence, il peut adopter une loi contraire à la jurisprudence.

C) Les limites tenant à l'application de la jurisprudence dans le temps

La jurisprudence est par nature rétroactive. Le juge interprète la loi. Officiellement, son interprétation est censée être déjà contenue dans la loi. Elle s'applique néanmoins à des situations, des faits qui lui sont antérieures. (antérieures à la décision du juge) Si la jurisprudence est constante, cette rétroactivité ne pose pas de problèmes de sécurité juridique. Les justiciables connaissent en principe la règle de droit applicable à leur cas.

En revanche, quand le juge procède à un revirement de jurisprudence il met immédiatement en œuvre une règle nouvelle à laquelle les justiciables ne pouvaient pas s'attendre. 2 techniques peuvent être ici mobilisées pour limiter ces inconvénients :

- 1) Les juges peuvent affirmer une règle nouvelle et trouver un motif pour ne pas l'appliquer à l'espèce, au cas, à l'occasion duquel la nouvelle règle a été affirmée.
- 2) Les juges ces dernières années ce sont reconnus le pouvoir de moduler leurs décisions dans le temps en procédant à des revirements pour l'avenir. Le Conseil d'État puis Cour de cassation procèdent de la sorte au motif de l'application immédiate de la nouvelle règle dans l'instance en cours priverait les justiciables du droit à un procès équitable au sens de l'art 6 paragraphe 1 de la Convention européenne des Droits de l'homme.

Il n'en demeure pas moins, que notre époque se caractérise de façon générale par une montée en puissance du rôle des juges. Ces derniers, sont au cœur du fonctionnement concret de nos systèmes juridiques. La raison est à la fois institutionnelle MAIS aussi proprement technique. En vérité, les textes de droit que l'on dit appliqués, ces textes de lois ne contiennent pas déjà la norme qui détermine la solution du cas attribué. Dans le cadre du positivisme traditionnel, les normes se situent dans des textes et les juristes doivent y puiser pour trouver la norme applicable. Or appliquer une norme c'est aussi construire la norme, la produire et pas seulement l'appliquer mécaniquement de façon neutre et automatique. Si le texte appliqué n'est pas rien, il n'est pas tout. Entre les textes et la décision concrète il y a toujours une opération productive de la part du juriste. Le juge doit chercher les textes applicables : quel texte appliquer à quel cas ? Il doit ensuite comprendre la signification de ces textes : que signifie ce texte ? Il doit confronter faits et le texte. Il doit prendre en compte le contexte aussi. Il faut formuler la règle et la justifier.

Le but d'un commentateur est – de connaître les conditions de validité, de vérité des énoncés juridiques que d'avoir une réflexion sur « l'agir juridique ». Attention, il ne faut pas penser que le droit ce n'est qu'une mystification, qu'un habillage sophistiqué d'un pouvoir qui ne s'assume pas/ un masque. Derrière les règles, qui ne sont que des barrières de papier, il s'agit avant tout notamment pour les juges de domestiquer le pouvoir et la violence, qui est à tout époque toujours présente. -> c'est là un rôle des juristes, celui de permettre une pacification des conflits.

Chapitre 6 – les usages

30/11/18

- Les usages : sont des pratiques habituelles qui ont acquis une portée normative. Ils traduisent ce que l'on peut appeler « la puissance normative des faits ». C'est l'idée que à force de répéter toujours les mêmes actions on finit par penser que ce qui est doit être. Les usages sont la preuve que la formation du droit peut être spontanée et non voulue par une autorité par une autorité en particulier.

I) Les différents types d'usage

Il y a des usages géographiques. Le Code civil en donne des exemples. Ex : il dispose que l'on doit tenir compte des usages locaux et reconnus pour fixer la hauteur des clôtures entre propriétés voisines, ou encore la distance à laquelle on peut planter les arbres situés à la limite de propriétés voisines. Il y a aussi des usages professionnels. Le Code de commerce prévoit notamment qu'un professionnel engage sa responsabilité s'il met fin brutalement et sans préavis à une relation commerciale selon les usages propres au commerce.

En droit du travail, de nombreux usages ont obtenu un caractère obligatoire lorsqu'ils présentaient des caractères de généralité et de constances.

Un usage prend le nom de coutume quand il a un degré de généralité important qu'il s'applique sur tout un territoire et qu'il est reconnu comme obligatoire par une majorité de la population.

II) La valeur juridique des usages

7/12/18

Les usages peuvent tenir leur valeur juridique d'une **délégation expresse de la loi**, c'est-à-dire pour régler une question le législateur renvoie aux usages en vigueur dans tel domaine. La **délégation peut être implicite** aussi, c'est le cas avec des notions cadres ou des standards d'interprétation comme la notion de « bonne mœurs » ou encore de « délai raisonnable » qui s'apprécie au cas par cas suivant activité/domaine.

On dit classiquement qu'un usage ou une coutume acquiert force juridique lorsque la pratique en cause est suffisamment constante « une fois n'est pas coutume », on dit aussi que c'est l'élément matériel de la coutume. Il faut aussi que les individus la considèrent comme obligatoire, c'est alors l'élément psychologique de la coutume.

Chapitre 7 – la doctrine

7/12/18

Introduction

Le terme doctrine vient du latin *doctor* et du verbe latin *docere* = enseigner. En droit français :

- La doctrine désigne : les auteurs qui s'expriment sur une question de droit ou plus largement dans une discipline juridique.

La doctrine peut visée un ensemble variable d'auteurs, on évoque parfois **l'ensemble des auteurs** « la doctrine unanime soutient que » ou un **groupe d'auteur** et on dit « qu'une partie de la doctrine

estime que » voire un **auteur isolé** mais dont l'opinion particulièrement on dit alors « une doctrine soutient que ».

Historiquement en droit romain, la **doctrine était une source formelle du droit**, mais par délégation de l'empereur. Ce n'est plus le cas de nos jours, la doctrine est surtout une source d'inspiration, d'influence pour les autorités juridiques MAIS la doctrine n'est pas en elle-même une autorité juridique en tant que créatrice de droit. Une opinion juridique vaut surtout pour l'autorité intellectuelle et académique de son auteur et par la pertinence de ces arguments.

Le rôle de la doctrine est néanmoins tout à fait certain, ce rôle se vérifie de différentes manières :

- **La doctrine permet de porter à la connaissance des sujets de droit** (ex : les justiciables) certains éléments du droit comme l'existence de lois, de règlements ou de jurisprudence. Par son travail de commentaire la doctrine aide à la diffusion et à l'explication du contenu du droit.
- **Elle identifie aussi certaines difficultés d'application et propose des interprétations et des solutions.** Elle a donc aussi un rôle de critique et de proposition. Lorsque la doctrine fait état du droit positif on parle de droit « tel qu'il est » ; « *de lege lata* »
Quand doctrine propose des évolutions, des modifications on parle du droit « tel qu'il devrait être modifié » c'est-à-dire « *de lege fendera* »
- **Plus largement doctrine contribue à la systématisation du droit** c'est-à-dire qu'elle élabore et reconstruit en permanence les concepts scientifiques, les notions et les catégories du droit positif à la fois pour intégrer les solutions nouvelles mais aussi pour présenter le droit comme un système cohérent et relativement complet. Ce rôle est utile pour les juristes mais aussi pour les autorités juridiques elles-mêmes qui n'ont pas toujours le recul suffisant pour saisir le système juridique auquel elles contribuent pourtant.
➔ La doctrine fait ainsi œuvre de théorie.

Dans toutes ces activités la doctrine est-elle neutre au sens scientifique qu'on peut donner à ce terme ?

Cette question sur la possibilité d'une science du droit est très ancienne. Ex : **Kelsen** voulait élaborer conditions d'une authentique « science du droit » : traitement neutre du droit.

Tout commentaire d'une loi, d'une décision de justice même quand elle ne porte pas de jugement de valeur constitue au minimum une forme de légitimation, en identifiant ce qu'est ou pas le droit. Dans certains débats de société notamment, ex : débats sur l'euthanasie... Dans tous ces débats il a été dit que les juristes ne pouvaient exprimer que des opinions personnelles, subjectives. MAIS cela revient aussi à dire que dans d'autres débats sur d'autres questions ils pourraient s'exprimer de façon neutre, scientifique et objective.

→ En réalité, il n'existe pas de questions juridiques qui puissent recevoir une solution unique.

Toute solution juridique même technique exprime un choix d'ordre politique ou axiologique.

L'observateur ne peut jamais se prétendre totalement neutre même lorsqu'il se veut extérieur, car il est toujours issu et inséré dans le milieu à l'écart duquel il prétend être extérieur. Ce constat vaut en droit comme pour les autres sciences humaines et sociales.

Partie 4 – la justice

7/12/18

Il y a un principe qui gouverne le traitement des litiges : nul ne peut se faire justice à lui-même. En cas de litige, l'une des parties au moins doit intenter une action en justice. Elle doit saisir une juridiction compétente pour trancher le différend. Notre époque se caractérise par 2 évolutions à cet égard :

- 1) **Un fort développement des litiges et des procès** ; on parle aussi de juridictionnalisation de la vie sociale → ce qui aboutit aussi à une explosion des contentieux on parle « d'encombrement des prétoires »
- 2) **Le développement des modes alternatifs de résolution des litiges**. Ces derniers, consistent à trancher des litiges en dehors des juridictions étatiques. Dans certains domaines, notamment la vie des affaires, les parties peuvent recourir à l'arbitrage c'est-à-dire confier le règlement du litige à un tiers désigné et selon une procédure prévue par un accord. La médiation et la conciliation sont aussi favorisées entre les parties ; les juges peuvent même être obligés de tenter une médiation avant de rendre un jugement.

Chapitre 1 – organisation juridictionnelle en France

Les juridictions françaises sont divisées en 2 ordres, elles sont aussi hiérarchiquement organisées.

- Tout d'abord l'ordre judiciaire
- Puis l'ordre administratif
- Il existe aussi le Conseil constitutionnel : chargé notamment de contrôler la constitutionnalité de la loi

- Il existe aussi un Tribunal des conflits chargé de trancher les conflits de compétences entre les 2 ordres. Ces **conflits sont dits positifs** quand les 2 ordres de juridiction (judiciaire et administratif) se déclarent compétents et **négatifs** lorsqu'ils se déclarent tout deux incompétents.

1) L'ordre judiciaire

Les juridictions de l'ordre judiciaire sont composées de magistrats c'est-à-dire de juges professionnels. Ces magistrats se divisent en 2 corps au sein de l'ordre judiciaire. Ils peuvent être :

- 1) **Magistrats du siège** : et sont chargés de juger les affaires.
- 2) **Magistrats du parquet** : ils représentent l'État, l'intérêt de la société en portant l'accusation.

Ces 2 catégories de magistrats tirent en France leur légitimité de leur mode de nomination : recrutés par un concours ultra sélectif et formation exigeante.

Les magistrats du siège se caractérisent par leur statut et leur inamovibilité. Ils disposent de garanties fortes d'indépendance notamment à l'égard des autres pouvoirs.

Les juridictions peuvent aussi comporter des **juges non professionnels**, ils sont alors élus par leurs pairs. On les retrouve notamment dans les tribunaux de commerce et dans les conseils de prud'homme.

Quand les juridictions sont composées à la fois de magistrats professionnels et de juges non professionnels, ces juridictions sont désignées d'échevinale.

L'organisation des juridictions judiciaires est pyramidale :

- Sa base : juridiction de 1^{er} degré
- Échelon intermédiaire : Cour d'appel
- Sommet : Cour de Cassation

1) Les juridictions du 1^{er} degré

On doit distinguer les juridictions civiles et les juridictions pénales.

A) Les juridictions civiles

Distinction entre juridictions civiles à compétence général ET juridictions spécialisées.

1) Les juridictions à compétence générale

Certaines juridictions ont une compétence générale, il s'agit des TGI : tribunaux de grande instance. Ils statuent en formation collégiale à 3 juges sauf pour certaines formations, statuant à juge unique. Ex : le juge aux affaires familiales, le juge des enfants ou le juge de la mise en État.

Les TGI sont compétents pour connaître en matière civile de tous les litiges civils dont le montant = ou supérieur à 10 000 euros. Ils ont aussi une compétence exclusive et sans montant, pour les litiges relatifs à l'état des personnes, au mariage, divorce, filiation, nationalité ou encore en matière immobilière.

Puis les tribunaux d'instance : dont suppression est actuellement prévue pour fusion avec TGI. Ils statuent à juge unique et sont compétents pour toutes les actions personnelles ou mobilières d'une valeur comprise entre 4 000 et 10 000 euros. Ils ont aussi des compétences exclusives dans certaines matières. Les TI s'occupent de la justice du quotidien.

2) Les juridictions spécialisées

➤ Les tribunaux de commerce

On parle aussi de juridictions consulaires, elles sont composées de juges élus par leurs pairs c'est-à-dire par des commerçants. Leur compétence de ces tribunaux a un double fondement. Elle découle de la qualité des parties au litige, les tribunaux de commerce sont compétents pour juger des conflits commerçants, de personnes physiques ou morales. L'autre fondement tient à la nature de l'opération litigieuse : les tribunaux de commerce connaissent des contestations relatives aux actes de commerce entre toute personne, même si l'une d'entre elle n'est pas commerçante à titre habituel.

➤ Les conseils de prud'homme

Ce sont aussi des juridictions électives. Leurs membres sont élus tous les 5 ans par les salariés et les employeurs. Ce sont des juridictions paritaires car composées d'un nombre égal de salariés et d'employeurs. Au début d'un litige, une conciliation est obligatoire devant un **bureau de conciliation**, composé d'au moins 1 salarié et 1 employé.

Intervient ensuite un **bureau de jugement** composé d'au moins 2 employeurs et 2 salariés : en cas de partage des voix, il est fait appel à un juge départiteur ; qui est un juge professionnel issu du TI.

Les conseils de prud'homme sont compétents pour trancher les différends, les litiges relatifs à tout contrat de travail entre un employeur et un salarié. Leurs compétences se limitent cependant, aux litiges individuels. Ils ne sont pas compétents pour les conflits collectifs, ex : les grèves.

B) Les juridictions pénales

Elles sont chargées de la répression des infractions. Une infraction pénale peut aussi causer un dommage à une personne, celle-ci peut intenter une action civile pour demander réparation devant

la juridiction pénale qui statue sur l'infraction. La victime se constitue alors partie civile. Elle peut aussi demander réparation devant le juge civile, mais le procès est + long, + coûteux et le juge civile doit surseoir à statuer dans l'attente de la décision du juge pénal. Un adage dit que « *le criminel tient le civil en état* ». (forme de hiérarchie entre les 2)

Un procès pénal c'est un procès entre : l'État et des individus et plus largement la société. Pas un procès entre un accusé et des victimes.

Dans la procédure pénale de droit commun il y a 3 phases :

- 1) Poursuite
- 2) Instruction
- 3) Jugement

1) La poursuite

Cette phase de poursuite est gouvernée par le principe de l'opportunité des poursuites. C'est au ministère public représentant du parquet de décider s'il faut ou non poursuivre l'auteur présumé d'une infraction.

Le ministère public peut décider de classer une affaire sans suite même s'il y a une infraction caractérisée. Le parquet est le représentant de l'État, et c'est l'État qui décide de la politique pénale à suivre.

Toutefois, pour certaines infractions les victimes peuvent se constituer partie civile. Ce faisant, elles obligent le procureur de la République à exercer l'action publique.

Le parquet est secondé par la police judiciaire qui est chargée d'identifier et d'arrêter les auteurs d'infraction.

2) La phase de l'instruction

Phase de l'affaire où les preuves sont recherchées. En droit français, le procès pénal est de type inquisitorial. Il appartient aux juges de rechercher les preuves à charge et à décharge. L'instruction est obligatoire en matière criminelle, facultative en matière correctionnelle. Longtemps l'instruction fut confiée à un juge unique : le juge d'instruction. Suite à des affaires médiatiques, la loi du 5 mars 2007 a créé un collège de l'instruction composé de 3 juges compétents pour prendre les décisions les + importantes, comme par ex la mise en examen ou le placement sous contrôle judiciaire.

Le juge d'instruction et collège d'instruction peuvent délivrer des mandats, dont le mandat de comparution ou un mandat d'amener qui est un ordre donné aux forces publiques pour amener une personne et s'il le faut de force, par contrainte.

Par contre, le mandat de dépôt qui autorise le placement en détention provisoire d'une personne mise en examen relève d'un juge des libertés et de la détention qui est un magistrat du siège, issu du TGI ayant rang de président ou de vice-président et désigné par le président du TGI. Il possède des attributions en matière de respect de la liberté individuelle, il peut donc ordonner ou prolonger une détention provisoire. Ce juge peut accepter ou refuser une remise en liberté, il peut aussi autoriser certaines perquisitions ou prolonger des gardes à vue à titre exceptionnel.

À la fin de l'instruction, le juge rend une ordonnance qui peut être de non-lieu ou au contraire une ordonnance de renvoi de la juridiction compétente.

3) Le jugement

Phase confiée à plusieurs juridictions selon la gravité des infractions.

- Les contraventions : le – grave et peine encourue inférieure à 3 000 euros. Jugés par les tribunaux de police.
- Les délits : jugés par les tribunaux correctionnels
- Crimes : jugés par les Cours d'assises

Les tribunaux de police statuent à juge unique. Tribunaux correctionnels statuent à 3 juges. Et les Cours d'assises sont composées de 3 magistrats mais aussi de 9 jurés qui sont choisis par tirage au sort sur les listes électorales.

Pour les mineurs il existe des juridictions spécialisées : le juge des enfants et le tribunal pour enfants. Il existe des juridictions spéciales pour statuer sur la responsabilité pénale de certains responsables politiques comme la Haute cour de justice pour le président de la République ou la CJR (cour de justice de la république) pour les ministres.

2) Les cours d'appel

Principe du double degré de juridiction. Un plaideur qui a perdu son litige en 1^{ère} instance a en principe le droit de faire juger à nouveau son affaire par une juridiction d'un degré supérieur. Celle-ci a le pouvoir de réformer la première décision. Il y a donc un double degré de juridiction. Il n'existe cependant qu'à un certain taux de ressort, c'est-à-dire pour des affaires dépassant une certaine valeur. L'appel a 2 caractéristiques :

- 1) **Suspensif** : pendant le délai d'1 mois pour faire appel l'exécution du jugement est suspendue.
- 2) **L'appel est dévolutif** : le litige est dévolu dans son entier en droit et en fait devant la Cour d'appel.

Une Cour d'appel est une juridiction de fond, elle rejuge entièrement l'affaire. Il existe 36 cours d'appel. Les arrêts sont rendus par des magistrats professionnels qui délibèrent en principe au nombre de 3.

3) La Cour de cassation

Cour de cassation : juridiction suprême de l'ordre judiciaire. Elle est divisée en 6 chambres spécialisées :

- 3 chambres civiles avec chacune des sous spécialisations
- 1 chambre commerciale et financière
- 1 chambre sociale
- La chambre criminelle

À la cour de cassation, le parquet est représenté et dirigé par un procureur général près la cour de cassation, assisté d'un premier avocat général et d'avocats généraux.

Si un pourvoi en cassation soulève une question de principe ou relevant des attributions de plusieurs chambres → une chambre mixte est constituée, composée de magistrats de 3 chambres au – de la Cour.

La formation la + solennelle est l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Sa saisine est obligatoire quand un second pourvoi est formé sur la même question de droit. Dans ce cas, la cour d'appel de renvoi a refusé de s'incliner devant la cour de cassation.

L'assemblée plénière peut être saisie de façon facultative et sur un 1^{er} pourvoi quand il y a un risque de divergence important entre les juridictions du fond et la Cour.

Le pourvoi en cassation doit être formé dans les 2 mois de la signification de la décision du fond. Devant la Cour les parties doivent être représentées par un avocat aux conseils qui est titulaire d'une charge spécifique. Avec le pourvoi en cassation c'est une décision juridictionnelle que les justiciables attaquent. Le pourvoi a ici 2 caractéristiques :

- 1) Il n'est pas suspensif (à part exceptions)
- 2) Il n'est pas dévolutif : la Cour de cassation n'est pas un 3^{ème} degré de juridiction. Elle ne juge qu'en droit et non en fait. Elle ne remet pas en cause les faits tels qu'ils sont souverainement appréciés par les juges du fond.

La cour de cassation peut décider de rejeter un pourvoi ou au contraire casser et annuler la décision attaquée. Si elle rejette le pourvoi, la décision attaquée devient irrévocable et passe en force de chose jugée. (= elle est définitive)

La Cour peut aussi censurer un arrêt et les parties sont replacées dans l'état antérieur à la décision. L'affaire doit de nouveau être jugée, elle est renvoyée devant une juridiction dite de renvoi qui peut être la même que celle dont émane la décision attaquée.

14/12/18

II) L'ordre administratif

Il comprend d'un côté :

- Des **juridictions générales** parmi lesquelles le Conseil d'État et des juridictions territoriales : tribunaux administratifs et Cours administratives d'appel (CAA) qui ont une compétence territoriale déterminée par leur ressort
- Des **juridictions administratives spécialisées**

1) Le Conseil d'État

Il a été créé par la Constitution du 22 frimaire an 8 (13 décembre 1799) à l'image de l'ancien conseil du Roi. Le Conseil d'État joue un rôle fondamental dans la vie publique française qui va bien au-delà de ce que donne à penser sa seule place au sein de la juridiction administrative. Il est au cœur de l'État. Ses compétences principales sont doubles :

- Il est le juge suprême de l'administration
- Il est aussi conseiller du gouvernement et du Parlement

Lorsqu'il statue au contentieux il rend des décisions généralement appelées « **arrêts** » et quand il conseille le gouvernement il rend des « **avis** ».

Le Conseil d'État est tout d'abord la **juridiction administrative suprême**. Il a dans cette fonction des compétences + importantes que la Cour de Cassation. Il est juge de Cassation, il a aussi gardé d'importantes attributions comme ; juge de premier ressort, et juge d'appel.

En 1^{er} et dernier ressort, le Conseil d'État n'est pas le juge de droit commun MAIS relève toujours directement du Conseil d'État, les recours dirigés contre les ordonnances et les décrets du président de la Rep contre les actes réglementaires des ministres et des autres autorités à compétence nationale. Il est aussi compétent pour les circulaires et instructions de portée générale, les litiges relatifs à la situation individuelle des fonctionnaires nommés par décret du président et les actions en responsabilité dirigées contre l'État pour une durée excessive de la procédure devant la juridiction administrative.

En appel il a des compétences + limitées. Il statue surtout dans le contentieux des élections municipales et cantonales.

En cassation le Conseil d'État connaît des recours formés contre les décisions des juridictions spécialisées de dernier ressort et des recours dirigés contre les arrêts des cours administratives d'appel.

La **loi du 31 décembre 1987** a ouvert 2 possibilités au Conseil d'État après l'annulation de ces décisions :

- Soit il renvoie l'affaire aux juges du fond qui statue à nouveau
- Soit il estime que l'intérêt d'une bonne administration de la justice exige qu'il rejuge lui-même l'affaire au fond et statue définitivement.

Toutes ces compétences se traduisent par des décisions juridictionnelles. En matière contentieuse, le Conseil d'État a encore une attribution qui lui **permet d'accélérer le traitement des litiges**. En effet, les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel peuvent aussi lui transmettre un dossier pour avis s'ils (juges du fond) estiment être en présence d'une question de droit nouvelle présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges. En principe cet avis dit contentieux ne lie pas la juridiction qui l'a demandé MAIS en pratique les juridictions du fond ne peuvent guère que le respecter. Ces avis contentieux ne doivent pas être confondus avec les avis rendus par les sections administratives du Conseil d'État qui rendent quant à elles des avis administratifs notamment sur les projets de loi et d'ordonnances du gouvernement et certains décrets.

2) Les juridictions administratives territoriales

A) Les tribunaux administratifs

Ces tribunaux administratifs ont succédé en 1953 aux anciens conseils de préfecture. Il en existe 42, leurs décisions s'appellent des « **jugements** ». Ils statuent en 1^{er} ressort et sont **juges administratifs de droit commun** sous réserve des compétences attribuées expressément aux autres juridictions administratives. TOUS les litiges administratifs relèvent de leurs compétences SAUF si une disposition spéciale ne déroge à ce principe en donnant compétence au Conseil d'État ou à une autre juridiction administrative.

B) Les cours administratives d'appel

Elles ont été créées par **la loi du 31 décembre 1987**, elles sont compétentes pour statuer sur les jugements des tribunaux administratifs frappés d'appel et en dehors des cas où le Conseil d'État demeure compétent en appel. Ces cours sont au nombre de 8, et elles sont présidées par un conseiller d'État.

3) Les juridictions administratives spécialisées

Elles présentent 2 caractéristiques :

- 1) Elles ont une **compétence d'attribution**, elles ne connaissent que des affaires, des litiges qui leur sont confiées par un texte.
- 2) Le Conseil d'État contrôle leur activité directement ou indirectement par la voie du recours en cassation.

On dénombre aujourd'hui environ 50 juridictions administratives spécialisées. La + célèbre : **la Cour des comptes** dont la mission est double :

- Elle juge les comptes des comptables publics et les comptables de fait
- Elle exerce un contrôle administratif non juridictionnel sur l'administration

À ses côtés il existe aussi une **Cour de discipline financière et budgétaire** qui statue sur la responsabilité des ordonnateurs autre que les ministres et les élus des collectivités territoriales. Pour ces dernières ce sont les chambres régionales des comptes qui jugent les comptes des comptables locaux sous le contrôle en appel de la Cour des comptes.

En matière disciplinaire on trouve aussi parmi les juridictions administratives spécialisées le **Conseil supérieur de la magistrature**.

On peut aussi citer les sections disciplinaires des conseils académiques des universités dont les décisions peuvent faire l'objet d'un appel devant le Conseil national de l'enseignement supérieur et de la recherche (le CNESER). Ce système est comparable à l'intérieur des ordres professionnels ex : pour les médecins une chambre disciplinaire nationale.

Dans un autre domaine la Cour nationale du droit d'asile statue sur les recours dirigés contre les décisions de l'office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA) lorsqu'ils refusent le titre de réfugié ou l'asile territorial. Encore dans un autre domaine, il existe aussi commission du contentieux du stationnement payant qui est une juridiction administrative spécialisée compétente pour statuer depuis 2015 sur les recours dirigés contre les avis de paiement du forfait post-stationnaire.

La multiplication de ces juridictions pose des problèmes de qualification. Contrairement à ce que l'on peut penser la question « *qu'est-ce qu'une juridiction ?* » reste ouverte. Il n'est pas toujours facile de dire si tel organisme est une juridiction qui rend des jugements ou si c'est une autorité administrative qui rend des décisions administratives. Dans le silence ou l'indécision des textes c'est au Conseil d'État de décider, qu'il fait de manière empirique en cherchant un faisceau d'indices.

Chapitre 2 – la justice politique

14/12/18

Introduction

Il existe en France des juridictions spéciales compétentes pour juger de la responsabilité de certains responsables politiques. On peut citer la Haute Cour et la Cour de justice de la République.

I) La Haute Cour

La Constitution contient un titre 9 consacré à la Haute Cour, **article 67 et 68**. Cette Cour est présidée par le Président de l'Assemblée Nationale et composée de 22 membres élus par l'Assemblée Nationale et par le Sénat en leur sein et en nombre égal.

Elle est compétente pour juger et le cas échéant destituer le Président de la République. Ce dernier est responsable des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions qu'en cas de « manquement à ses devoirs manifestement incompatibles avec l'exercice de son mandat ». Cette expression est très vague et elle peut regrouper des hypothèses aussi bien pénales que politiques.

Le Président en peut être mis en accusation qu'après un vote des 2 Assemblées qui décident la réunion de la Haute Cour. Celle-ci statue par un vote à bulletin secret et à la majorité des 2/3.

II) La Cour de justice de la République (CJR)

Les membres du gouvernement peuvent être déclarés pénalement responsables des actes accomplis dans l'exercice de leur fonction et qualifiés d'acte de crime ou de délit au moment où ils ont été commis. Contrairement aux autres justiciables, ils bénéficient d'un privilège de juridiction. Ils sont jugés (pour ces actes là) non par les juridictions pénales de droit commun MAIS par la CJR dont l'existence et la formation sont prévus **à l'article 68-1 à 68-3** de la Constitution.

La CJR comprend :

- 15 juges
- 12 parlementaires : élus par l'Assemblée Nationale et par le Sénat en leur sein et en nombre égal (6 sénateurs, 6 députés)
- 3 magistrats du siège à la Cour de cassation dont l'un préside la CJR

La Cour est liée par la définition des crimes et des délits et par la détermination des peines fixée par la loi. Toute personne qui s'estime lésée par un crime ou délit commis par un membre du gouvernement dans l'exercice de ses fonctions peut porter plainte auprès d'une commission des requêtes.

Cette dernière, ordonne :

- Soit le classement de la procédure
- Soit sa transmission au procureur général près la Cour de cassation afin de saisir la CJR

Le procureur général peut aussi saisir de sa propre initiative la Cour mais après avis conforme de la Commission des requêtes. L'affaire est ensuite instruite par une Commission d'instruction. Les arrêts de la CJR peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation. Ce privilège de juridiction pour les ministres a été critiqué depuis la création de la CJR en 1993 et l'affaire du sang contaminé qui a conduit au jugement de 3 ministres dont le 1^{er} ministre (Fabius). En décembre 2016 la Cour a aussi jugé une ancienne ministre de l'économie ; la reconnaissant coupable de

négligence pour s'être abstenue d'engager un recours en justice contre un arbitrage défavorable à l'État. La ministre en question, présidente du FMI actuellement a néanmoins bénéficié d'une dispense de peine.

→ Il y a une ambiguïté ; entre responsabilité politique et pénale.

La suppression de la CJR est actuellement prévue dans le projet de révision constitutionnelle dont l'adoption néanmoins n'est pas certaine à cette heure.

Chapitre 3 – la justice internationale

Le droit international public est classiquement volontariste. Les États sont souverains, ils ne sont régis par des normes internationales supra-étatiques que s'ils l'ont voulu. Ils ne sont ainsi soumis à une juridiction internationale que s'ils ont accepté par un acte de souveraineté un transfert ou une limitation de souveraineté. Ils en reconnaissent alors la légitimité, l'autorité. Les États ont toutefois d'autres moyens de pression que le droit dans les relations internationales : rupture des relations diplomatiques, sanctions économiques, interventions militaires et opérations clandestines.

1) La Cour internationale de justice

La SDN avait déjà permis la création en 1922 d'une Cour permanente de justice internationale. En 1945, l'ONU fut créée et la Cour permanente fut remplacée par la Cour internationale de justice. Elle siège à la Haye et elle est l'organe judiciaire de l'ONU. TOUS les membres des nations unies sont partis au statut de la Cour.

La Cour comprend 15 juges élus pour 9 ans par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité de l'ONU parmi les candidats présentés par chaque pays membre.

La Cour a une double compétence :

- **Juridictionnelle** : elle tranche les différends d'ordre juridique soumis par les États membres
 - **Consultative** : elle rend des avis sur les questions juridiques posées par les organes ou institutions de l'ONU.
- **Dans sa compétence juridictionnelle** : la Cour ne peut connaître d'un litige que si les États en cause l'ont accepté. La Cour applique les conventions internationales, la coutume internationale ou encore les principes généraux du droit reconnus par les nations civilisées. Les arrêts de la Cour sont dépourvus de forces exécutoires. Les États ne peuvent pas n'ont plus avoir recours à la force pour les faire exécuter. Le Conseil de sécurité en cas d'inexécution doit être saisi pour faire les recommandations ou décider de mesures pour l'exécution d'un arrêt.

II) *La Cour pénale internationale*

La CPI a été instituée par le Statut de Rome adopté en 1998 et entré en vigueur en 2002. Il s'agit d'une juridiction pénale et dont la fonction est de punir les crimes internationaux les + graves qui touchent l'ensemble de la communauté internationale. Il s'agit des crimes de génocide, crimes contre l'humanité, et des crimes de guerre. Elle siège également à la Haye.

III) *Les tribunaux pénaux internationaux créés ad hoc (créés spécialement pour une affaire)*

Plusieurs tribunaux pénaux internationaux ont été créés spécifiquement pour juger de crimes graves commis dans certaines régions du monde.

En 1993 le tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a été institué pour juger les personnes responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur ce territoire.

En 1994 le Conseil de sécurité des nations unies a aussi créé un tribunal pénal international pour le Rwanda afin de juger les responsables d'actes de génocide et autres violations graves du droit international humanitaire.

CONCLUSION GÉNÉRALE – principales transformations contemporaines du droit

Le droit est toujours en mouvement. Il est travaillé par plusieurs phénomènes de transformation. À notre époque, on peut en cerner au moins 3 principaux.

- 1) Internationalisation du droit** qui s'accélère depuis la fin du XXème siècle. Il n'est plus vraiment de domaines qui échappent à une réglementation ou à un contrôle international. En France une matière comme le droit de l'environnement est issue pour + de 80% de la réglementation de normes européennes et internationales. Il en va de même en matière économique.

Le droit européen est particulièrement important.

Le processus de globalisation est très marqué et dominé par les pays de Common Law. Ce n'est pas sans conséquence. Le droit est dans ce cas, pour l'essentiel **jurisprudentiel et casuistique**. La figure dominante est celle du juge. La Common Law est aussi gouvernée par le **principe du précédent** où les juridictions sont liées par leurs décisions antérieures et par celles des juridictions supérieures. On assiste toutefois à des résistances contre le mouvement de globalisation du droit. L'Union européenne en est la preuve. Les populations à des degrés divers acceptent parfois difficilement des obligations qui leur semblent imposées autoritairement de façon lointaine par des organisations qui n'ont pas la même communauté d'appartenance.

2) **Phénomène de procéduralisation** : on peut distinguer 2 formes de justice

- Substantielle : se préoccupe de la part à donner à chacun pour que la distribution des droits et obligations soit juste.
- Procédurale : se préoccupe de ce qu'est la procédure juste pour aboutir à une juste répartition.

De nos jours la procéduralisation du droit et de l'action publique s'accélère. Dans la tradition du Common Law ; la place de l'action en justice est centrale. L'attribution d'un droit dépend d'une action préalable. Les juridictions internationales encouragent ce modèle. Le juge devient de + en + la source 1^{ère} du droit, il « dit le droit » et ne se contente pas d'être « la bouche de la loi » ce qui pose aussi la question de la légitimité des juges ; risque de gouvernement des juges. Quant aux juridictions internationales ; elles posent aussi la question de la répartition des compétences avec les États où la souveraineté populaire s'exprime grâce à des parlements démocratiquement élus.

3) **Fondamentalisation du droit** : ce terme est utilisé pour décrire l'importance croissante des droits et libertés fondamentaux dans les ordres juridiques.

Les 1^{ères} déclarations de droits et libertés sont anciennes. On peut citer la « magna carta » : la grande charte anglaise de 1215. La déclaration d'indépendance des États-Unis du 4 juillet 1776 qui comporte l'affirmation des droits et libertés. Et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

➔ Ces déclarations proclament des droits de l'Homme de 1^{ère} génération.

Après la 2^{GM} une seconde génération de droit est proclamée. Déclaration de Philadelphie de 1944, Déclaration universelle des droits de l'homme 1948, Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950 ou encore les pactes internationaux de 1966.

À côté des droits politiques et droits civils, ces textes comportent des droits économiques, sociaux et culturels. On les qualifie de droit créance car ils nécessitent pour être effectifs l'intervention de l'État qui est alors débiteur et prestataire de ces droits.

Avec le droit de l'environnement apparaît une 3^{ème} génération de droits. En France, ce mouvement de fondamentalisation a surtout débuté avec la décision du Conseil constitutionnel du **16 juillet 1971** qui a inséré dans le bloc de constitutionnalité les droits et libertés reconnus par le préambule de la Constitution de 1958. Ce mouvement s'est ensuite poursuivi avec l'application directe de la Convention européenne des Droits de l'homme et il a encore connu une forte accélération avec l'introduction de la QPC qui permet à l'application dans tout litige de l'argument de la non constitutionnalité d'une loi.

Dans le moindre litige le débat peut s'élever au niveau constitutionnel, le risque étant que la notion de droit fondamental soit quelque peu banalisée.

La globalisation a fait naître l'espoir de construire un ordre mondial + juste et fondé sur la reconnaissance et la protection universelle des droits de l'homme. MAIS cet objectif se heurte au système juridique autoritaire et aussi aux autres grandes cultures.

- La fondamentalisation du droit apparaît aussi à certains selon l'expression d'Alain Supiot comme un « fondamentalisme occidental ».