

# INTRODUCTION

## CHAPITRE INTRODUCTIF

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Septembre 2020

## Table des matières

Introduction .....	1
1. Les principales subdivisions du droit .....	2
1.1 – Droit privé/Droit public .....	2
1.2 – Droit interne/Droit international .....	3
1.3 – Droit substantiel/Droit processuel.....	3
2. Les branches du droit.....	3
2.1 – Le droit constitutionnel .....	4
2.2 – Le droit civil .....	4
2.2.1) le droit de la famille et des personnes.....	4
2.2.2) le droit des obligations .....	4
2.2.3) le droit civil des biens.....	5
2.2.4) Le droit des suretés .....	5
2.3 – Le droit administratif.....	5
2.4 – Le droit pénal.....	6
2.5 – Le droit social .....	7
2.5.1) du travail.....	7
2.5.3) l'aide sociale .....	7
2.6 – Les autres matières.....	7

## Introduction

Le droit est d'abord un système de légitimité. Aucun système juridique ne pourrait fonctionner, durer, s'il ne s'appuyait pas sur des représentations et des valeurs partagées. Le droit est d'abord le reflet des aspirations, préoccupations des êtres humains. A cet égard, le droit est aussi intimidant que passionnant. Il est intimidant car il constitue aussi un système technique qui peut paraître hermétique, fermé sur lui-même, et réservé à des spécialistes. Il intimide aussi car il est relié à l'histoire, la philosophie, l'économie, la science, et même la psychologie. Au fond, rien de ce qui est humain n'est étranger au droit. C'est précisément par ses qualités de phénomène social et humain que le droit mérite notre attention. Il occupe une place centrale dans nos sociétés. Il a pour grande fonction d'instituer l'Homme et la société. Il est le principal instrument de gouvernement des sociétés et, plus largement, de régulation sociale. Attention, toutefois, il s'agit là d'une vision très occidentale du droit. Dans d'autres cultures, ces fonctions relèvent d'autres systèmes normatifs, comme la tradition, la religion. Le modèle de l'obéissance à des règles sanctionnées par des tribunaux notamment, n'est pas partout le principal moyen de faire respecter un ordre social.

# 1. Les principales subdivisions du droit

Il y en a trois :

## 1.1 – DROIT PRIVE/DROIT PUBLIC

Distinction classique notamment en droit français, « summa divisio », le droit privé régit les relations entre personnes privées (physiques) et personnes morales (société, association). Le droit public régit les relations dans lesquelles est impliquée une autorité publique (État) mais aussi une région, département, commune, établissement public (université) doté de la **personnalité morale de droit public**, existence juridique comme personne juridique, impliquée avec d'autres autorités publiques ou des personnes privées. La distinction nous vient du droit romain qui distinguait déjà le « jus publicum », « res publica » (chose publique) ou « privatum jus » (privé), qui intéresse l'utilité des individus pris isolément. Cette distinction des droits s'est aussi traduite en France par une distinction entre ordres juridictionnels, il existe dans notre système juridique deux juges pour trancher les litiges : le juge judiciaire et administratif, ce dualisme juridictionnel est le fruit de notre histoire, après la révolution de 1789 il n'existait pas de juge administratif, l'administration se jugeait elle-même en vertu d'un principe dit de séparation des autorités administrative et judiciaire (la loi des 16 & 24 août 1790), ce principe dérivé lui-même du principe de séparation des pouvoirs au sens de Montesquieu. La nécessité d'un juge propre à l'administration s'est imposée mais le juge administratif est progressivement apparu notamment à partir de la création du conseil d'État par la constitution de l'an 8, 1799. En raison de ce dualisme constitutionnel, la distinction droit privé et public est devenue particulièrement forte, elle comporte néanmoins une hésitation longtemps discutée par les juristes, qu'en est-il du droit pénal : droit privé ou droit public ? Le droit pénal est une branche du droit privé, pourtant le droit pénal a pour objet de sanctionner les atteintes à la société et l'une des parties au procès pénal est l'État représenté par le ministère public qui est chargé de mener l'accusation même au nom de la société. Un procès pénal est un procès entre l'État et un accusé. Il est aujourd'hui membre de l'ordre judiciaire. Parfois la distinction privé/public se trouve dépassée, l'État intervient de plus en plus dans des actions privées, il utilise des moyens de droit privé et se comporte comme une personne privée, dans ce cas en cas de litige, c'est le juge judiciaire qui est en principe compétent et le droit privé s'applique. Par ailleurs le droit constitutionnel, qui relève du droit public, énonce des principes et des règles qui s'appliquent à toutes les actions et personnes en dépassant la distinction, cette application transversale a été renforcée par l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (permet à tout justiciable de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi aux dépens de la liberté que permet la constitution). Le droit public s'inspire de plus en plus notamment en matière économique des logiques issues du droit privé, on assiste à une sorte de banalisation de la spécificité du droit public qui n'est plus complètement opposé au droit privé. Cette distinction est aussi relative dans d'autres pays y compris européens.

## 1.2 – DROIT INTERNE/DROIT INTERNATIONAL

Cette distinction intéresse aussi bien le droit public que privé, le droit international public est le droit des relations entre les États et des organisations internationales (ONU, OMC, OTAN...) il comporte lui-même différentes branches comme le droit des traités, de la guerre ou encore de l'Homme dans leur dimension internationale. Le Droit international privé est le droit applicable aux personnes privées dans des relations juridiques internationales, il a notamment pour objet de régler les conflits de lois ou de juridiction dans l'espace lorsqu'il présente des éléments d'extranéité c'est-à-dire des points d'ancrage dans des systèmes juridiques étrangers : détermination nationalité, du domicile, lieu de conclusion d'un contrat ou de livraison, avec la mondialisation des échanges et la circulation des personnes, ce droit a pris une ampleur inédite, il intéresse même les droits de succession. Le droit international privé permet de désigner l'ordre juridique compétent, loi applicable et l'ordre juridictionnel compétent, les tribunaux pour trancher un litige, les deux questions peuvent être distincte, un juge français peut appliquer une loi étrangère, les conflits de lois peuvent être réglés par des conventions internationales qui définissent des règles s'appliquant uniformément aux sujets de droit, Ex : la convention de Vienne s'applique à la vente internationale de marchandises. Le droit International a aussi permis la création d'ordre juridique distinct des États notamment en Europe, droit du conseil de l'Europe ou de l'UE, mais ces systèmes juridiques se sont autonomisés du droit international, le droit de l'UE n'est pas considéré comme du droit international dès qu'il est intégré au droit des Etats membres sans être assimilable à ces derniers.

## 1.3 – DROIT SUBSTANCIEL/DROIT PROCESSUEL

Un système juridique repose sur des règles de plusieurs types, la répartition juste des droits et des devoirs entre les individus est opérée par des règles dites substantielles, par substance des règles on vise leur contenu c'est-à-dire les droits et obligations qu'elles posent à l'égard des individus qui en sont les destinataires/ sujets. C'est le droit en termes d'obligation et/ou de pouvoir, prérogative. Il existe des règles procédurales qui permettent la mise en œuvre juridictionnelle des droits et des obligations, c'est règles de procédure composent le droit processuel, il diffère d'une juridiction à l'autre, la procédure civile est différente de la procédure pénale et de la prud'hommale ou de celle administrative contentieuse. Les règles procédurales ne sont pas moins importantes que celles substantielles. Les règles de procédures ont une importance capitale, c'est elles qui permettent l'échange des arguments, d'agir en justice, justifie aussi les solutions rendues sur le fond par les juges, elles fournissent un certain nombre de garantis aux justiciables dans le traitement de leurs litiges, elles permettent de canaliser, formaliser les conflits. Le droit est l'un des instruments les plus puissants inventés par l'Homme, résoudre les litiges de manière pacifique. Il n'y donc pas de droit substantiel véritable et garanti sans droit processuel.

## 2. Les branches du droit

Principales branches du droit :

## 2.1 – LE DROIT CONSTITUTIONNEL

Le droit constitutionnel a pour objet la constitution, c'est-à-dire l'ensemble des normes juridiques les plus importantes d'un ordre juridique, les règles fondent l'Etat, les constitutions contiennent au minimum les principes d'organisation et de fonctionnement de l'Etat. Elles sont le statut de l'Etat, elles fixent aussi le type de régime politique, les principaux pouvoirs publics, leur mode de désignation, leur compétences et les relations entre ces pouvoirs. Dans de nombreux Etats la constitution contient aussi l'énoncé des droits et libertés des individus et des citoyens. En France, longtemps le corps de la constitution se limitait aux règles d'organisation et fonction des pouvoirs publics. Désormais le préambule à valeur juridique permet de garantir les droits et libertés essentiels, grâce à la reconnaissance de la valeur constitutionnel de la DDHC, de 1789.

## 2.2 – LE DROIT CIVIL

Le mot civil vient du latin civis → citoyen. Le droit civil est le droit commun de la société, le droit applicable à tous les citoyens. Dans le droit romain, c'était le droit applicable aux citoyens romains, par opposition au droit des autres populations de l'empire, qui formaient le jus entium. Le droit civil fut progressivement appliqué à tous les citoyens de l'empire à partir de l'an 212, et l'édit de Caracalla. A l'époque de l'empereur Justinien, il regroupait l'ensemble du droit impérial. On voit ainsi que ce droit n'est pas une catégorie universelle du droit. C'est un héritage du droit romain. Ainsi, en droit anglais, et plus largement dans les pays de Common Law (Usa, New Zealand, Canada), le droit civil n'est pas une notion inconnue, mais il renvoie au droit dit romano-germanique (qu'on dit aussi les droits continentaux). On distingue 4 sous ensembles dans le droit civil :

### 2.2.1) le droit de la famille et des personnes

→ cœur du droit civil. Le droit des personnes régit leur état, c'est-à-dire ce qui, juridiquement, institue la personne au sein de la société. Le droit de la famille concerne lui les relations extra-patrimoniales entre membres d'un couple (mariage, concubinage, pax, divorce). Dans un sens plus large, il intègre aussi les relations parents/enfants (règles de filiation, autorité parentale). Le droit de la famille comprend aussi le droit patrimonial (droit des régies matrimoniaux (règles de répartition et gestion des biens entre époux), droit des successions (règles de dévolution des biens dans la famille, voire hors celle-ci).

### 2.2.2) le droit des obligations

Il détermine les règles au moyens desquelles une personne peut être obligé envers une autre à donner/faire/pas faire quelque chose. Par exemple ; les délits(intentionnels), ou quasi-délits (négligences qui ont causé un dommage à autrui) entrent dans le droit des obligations en obligeant leur auteur à réparer le dommage causé. On parle alors de responsabilité civile délictuelle ou quasi-délictuelle. Les contrats, autre composante du droit des obligations sont des accords de société entre deux ou plusieurs personnes en vue de créer, modifier, ou transmettre des obligations.

En cas de non-respect de celles-ci, la responsabilité contractuelle de l'une des parties peut être recherchée.

### 2.2.3) le droit civil des biens

Il régit les richesses qui sont à la disposition des personnes : patrimoines, rapport des personnes aux choses (droit de propriété, et ses subdivisions).

### 2.2.4) Le droit des suretés

Ensemble des garanties que peut obtenir un créancier pour le paiement d'une dette. On dit que les sûretés sont personnelles, quand c'est une personne qui garantit le paiement de la dette, c'est alors un cautionnement. On parle aussi de suretés réelles quand c'est un bien qui affecté à la garantie de la dette (hypothèque/gage en immobilier)

## 2.3 – LE DROIT ADMINISTRATIF

C'est le droit spécifique de l'administration. Il régit le rapport entre l'état ou toutes les personnes publiques et une personne publique, ainsi que les relations entre personnes publiques. CE droit régit le régime juridique des actes de l'administration, actes unilatéraux, ou contrats administratifs, le droit des collectivités territoriales, le droit de la fonction publique, des services publiques, de la police administrative, ou encore de la responsabilité administrative. CE droit est demeuré jurisprudentiel : il est élaboré au travers des décisions du conseil d'état et de leurs juridictions administratives suprêmes, et aussi par le tribunal des conflits. De nos jours, plusieurs champs de l'action administrative sont cependant codifiés : CRPA – code des relations public administration, CJA – code de la justice administrative, CCP – code de la commande publique. Le droit administratif a longtemps eu la réputation d'être un droit inégalitaire, un droit de déséquilibre, dans la mesure où les missions d'intérêt général confiées à l'administration justifiaient qu'elle soit dotée de prérogatives de puissance publique exorbitantes du droit commun. Toutefois, cette inégalité ne doit pas être entendue comme un privilège, comme un avantage en soi, car l'administration publique est aussi soumise à de fortes obligations que ne connaissent pas les personnes privées. On parle alors de suggestion publique. De nos jours, la relation administration/administrés s'est équilibrée, et le droit administratif est aussi devenu un droit de protection des administrés dans leur relation avec la puissance publique.

Quelques grands juristes :

**Léon Duguit** → les services sont une fonction de l'État, et une source de la légitimité de ses actions.

**Maurice Hauriou** → chef de file de l'école de la puissance publique, mais l'accent sur la puissance souveraine de l'État et les pvr, prérogatives, dont l'État est doté, et sur le phénomène de l'exercice de la puissance publique. MH prend plus les moyens en compte, et LD la finalité.

**Édouard Laferrière** → opposant au 2d Empire, promu avec la 3e République comme maître des requêtes au conseil d'État, finit vice-président au conseil d'État. Systématisation des principes et des principales règles du contentieux administratif qu'il réalisa à partir de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État

**Charles Eisenmann** → professeur de droit administratif, a renouvelé assez profondément l'étude du droit administratif, en offrant une analyse de ce droit à partir de l'œuvre de la pensée de Hans Kelsen.

Droit administratif de nos jours = 2 évolutions majeures :

- **Matériel** : émiettement des organes administratifs, multiplication. Émergence d'autorités administratives indépendantes du pouvoir exécutif. On passe d'un rapport de domination à un rapport qui est beaucoup plus équilibré, faisant de l'administré un client, voir un partenaire. Pour être efficace, l'administration s'inspire de méthodes, pratiques, standards, venus du monde de l'entreprise privée. Elle (admin<sup>o</sup>) est touchée par l'internationalisation (normes européennes, internationales), contractualisation, + phénomène d'imprégnation des perspectives économiques. Ce faisant, l'autonomie du droit administratif, tant formelle dans ses modes de création que substantielle dans son contenu, se trouve partiellement affaiblie.
- **Substantiel**

## 2.4 – LE DROIT PENAL

À pour objet de sanctionner les comportements jugés délinquants par la loi ou les règlements. Ces comportements ainsi qualifiés portent atteinte à la société. Le droit pénal pose ainsi des incriminations et des peines. Ces incriminations sont de 3 types en fonction de la gravité des faits (dans l'ordre croissant) : contraventions (, délits (tribunaux correctionnels), crimes (cours d'assises). Les juridictions civiles peuvent condamner par allocation de dommages et intérêts. Les juridictions pénales condamnent à des amendes perçues par l'État, des peines d'emprisonnement, et le cas échéant, à des TIG.

Cette discipline est très ancienne. Un premier projet pénal fut élaboré sous la Révolution et le premier code pénal fut adopté en 1810. Il a été modifié très régulièrement, et est resté en vigueur jusqu'en 1994.

Quelques grands juristes :

- **Faustin Helie**
- **Émile Garçon**
- **Henri Donnedieu de Vabres** → représentant français (juge français) au procès de Nuremberg.
- **César Beccaria** → juriste italien → influence dans l'histoire du droit pénal. Célèbre traité des délits et des peines, paru en 1764, formule plusieurs grands principes du droit pénal contemporain : égalité des délits et des peines, principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère, principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce, principe du contradictoire, présomption d'innocence. S'est opposé à la peine de mort et à la pratique de la torture.

De nos jours, le droit pénal apparaît comme le réceptacle des principales valeurs de nos sociétés. C'est aussi un droit en crise en raison d'i instrumentalisation de ce droit

par les H politiques qui, bien souvent, cherchent à rassurer la société, satisfaire leur clientèle électorale, en proposant de nouvelles incriminations face à chaque fait divers.

## 2.5 - LE DROIT SOCIAL

### 2.5.1) du travail

Le droit du travail régit le travail en situation de dépendance par opposition aux professions indépendantes libérales. Le contrat de travail est au cœur de cette matière, et son critère réside dans le lien de subordination juridique du salarié à son employeur/patron. Un salarié est l'individu qui travaille pour le compte et sous l'autorité d'autrui. Il s'applique à toutes les relations de travail : individuelles, collectives, y compris les conflits comme la grève. C'est une matière qui a connu un extraordinaire développement. À l'origine, le premier code civil ne consacrait que deux articles au DDT. La matière s'est développée avec la R° industrielle et l'apparition du salariat, pour aboutir à un premier code du travail en 1910.

Quelques grands juristes :

- **Georges Scelle** → auteur d'un manuel de droit ouvrier en 1922.
- **Paul Durand** → auteur du premier traité de droit du travail, au lendemain de la 2<sup>ème</sup> GM, et qui a fondé la revue *Droit Social*.

De nos jours, le droit du travail est aussi refondu pour être simplifié

### 2.5.2) le droit de la sécurité sociale

La création de la sécurité sociale remonte à 1945. Elle organise un système de solidarité obligatoire pour répondre aux grands risques de l'existence. Elle sécurise plusieurs branches : maladie, vieillesse, charges familiales, dépendance (fin de vie, ...). Chaque branche est gérée par l'État, avec la participation des représentants des assurés, notamment les syndicats.

### 2.5.3) l'aide sociale

Prévoit des secours pour les nécessiteux en dehors de toute cotisation sociale. Exemple : RSA.

## 2.6 – LES AUTRES MATIERES

D'autres matières juridiques se trouvaient à l'origine dans le droit civil/administratif, mais, du fait de leur développement, ont acquis une autonomie. Cette évolution a conduit à l'adoption de codes spécifiques, par exemple venus du droit civil → droit des affaires, droit commercial (intègre lui-même de nombreuses sous-branches (droit des sociétés, des effets de commerce, droit boursier, droit des entreprises en difficulté), le droit de la consommation, de la propriété intellectuelle. Enfin, il existe des matières qui se rattachent difficilement à une des branches de la *summa divisio* (public/privé), en raison de leur caractère transversal (droit de l'environnement (mi public, mi privé), ou encore le droit de la santé).



# LE DROIT FACE À D'AUTRES SYSTÈMES NORMATIFS

(THEME 1 : LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DU DROIT, CHAPITRE 1)

## CHAPITRE 1

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Septembre 2020

## Table des matières

Introduction :	9
1. La morale.....	9
2. Les règles de bienséance .....	9
3. L'éthique .....	10
4. La religion.....	10

### Introduction :

Le Droit est un système normatif ce qui signifie que le Droit ne décrit pas le monde tel qu'il est mais tel qu'il devrait être. Il cherche à imposer au monde social et humain des prescriptions en fonction d'un certain nombre de buts, de valeurs qu'il poursuit et entend satisfaire. Le droit n'est donc pas le seul système normatif.

### 1. La morale

Elle édicte aussi des normes de comportements et prétend dire ce qui est bien ou mal. Cependant, à la différence du Droit, la morale relève des consciences individuelles (le for intérieur). L'opposition Droit / morale ne veut pas dire que les deux systèmes n'ont pas de règles communes. Si certaines règles juridiques n'ont rien à voir avec la morale, la plupart des règles juridique expriment néanmoins des valeurs dans un lieu donné à un moment donné. En outre, le Droit ne parviendrait pas à imposer certaines règles à la société si dans le même temps, elles n'étaient pas conformes avec des valeurs de la société. Pourtant, la morale ne se confond pas avec le Droit. Il est des comportements immoraux qui ne sont pas pris en compte par le Droit et inversement, on peut estimer que des règles de Droit sont immorales ou en tout cas injustes. Ce qui peut les distinguer c'est la sanction juridique. C'est le fait que le nonrespect d'une règle morale n'est pas en tant que tel susceptible d'être juridiquement sanctionnée. Néanmoins, dans certaines sociétés où la contrainte sociale est très forte, des comportements immoraux peuvent être aussi sévèrement sanctionnés que par des règles de Droit mais c'est alors par le moyen de sanctions sociales (critique publique, exclusion sociale, réputation...). Il s'agit donc bien de deux systèmes de sanctions différents.

### 2. Les règles de bienséance

Ce sont des règles de politesse qui prescrivent aussi des règles de comportement dans la vie de tous les jours. Contrairement à la morale, il s'agit plutôt de règles qui relèvent du for extérieur de l'individu, c'est-à-dire du savoir vivre et du savoir être en société. Elles relèvent plus de l'individu, de la famille et du milieu social de l'individu.

### 3. L'éthique

Ce mot a la même racine étymologique que la morale. Il vient de « mores » en latin. L'éthique renvoie également aux mœurs, toutefois, il est très à la mode à tel point qu'on peut le distinguer de la morale. Il y a une promotion de l'éthique notamment en Droit. Les entreprises, les administrations, les syndicats adoptent des chartes d'éthique et le mot fleurit un peu partout dans de nombreux champs professionnels. L'éthique a ceci d'avantageux qu'elle est un concept mou, malléable qui peut être appliqué souplesment. L'éthique ne pose pas de façon rigoureuse des interdits, des obligations mais définit de façon plus positive un bien, des valeurs à rechercher, à atteindre. Plutôt que d'interdire, l'éthique cherche à orienter les comportements en veillant à respecter les consciences individuelles. L'éthique permet ainsi une appropriation de normes par les individus ou par des professions comme par exemple la profession médicale. Elle est aussi à l'origine d'un nouveau phénomène normatif, le Droit souple que l'on oppose au Droit dur alors que ce dernier pose des obligations par voie de prescriptions, le Droit souple émet des recommandations, des conseils, des objectifs à atteindre.

### 4. La religion

Les grandes religions ont généré leurs propres règles et leurs propres sanctions. En Europe, par le passé, et dans certains pays encore aujourd'hui, le pouvoir théocratique se confond avec le pouvoir politique. En France, dans l'article premier de la Constitution de 1958 pose que la France est un pays laïque. Les administrations ne doivent en principe donc pas promouvoir une religion ni discriminer ou combattre les religions sauf si elle menace l'intégrité du territoire ou la sécurité de la France. L'Hexagone garantit cependant la liberté de croire ou de ne pas croire en la religion. Notre Droit est laïc mais il protège aussi la liberté de religion. Ce qui peut distinguer la religion comme système normatif du Droit est le critère de la sanction juridique qui veut que l'infraction à une règle religieuse n'est pas juridiquement sanctionnable.

# LA DISTICTION DU FAIT ET DU DROIT

(THEME 1 : LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DU DROIT, CHAPITRE 2)

## CHAPITRE 2

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Septembre 2020

## Table des matières

Introduction.....	12
1. D'un point de vue pratique.....	12
2. D'un point de vue théorique.....	12

## Introduction

Elle est fondamentale, tant d'un pdv pratique, juridique, que d'un point de vue théorique.

### 1. D'un point de vue pratique

La distinction fait / droit est elle-même intégrée par notre système juridique. Elle est importante pour les juges suprêmes que sont les juges de la Cour de Cassation et de la Cour Constitutionnelle. En tant que juges de Cassation, ils ne jugent qu'en droit et laissent l'appréciation des faits aux juges du fond. Par ailleurs, certains faits sont dits « juridiques » quand ils produisent des effets de droit. On parle ainsi de faits de l'homme (naissance d'un enfant, entraîne juridiquement obligation d'éducation et d'entretien par les parents ; ou accident de la route), à l'inverse, on parle de fait de la nature (incendie, inondation qui engendre des obligations juridiques pour les assureurs...). On distingue les actes juridiques, qui sont des manifestations de volonté destinés à produire des effets de droit, des faits juridiques, dont les conséquences juridiques n'ont pas été voulues ou recherchées comme telles par leurs auteurs. Il y a toujours un fait juridique, mai pas tjrs un acte juridique, car les conséquences de droit ne découlent pas de l'expression de la volonté, relativement à l'expression du fait.

### 2. D'un point de vue théorique

L'idée que le droit devrait toujours s'adapter aux faits est limitée. Certes, droit ne peut se désintéresser de la société où il s'applique. Il doit évoluer avec les nouveaux problèmes qui s'y posent. Mais le droit a aussi une fonction normatrice, instituante. Il a pour rôle éminent d'instaurer un certain état de fait. Le droit exprime un devoir être qui se distingue des faits qui relèvent de l'être. Ainsi, les règles juridiques visent à permettre une société moins violente, plus juste, plus équitable. Affirmer que le droit doit s'adapter toujours aux faits, c'est **ruiner la fonction normative** du droit.

Inversement, le droit ne saurait complètement ignorer les critiques. Il appartient au discours juridique de s'adresser aux faits pour les sanctionner soit au contraire pour les approuver. Il peut aussi arriver au droit d'oublier volontairement certains faits ce qui peut permettre à la société de respirer car le droit n'a pas vocation à tout réguler. Il doit

respecter une certaine marge d'autonomie des individus et de la société en général. L'une des difficultés que rencontre le droit dans sa fonction normative est d'engendrer parfois des phénomènes « pervers » ou d'« aubaine ». En adoptant des règles, les autorités poursuivent une certaine finalité mais elles peuvent produire des effets non-voulus. Par exemple, pour lutter contre les drogues, le législateur peut légaliser la consommation de drogue en l'organisant. Ce faisant, il peut favoriser la consommation de drogues « dures ». De même, la légalisation de l'euthanasie active est susceptible d'organiser de nouveaux contentieux dans lesquels, les familles reprocheraient au médecin d'avoir mis fin aux jours de leurs proches. Là où il y a des règles, il y a des possibilités de litiges. L'écart entre le droit et le fait permet le phénomène de normativité. La question est de savoir si un fait mérite d'être autorisé, interdit, ou négligé par le droit. Il y a un choix politique qui est fondé en valeur et qui dépend de la société que l'on souhaite construire. En réalité, même si le droit devait enregistrer tous les faits, la règle posée entraînerait, le plus souvent, un déplacement des faits. C'est sur ce point peut-être que l'on constate le plus la distinction fait/droit (ex : si décision de légaliser drogues douces. Cela peut avoir pour effet de renforcer la consommation des drogues les plus dures. D'une part, les consommateurs de drogue peuvent rechercher la violation de l'interdit. D'autre part, les trafiquants de drogue privés d'un marché lucratif vont immédiatement s'organiser pour proposer de new produits. On peut penser que la légalisation de l'euthanasie va provoquer de new litiges. Une famille pourra poursuivre un médecin sous prétexte que le parent est mort dans des conditions interdites par la loi). Cela signifie que la règle de droit ne se contente jamais de saisir les faits tels qu'ils sont, de les officialiser. Elle provoque aussi une modification dans ces faits, leur confère une légitimité, existence officielle, laquelle joue à son tour sur les rapport sociaux. On peut alors mentionner le phénomènes des effet pervers/d'aubaine que provoque une nouvelle règle ou une réforme. C'est un résultat non désiré, fâcheux, d'une action, qui se retourne contre ceux qui l'avaient initiée.

Le droit est d'un autre ordre que les faits, et ne peut s'en déduire directement. L'écart qui existe entre le droit et les faits/le réel, permet le jeu de la normativité, du devoir être. Le droit est comme un modèle, un idéal à atteindre, et il repose bien souvent sur des fictions juridiques. Pour autant, il n'y a pas une confusion du réel et de l'imaginaire du droit, car le droit est aussi ancré dans le réel, dont il s'inspire, notamment au travers des valeurs, idéaux d'une société, et vis-à-vis duquel il entend réagir.

# LA DÉFINITION D'UNE RÈGLE DE DROIT

(THEME 1 : LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DU DROIT, CHAPITRE 3)

## CHAPITRE 3

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Octobre 2020

## Table des matières

1. Les caractères de la règles de droit.....	15
1.1 - la généralité de la règle de droit.....	15
1.2 - le caractère impératif de la règle de droit .....	16
1.2.1) un critère classique .....	16
1.2.2) un critère limité.....	16
1.2.3) la permanence de la règle de droit .....	17
1.2.4) le caractère normatif de la règle de droit .....	18
2. Les différents types de règles de droit .....	19
3. L'importance de la langue juridique.....	20
4. La codification en droit.....	21

### 1. Les caractères de la règle de droit

On dit de la règle de droit qu'elle est générale, impérative, et permanente. Désormais, le Conseil constitutionnel exige aussi qu'elle soit intelligible et de portée normative

#### 1.1 - LA GENERALITE DE LA REGLE DE DROIT

A l'origine, la règle de droit était conçue comme s'adressant à tous les citoyens, sujets de droit. Il y a tjrs eu des décisions individuelles (sanctions, nominations). Mais elles étaient alors conçues comme une application particulière de règles de droit générales. Les règles s'adressent à des catégories d'individus abstraitement définies. Elles sont faites pour régler les cas les plus nombreux. De nos jours, cet objectif est de moins en moins atteint. Les autorités font de plus en plus de règles pour de petits groupes de sujets :

- Pour les avantager
- Pour les sanctionner/désavantager

Pour être légitime, reconnue, la règle de droit doit conserver une certaine généralité, ce qui garantit l'égalité de traitement par opposition à des privilèges. À ce titre, il faut distinguer de façon claire le droit et l'équité. L'équité permet justement de corriger la rigidité de la règle de droit abstraite. Si l'application stricte d'une règle de droit conduit à une injustice ou à une situation absurde, l'équité permet de l'adapter au cas particulier. Le droit prévoit lui-même la possibilité de prendre en compte l'équité. Par exemple, selon l'article 270 du Code Civil, à la suite d'un divorce, un des époux peut être tenu de verser à l'autre une prestation compensatoire afin de compenser la disparité de niveau de vie suite à une rupture. Toutefois, le juge peut aussi refuser de l'accorder si



le divorce est prononcé au tort exclusif (faute : adultère ?) de l'époux qui demande le bénéfice de la prestation. Article 1194 -> le juge peut ajouter dans un contrat une obligation qui n'a pas été prévue dans les parties « les contrats obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donne l'équité, l'usage, ou la loi »

## 1.2 - LE CARACTERE IMPERATIF DE LA REGLE DE DROIT

### 1.2.1) un critère classique

Ce caractère impératif du droit est très classique. Certes, il existe des règles dites « supplétives », c'est-à-dire que l'on peut écarter. Il existe aussi des règles dites « dispositives » qui ne s'appliquent que si les sujets intéressés s'expriment en ce sens. Toutefois, à chaque fois, c'est le droit qui le permet et lorsque la volonté s'est exprimée, la règle choisie s'impose dans toute sa rigueur.

Le caractère impératif du droit ne permet cependant pas de comprendre la règle juridique, de la caractériser. Si une règle de droit est respectée, ce n'est pas seulement parce qu'elle s'impose. Il faut voir, expliquer comment elle s'impose. La première façon, également classique, c'est la sanction dont la règle est assortie par le système juridique. Les règles juridiques sont fréquemment accompagnées par une sanction qui instaure les conséquences d'une éventuelle violation de la règle. On parle ici d'ailleurs d'un **rapport d'imputation** règle / sanction. Si A commet un crime, alors B, une peine, s'applique (30 ans de réclusion criminelle et 300 000 € d'amende). La sanction peut se définir ainsi comme toute conséquence liée juridiquement à la violation d'une règle. La sanction donne ainsi l'assurance du respect de la règle. Elle lui donne à la fois une garantie et une efficacité. Outre sa fonction de rappel à l'ordre, elle exerce aussi une fonction dissuasive. Bien souvent, il n'est donc pas nécessaire d'appliquer la sanction. Le critère de la règle de droit c'est l'existence d'une sanction. Toutefois, ce critère de la sanction se révèle fragile. D'abord, précisément parce qu'elle a une fonction dissuasive, il n'est parfois pas nécessaire de sanctionner effectivement. La menace de sanction, parfois, suffit. Peut-on dire qu'à chaque fois une règle n'est pas respectée et n'est pas accompagnée d'une sanction systématique, elle perd sa qualité de règle juridique ? oui en vrai. Le droit se confond donc avec le critère de sanction. Cependant elle est insuffisante.

### 1.2.2) un critère limité

Si la sanction n'est vue que comme une contrainte, elle ne peut expliquer le système juridique. Toutes les normes ne sont pas effectivement sanctionnées en cas de violation, et il se peut qu'il n'existe pas de dispositif de sanction prévue en cas de violation de certaines normes. La sanction n'est pas nécessaire pour que le droit soit respecté. Expliquer le droit par la sanction revient à expliquer le devoir être par un fait, un être.

La sanction peut aussi s'entendre comme la conséquence potentielle et non effective de la violation d'une règle. Ce deuxième sens assoupli se distingue de la contrainte au sens de coercition. On insiste alors sur la simple possibilité d'une sanction. Toutefois, là encore envisagée comme une simple menace, la sanction ne permet pas de comprendre le phénomène d'obéissance au droit. Concrètement, il faudrait un policier

derrière chaque individu. Pourtant, le droit est respecté de façon générale. La sanction joue en réalité un rôle limité. Il faut chercher l'explication de l'impérativité du droit ailleurs que dans la seule sanction. Elle doit être envisagée dans son rapport avec l'ensemble du système juridique. Elle joue un rôle de garantie en tant qu'elle se rattache à un système constitutionnel et juridique. C'est d'ailleurs ce rattachement à un système juridique qui permet de la différencier d'autres sanctions d'autres systèmes normatifs. C'est le système juridique qui permet en effet 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. Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée mais est sanctionnée car elle est d'abord juridique. Le critère du droit réside surtout dans la légitimité d'un discours, d'une parole instituée, c'est-à-dire celle d'une autorité habilitée à dire le droit (par exemple le juge). Si cette autorité est habilitée, c'est parce que l'ordre juridique lui confère cette habilitation. L'explication de l'impérativité ne se trouve donc pas au niveau de la contrainte ni de la possibilité d'une contrainte mais d'abord dans la reconnaissance dont bénéficient les autorités habilitées à dire le droit. Si les individus obéissent au droit, c'est parce qu'ils reconnaissent la légitimité des autorités qui ont énoncé ces règles ou, à défaut, celles qui prononcent la sanction. Le droit assure avec succès le plus souvent une fonction de structuration des relations sociales. Le discours des autorités juridiques parvient à supplanter le discours des autres autorités normatives, c'est le système juridictionnel qui fonde sa spécificité et son respect. Prendre la sanction comme critère du droit serait prendre l'effet pour la cause. Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée, elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique. Le critère du respect du droit compte dans la légitimité d'une parole (autorités instituées). Si une autorité peut dire le droit, c'est l'ordre juridique qui lui confère cette habilitation. L'explication ne se trouve pas dans la contrainte que subirait les individus mais dans la reconnaissance dont bénéficient les autorités par les sujets de droit.

### 1.2.3) la permanence de la règle de droit

De nos jours, l'hyperactivité du législateur rend ce qualificatif pour le moins inexacte. Par exemple, avant même qu'une loi ne soit entrée en vigueur, cette loi peut se trouver déjà réformée, de plus, l'exigence de stabilité est mise à mal par les lois dites expérimentales qui ont une durée déterminée et un champ d'application limité. Désormais, l'exigence de stabilité se confond plus avec une exigence de sécurité juridique. Si les règles évoluaient constamment, qui pourrait encore se fier au droit ? Le droit cesserait d'agir de façon efficace sur les comportements, la sécurité juridique est donc une condition de la légitimité et partant de l'efficacité du droit lui-même. Certes, le droit ne peut pas non plus rester figé. Il peut parfois et doit parfois évoluer en fonction des besoins et des attentes sociales.

Le pouvoir réglementaire peut amender, abroger, modifier les textes réglementaires. Juridiquement, les sujets du droit n'ont pas de pouvoir sur la modification du droit. Cependant, si cette modification est trop soudaine, il faut des mesures de transition. Cette exigence a été posée par le Conseil d'État de 2006 (arrêt Société KPMG). Dans un autre arrêt (arrêt Société Tropic Travaux Signalisation) de 2007, le Conseil d'État s'est aussi reconnu le pouvoir de déterminer la date de prise d'effet de

la nouvelle règle jurisprudentielle qu'il pose notamment pour ne pas porter une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours. Le Conseil d'État exige aussi des juges du fond (cassation) lorsqu'ils appliquent une règle nouvelle alors que l'instance est en cours qu'ils informent les parties de son existence afin qu'elles soient en mesure de poursuivre leur action juridictionnelle en toute connaissance de cause.

L'exigence de stabilité du droit prend aussi la forme d'un principe de protection dit de « confiance légitime » qui constitue la face subjective de la sécurité juridique. Ce principe prend en compte spécifiquement les attentes des sujets de droit. Il arrive que les autorités donnent à certains sujets de droit des renseignements, des assurances quant à leur propre comportement dans une situation donnée ou quand au droit positif applicable comme le droit fiscal. Les sujets s'attendent alors à la stabilité du droit. Si ces attentes légitimes sont hélas déjouées, alors la confiance légitime peut être invoquée à l'encontre de cette évolution. Jusqu'à présent, la confiance légitime a été reconnu en droit de l'Union Européenne et en droit de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Elle a aussi fait une timide apparition dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel qui a affirmé que le législateur ne pouvait pas, « sans motif général suffisant, ni porter atteinte aux situations légalement acquises, ni remettre en cause les effets qui peuvent être légitimement attendues de telles situations ».

#### 1.2.4) le caractère normatif de la règle de droit

Dans sa décision 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 les règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative. Il a censuré des dispositions de ce texte par exemple, celle selon laquelle « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves » ou encore celle qui indiquait que « l'école doit reconnaître et inciter toutes les formes d'intelligence ». Le législateur ne doit pas prendre la loi pour des tribunes médiatiques et énoncer des dispositions d'affichage. Le texte même doit être revêtue d'une dimension normative. Le législateur doit s'assurer que le texte soit réaliste et crédible.

La jurisprudence du conseil est cependant difficile à mettre en œuvre, en effet la fonction des juristes est aussi de faire avancer le droit en usant de formules normatives évidentes. Il en va ainsi dans le préambule de la Constitution de 1946 où une catégorie dit par exemple, « nécessaire à notre temps ». En effet, que penser du droit de tous à la culture et au loisir ? Les textes les plus généraux et les plus vagues peuvent néanmoins être déterminants, la forme juridique n'est pas réductible aux seuls commandement, interdictions ou permissions. Le droit comporte parfois une part d'idéal et de généralité. Pour être normatif, il suffit qu'un texte constitue une référence juridique. Même vague, les juristes peuvent s'en saisir pour essayer de lui faire produire des conséquences juridiques. Le droit suppose surtout une reconnaissance de la part des sujets qui en sont les destinataires. Depuis quelques années, il existe ainsi à côté du droit classique, un droit que l'on dit « souple ». La norme juridique ne se limite plus à ordonner, prescrire, interdire. Elle peut aussi être une simple référence en orientant les comportements, en recommandant des actions ou inactions. En 2013, le Conseil d'État a consacré son étude

annuelle à la notion de droit souple. De telles recommandations n'obligeaient personne juridiquement.

## 2. Les différents types de règles de droit

La formulation la plus courante de la règle de droit consiste à rattacher une conséquence juridique à une certaine situation. Par exemple, toute personne qui cause à autrui un dommage doit le réparer. La règle contient ainsi un présumé et une conséquence. Ces règles prescrivent un comportement et obligent les sujets du droit à la respecter sous peine de sanctions. Mais les codes contiennent aussi des dispositions d'un autre type. C'est le cas notamment des articles de définition qui permettent de préciser les conditions d'application d'une règle. Par exemple, l'article 1702 du Code Civil dispose que « l'échange » est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. Il n'y a pas là de prescription de comportement, simplement une définition d'un acte qui permettra, dans une certaine situation, de déclencher l'application du régime juridique correspondant.

En droit français, les textes qui posent des interdits sont plus nombreux que ceux qui autorisent des comportements. C'est bien car tout ce qui n'est pas prohibé est permis, c'est-à-dire que les personnes ont en principe une liberté d'agir. Dans les États marqués par un régime autoritaire, c'est l'inverse : l'interdit est la règle et la liberté l'exception.

Les comportements doivent être autorisés expressément par un texte. Par ailleurs, toutes les règles ne sont pas inscrites dans des textes. Par exemple, les principes généraux du droit sont des principes d'équité et de justice qui résultent de l'ensemble du système juridique. Ils ne sont pas formulés comme tels dans un texte mais ils se dégagent d'un ensemble de textes voire des valeurs morales et politiques qui caractérisent le système juridique. Ils peuvent ainsi être invoqués et impliqués dans un litige. Le Conseil Constitutionnel a lui aussi dégagé des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ou des principes à valeur constitutionnelle pourtant issus de textes à valeur législative voire absents de tout texte. L'ensemble formé par les règles de droit et les principes généraux constitue un maillage normatif qui permet d'éviter tout vide juridique. Les juges notamment, trouvent toujours, dans l'arsenal juridique, de quoi répondre aux questions de droit qui leur sont posées. Du reste, ils ne peuvent invoquer l'absence de règle applicable pour trancher un litige car ils seraient passibles dans ce cas du délit de déni de justice posé à l'article 5 du Code Civil.

Les principes généraux du droit sont parfois énoncés sous forme d'adage. La Cour de Cassation les reprend dans ses visas (textes et normes sur la base desquels le juge s'est reposé pour prononcer le litige). Il y a par exemple l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem* » qui signifie que nul ne peut alléguer de sa propre turpitude (on ne peut fonder un droit ou une réclamation sur ce qui constitue une faute). On a aussi « *Nemo plus juris transfere* » qui signifie que personne ne peut donner ou transférer plus de droit qu'il n'en a lui-même. Le célèbre juriste Loysel (XVI<sup>e</sup> siècle),

dans ces Institutes régulières a repris tous les principes de l'ancien droit coutumier sous forme d'adages. Ainsi, un théoricien moderne du droit, Hart (XXe siècle) dans son ouvrage *Le Concept de Droit*, distingue deux types de règles : les règles primaires et les règles secondaires. Les primaires sont des règles de comportements qui indiquent les voies de comportement pour les individus. Les secondaires sont des règles qui organisent l'identification des règles primaires, leur utilisation, leur modification, etc. Parmi ces règles secondaires, il y a des règles de reconnaissance qui donnent le critère de validité des règles primaires, des règles de changement ou encore les règles de changement qui permettent d'apprécier les conséquences à tirer de la violation des règles primaires. Ces deux catégories ne vont évidemment pas l'une sans l'autre.

### 3. L'importance de la langue juridique

Le droit pourrait parfaitement se caractériser comme une discipline littéraire, il utilise les mots et les règles d'expression de la langue courante, il y a toutefois des termes techniques propres au droit. Usucapion (prescription acquisitive c'est-à-dire une règle qui permet d'acquérir un droit de propriété qu'une personne exerce après un certain délai sans avoir initialement de droit de propriété), emphytéose, anatocisme (obligation selon laquelle la personne qui a contracté une dette d'argent doit également payer les intérêts qui sont capitalisables), synallagmatique (contrat dans lequel les parties s'obligent les unes envers les autres et où chaque prestation est considérée comme la cause juridique d'une contre prestation), subrogation (mécanisme par lequel une personne ou une chose sont substituées à une autre dans un rapport juridique). En outre des termes même courant prennent une signification particulière en droit : exemple meuble, récompense, lien de causalité ou encore un cas de force majeure (événement imprévisible, irrésistible et extérieur à la personne juridique à laquelle est imputé à une victime la responsabilité d'un dommage et qui peut en l'invoquant bénéficier d'une exonération de responsabilité). Donc ces termes peuvent s'éloigner des termes du langage courant. Il existe également des termes latins : le *decurus* (la personne défunte), l'*errans* (celui qui prétend s'être trompé), *infans* (enfant), *lex mercatoria* (règles générales relative aux contrats de commerces internationaux), *lex loci delicti* (loi applicable au lieu de la cause/ d'un litige), *lex foris* (loi applicable où se trouve la juridiction). Il y a aussi un phénomène de disparition de termes juridiques devenus inadaptés (disparition d'enfant naturel, adultérin, légitime, le patronyme a remplacé le nom de famille, la puissance paternelle remplacé par autorité parentale, bon père de famille -> personne raisonnable). La précision du vocabulaire est cruciale, les mots du droit sont très souvent des qualifications juridiques qui déclenchent l'application de règles, l'usage impose aussi l'emploi d'un vocabulaire précis. On dit que la loi ou le décret énonce, prescrit, dispose, prévoit mais seul un contrat stipule. De même les tribunaux rendent des jugements alors que les cours rendent des arrêts. Le conseil constitutionnel ne rend ni jugement ni arrêt mais des décisions. De même le tribunal des conflits rend également des décisions. Les juges publics qui statuent en dehors de toutes collégialités, par exemple tribunal de grande instance... rendent des ordonnances. En principe on doit dire qu'une solution est fondée sur un texte et non pas basée. Le vocabulaire juridique est parfois ancien et dépassé, autrefois on parlait de consorts pour viser des personnes

avec des liens familiaux et qui intentent ensemble à une action juste, il éché de, la loi du 11 mai 2009, simplification du droit avec la modernisation de certains termes, de même en matière d'égalité des sexes le législateur a modifié l'article 743 du code civil en matière de parenté et a ajouté à chaque fois la forme féminine. Disparition en principe de la dénomination de mademoiselle.

#### 4. La codification en droit

Le droit est souvent réglé en codes. C'est sous l'ère chrétienne que le droit a commencé à être rédigé sous forme de codex. Un code en soi n'a pas de valeur juridique en soi. C'est simplement la réunion dans un même ouvrage de textes qui peuvent avoir des valeurs juridiques différentes. Les avantages du code sont assez évidents : il donne une cohérence à une matière et le rend plus accessible, plus lisible aux différents sujets de droit intéressés. On a reproché à la codification la rigidité du droit. Ainsi, au XIXe siècle, en Allemagne, il y eut une célèbre controverse entre le professeur Thibault et Savigny. Le premier était partisan de l'élaboration d'un Code Civil allemand sur le modèle du Code Civil français de 1804 alors que Savigny soutenait que les lois devaient rester souples et s'adapter aux évolution sociales sans être figées dans un Code. Aujourd'hui, cette controverse n'a plus lieu d'être. Il y a même désormais un phénomène de codification accélérée de notre droit. Elle se fait à droit constant, c'est-à-dire sans modifier le contenu, les solutions du droit positif. Les codes se multiplient dans les domaines les plus variés : Code de l'Organisation Judiciaire, Code de la Consommation, Code de la Santé Publique, Code de la Propriété Intellectuelle ou encore un Code de Relations entre le Public et l'Administration. Les jurisprudence peut être reprise dans les codes : c'est la codification de la jurisprudence.

# LE RAISONNEMENT EN DROIT

(THEME 1 : LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DU DROIT, CHAPITRE 4)

## CHAPITRE 4

Gustave Bouillon | Introduction au droit | Octobre 2020

## Table des matières

Introduction .....	23
1. L'opération de qualification juridique .....	23
2. La logique juridique .....	24
2.1 - le syllogisme .....	24
2.2 - la logique déontique.....	25
3. L'interprétation en droit .....	25
3.1 - les méthodes d'interprétation .....	25
3.2 - les techniques d'interprétation.....	26
3.3 - les maximes d'interprétation .....	26

## Introduction

Le Droit tient de l'art de l'argumentation. Les juristes doivent convaincre du bien fondé de leurs prétentions, de leur doctrine ou point de vue. Le conviction est plus généralement nécessaire à la légitimation du Droit. Il n'y a pas de Droit sans conviction, sans croyance au Droit.

### 1. L'opération de qualification juridique

Ce qu'on appelle la qualification est une opération centrale dans le raisonnement juridique, elle consiste à faire entrer un fait dans une catégorie juridique préexistante afin de déclencher l'application d'un régime juridique opportun. Par exemple, un certain comportement est jugé fautif. Tel ou tel propos peut-il être qualifié de diffamatoire ? Toutes ces qualifications juridiques ont des conséquences très différentes : celui qui cause un dommage à autrui est obligé de le réparer tout comme l'auteur d'une faute peut être condamné. La qualification permet de traduire un fait dans les mots du Droit et permet le passage des faits dans le monde du Droit. C'est donc une étape élémentaire à laquelle procèdent tous les personnels du monde juridique.

Cette opération de qualification laisse aussi aux autorités du juridique une marge d'appréciation plus-ou-moins grande. Il est peut-être difficile de modifier la catégorie de majeur/mineur mais un juge a une liberté plus grande s'agissant de la qualification d'un contrat ou encore de la qualification d'une faute. Parfois, la marge d'appréciation est parfois importante.

La qualification juridique des faits rencontre aussi des limites. Elle doit rester plausible voire compatible avec les notions et catégories en vigueur. L'abus de qualifications peut être dangereux notamment pour les libertés : la qualification de «



terroriste » qui permet de déroger aux règles classiques de l'interpellation et de la garde à vue. Il existe des mécanismes de contrôle comme le Conseil d'État et la Cour de Cassation qui peuvent casser un jugement pour la qualification juridique des faits notamment. Une qualification des faits peut-être atypique puisqu'elle ne rentre dans aucune catégorie préexistante. C'est pourquoi les juristes ont besoin d'un Droit assez large pour pouvoir mieux l'adapter au monde.

Il existe aussi des fictions juridiques où la qualification consiste à créer des objets qui n'ont pas ou fort peu de correspondances dans le Droit. C'est le cas de la catégorie de « personne morale ».

La qualification suppose ainsi également d'établir des catégories et de classifications qui consistent à nommer des différences. Faire du Droit suppose ainsi de faire des définitions et des classifications. Le juriste passe beaucoup de temps à définir et à classer. « Nommer c'est normer »

## 2. La logique juridique

L'argumentation juridique fait appel à divers procédés logiques. Plus un raisonnement est logique plus il a de chances d'emporter la conviction. La formulation du Droit suit un certain mode logique.

### 2.1 - LE SYLLOGISME

Il s'agit d'un procédé logique très ancien. On attribue sa paternité à Aristote, considéré comme le père de la logique. Il s'agit d'une démonstration en trois temps : la majeure (proposition majeure qui est l'affirmation d'une règle), la mineure (décrit et rend compte d'un fait) et la conclusion (donne le résultat de l'application de la majeure à la mineure). Il faut cependant se méfier des excès de rhétorique et plus exactement des sophismes, c'est-à-dire d'une argumentation qui part de prémisses vraies mais qui aboutissent à une ou des conclusions absurdes. Le syllogisme peut conduire à un raisonnement spécieux. Par exemple, les chats sont mortels, or Socrate est mortel donc Socrate est un chat. Dans la Grèce Antique, les sophistes étaient des rhéteurs qui enseignaient à leurs élèves à obtenir l'adhésion des foules (cf. cours sur l'élosion sophistique de la vérité, hypokhâgne). Certains logiciens comme Russell a tenté de résoudre ce paradoxe par sa théorie des types qui classe les vérités par différents niveaux de validité d'un énoncé.

En pratique, les juristes pratiquent souvent par syllogisme et notamment par syllogisme inversé : ils déterminent d'abord la solution à laquelle ils veulent aboutir, en déduisent ensuite des faits de l'espèce (la mineure) pour aboutir à définir la règle de Droit (la majeure). En réalité, la solution est rarement unique, différentes situations sont identifiables donc différents régimes juridiques sont applicables. L'important est de pouvoir construire un raisonnement juridiquement valable avec pour majeure une règle de Droit afin de montrer que la solution proposée est possible voire souhaitable dans le cadre de notre système juridique.

## 2.2 - LA LOGIQUE DEONTIQUE

Il s'agit d'une logique formelle qui s'intéresse à la forme des énoncés plus qu'à leur contenu. Elle s'inspire du modèle des mathématiques. La logique déontique consiste à ajouter des modalités à une proposition afin d'en faire varier le sens. Par exemple, on peut dire « il se peut que », « il est nécessaire que » ce qui fait varier le sens des propositions. La logique classique (aristotélicienne) distingue quatre modes : le nécessaire, le contingent, le possible et l'impossible. La logique déontique articule quant à elle les quatre contenus possibles d'une norme : l'obligation, l'interdiction, la permission et la faculté. Elle théorise ainsi les différentes constructions possibles de la règle de Droit. Cette formalisation d'inspiration mathématique fut bien sûr critiquée par des juristes et autres théoriciens du Droit.

## 3. L'interprétation en droit

Le Droit est aussi un art de l'interprétation. Toute règle peut être interprétée en des sens différents. Il y a d'ailleurs un écart plus ou moins grand entre la règle abstraite et le cas concret auquel il faut l'appliquer. Selon l'article L311-1 du Code Pénal, le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. Cette définition paraît très simple pourtant cette définition donne lieu à de nombreuses interprétations qui sont nécessaires dans certains cas. Par exemple, la personne qui s'empare temporairement de la chose d'autrui puis la restitue a-t-elle commis un vol ? La personne qui s'empare de la chose d'autrui sans savoir qu'il ou elle l'avait fait a-t-elle commis un vol ? Qu'est-ce que la chose d'autrui ? Dans toute règle, il y a des zones grises, des cas limites et donc une marge variable d'interprétation. Le risque est d'aboutir à l'arbitraire de l'interprète. Le risque c'est que l'arbitre d'une règle possède plus de pouvoir que celui qui a fait la règle. Qui a le plus de pouvoir entre le pouvoir constituant et le pouvoir constitué ? Il faut donc un cadre qui fixe les limites.

### 3.1 - LES METHODES D'INTERPRETATION

L'interprétation d'un texte sert à déterminer sa signification afin de pouvoir l'appliquer. Si un texte est obscur, plusieurs méthodes d'interprétation peuvent être utilisées. L'interprétation n'est pas la même selon les matières. Le Droit pénal est d'interprétation stricte : les autorités doivent s'en tenir à la lettre du texte et ne pas chercher à élargir sa portée. Il en va de la protection des citoyens contre des interprétations extensives des incriminations et des sanctions. Dans les autres matières, c'est différent. L'exégèse consiste à s'en tenir à la lettre du texte mais en s'appuyant sur l'organisation générale du texte, sa construction grammaticale ou encore le vocabulaire précis employé. On parle aussi d'interprétation littérale. Au XIXe siècle, c'était la méthode principalement employée par les juristes pour l'interprétation du Code Civil.

On peut aussi se référer aux travaux préparatoires d'un texte pour déterminer ce que son auteur a voulu dire. L'intention du législateur peut être recherchée dans les travaux parlementaires au Sénat et à l'Assemblée Nationale. Il faut néanmoins distinguer l'expression d'une volonté individuelle de l'expression collective sensée faire consensus.

Cette méthode vaut surtout pour les textes récents. Si une loi est ancienne, elle nécessite d'être adaptée au contexte contemporain. L'intention initiale du législateur perd de sa pertinence. Au sein de la Cour Suprême des États-Unis, les juges conservateurs défendent cependant cette méthode qui permet de respecter la volonté initiale des pères fondateurs et refusent d'actualiser le contexte d'application de la Constitution.

L'interprétation peut aussi être téléologique du grec « telos » qui signifie but, finalité. Elle repose alors sur le but de la règle qu'il convient d'appliquer. Le juriste choisit alors l'interprétation qui correspond le plus avec sa fonction.

Elle peut aussi être évolutive lorsque l'interprète s'efforce d'adapter la règle au contexte contemporain sans cependant déformer complètement le texte. Un changement important de la règle de Droit peut traduire une décision politique ce à quoi les juges se refusent. Parfois, l'audace des juges a permis, sous couvert d'interprétation, des évolutions décisives.

### 3.2 - LES TECHNIQUES D'INTERPRETATION

Les principales techniques d'interprétation de la portée d'un texte sont les suivantes : par analogie (a pari) lorsqu'un texte prévoit une solution pour un cas précis et qu'on l'applique pour un cas similaire ; a contrario lorsqu'un texte prévoit une certaine solution pour un cas et qu'on applique la solution inverse pour un cas opposé ; a fortiori si un texte prévoit une solution pour un cas particulier et qu'on applique cette solution pour un cas encore plus caractérisé. Ces méthodes sont parfois discutables. Par exemple, le raisonnement a contrario, si le législateur a voulu une solution pour un cas, il n'est pas nécessaire d'en déduire qu'il souhaitait une solution inverse pour un cas opposé.

### 3.3 - LES MAXIMES D'INTERPRETATION

Plusieurs adages portent sur l'interprétation des règles de Droit. Certaines permettent d'articuler des textes qui semblent a priori se contredire. Dans ce cas, les juristes recherchent si l'une des deux lois n'a pas un champ d'application plus large que l'autre. Si tel est le cas, alors c'est la loi « spéciale », c'est-à-dire le texte dont la portée est la plus limitée, qui doit s'appliquer au cas le plus précis. La loi la plus spéciale déroge ainsi à la loi la plus générale (*speciali generalibus derogant*). A l'inverse, on admet que les lois les plus générales ne dérogent pas aux lois spéciales (*generalia specialibus non derogante*).

Un autre adage dit que lorsque la raison d'appliquer la loi a disparue, il faut cesser d'appliquer ladite loi (*cessante razione legis*). Un autre encore veut que l'exception à un principe doive toujours être strictement interprétée.

# LE DROIT COMPARÉ

(THEME 1 : LES CARACTERISTIQUES ESSENTIELLES DU DROIT, CHAPITRE 5)

## CHAPITRE 5

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Octobre 2020

## Table des matières

Introduction.....	28
1. Les droits continentaux.....	28
2. Les droits de Common Law.....	29

## Introduction

Comparer les droits permet avant tout de comprendre son propre Droit. La connaissance des autres systèmes et cultures juridiques permet de comprendre ce que l'Occident ne voit pas de l'Occident. Le Droit comparé est aussi cependant un instrument pratique : les juristes peuvent prendre connaissance des sanctions adoptées dans d'autres pays. Toutefois, il ne faut pas non plus considérer un système juridique comme une simple juxtaposition de techniques et de pratiques qui pourraient telles qu'elles être directement transportées d'un système juridique à l'autre. Le Droit dépend pour beaucoup des procédures, des garanties qui entourent son application et plus encore de la culture et des institutions dans lesquelles le Droit est pensée et pratiqué. Le Droit comparé ne peut être une sorte de boîte à outils pour juristes techniciens. Comparer les Droits suppose d'identifier les règles à l'aune de leur contexte institutionnel, politique, historique, économique, etc. Les juristes américains ne pensent pas le Droit comme les juristes chinois ou les juristes européens continentaux. La solution qui marche dans un pays ne marche pas forcément dans un autre.

### 1. Les droits continentaux

Au sein des pays occidentaux, on distingue classiquement les pays de Droit continental (Allemand, Français et Italien) des pays de common law (États-Unis et Royaume-Uni).

Les Droits continentaux puisent leur source dans la systématisation savant du Droit romain effectuée au Moyen-Age sous le contrôle de la papauté et des monarques. Il s'agit d'un Droit romain tardif. Il y a néanmoins une tradition juridique qu'on appelle romano-germanique qui intéresse aussi d'autres pays dans le monde (pays colonisés). Cette tradition est marquée par la recherche d'un systématisation, d'une structuration des règles juridiques au moyen de textes écrits. Le Droit allemand est issu de nombreuses coutumes mais il a été consolidé par la réception du Droit romain grâce notamment au Digeste, c'est-à-dire une vaste compilation écrite de la jurisprudence romaine publiée par l'empereur Justinien à partir de l'an 533. Par suite, les juristes allemands se sont efforcés de créer une science juridique inspirée du Droit romain tardif. Cet effort s'est poursuivi jusqu'au XIXe siècle avec l'école historique allemande apparue dans les années 1830-1840 et qui s'opposait à l'universalisme des auteurs classiques des Lumières en rejetant l'idée de règles dissociées de leur contexte historique, culturel et

linguistique. Cette science de l'école historique entendait relier l'étendu des règles aux milieux culturels où elles avaient émergé. Les auteurs de ce mouvement ont recherché un Droit issu de la conscience populaire et s'opposaient d'ailleurs à l'idée de codification. Une telle codification faisait perdre la construction historique du Droit allemand selon eux. Cela n'a pas empêché la codification du Droit allemand sous l'empire (réalisé par des juristes pour des juristes). La République de Weimar (1918-1933) a disparu avec l'instauration du régime nazi qui a entrepris de supprimer toute trace du Droit romain au profit d'un retour aux « sources du peuple allemand purgé de tout élément étranger ». Le Droit nazi fut l'instrument de l'idéologie qui affirmait le primat absolu de la communauté arienne sur l'individu. Les nazis rejetaient tout système juridique formel et individualiste : la source de tout Droit est la communauté exprimée et incarnée par le Führer. Le nazisme nie les principes essentiels du Droit mais prétend quand même développer un système de Droit spécifique. Pour se prémunir contre un retour des horreurs nazies, la Constitution allemande de 1949 a doté le pays d'un système de protection des droits fondamentaux avec, au sommet du système, une Cour Constitutionnelle fédérale. La loi fondamentale consacre 19 articles aux droits fondamentaux qui précise que ces droits lient les pouvoirs exécutifs, législatif et judiciaire comme loi directement applicable. Tout individu peut faire appel et opposer ces droits fondamentaux directement à l'encontre de la puissance publique. Cette applicabilité directe pour l'ensemble des pouvoirs publics et la dimension subjective et objective des droits fondamentaux et la protection juridictionnelle qui leur est ainsi assurée constitue un ensemble très complet et efficace qui consacre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique de l'Allemagne.

On peut aussi parler du Droit italien qui trouve son origine historique dans le Droit romain. La Constitution de 1947 contient l'énoncé de nombreux droits économiques et sociaux dont les juges se sont servis pour développer les branches du Droit. L'article 3 de la Constitution affirme notamment que tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi. Il indique aussi qu'il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social qui limitent de fait la liberté, l'égalité des citoyens ou encore le plein développement de la personne humaine. Cette constitution consacre ainsi, comme la Constitution de la IV<sup>e</sup> République en France, la seconde génération de Droit après celle de la fin du XVIII<sup>e</sup> et du début du XIX<sup>e</sup> siècle. La première génération porte sur les libertés individuelles tandis que la seconde porte sur des droits à caractères économiques, sociaux voire culturels.

## 2. Les droits de Common Law

Le Droit anglais est assez proche du Droit romain mais du Droit romain des origines tel qu'il a existé véritablement au début de notre ère. Il s'agit d'un Droit concret et procédural.

Les Droits continentaux sont des Droits législatifs et codifiés où la loi écrite est la source principale du Droit. Les juges y ont un rôle plus limité dans ce cadre car ils sont chargés d'appliquer la loi aux cas particuliers, ils participent ainsi de la fonction d'exécution de la loi, au même titre que l'administration (certes sur un autre plan). La

méthode employée est plutôt déductive, on part d'une règle générale dont on déduit la solution pour un cas particulier.

En Droit anglais, à l'inverse, le Droit est principalement jurisprudentiel. C'est un Droit concret, constitué et développé à partir de cas. La méthode employée par les juges est inductive : on part d'un ensemble de cas concrets déjà jugés pour déterminer la solution plus générale qui doit s'appliquer aux nouveaux cas. Le Droit ainsi développé est beaucoup plus factuel ou casuistique. Ce Droit est aussi un système fondé sur la procédure. Selon l'adage classique, l'action précède le Droit. Le Droit anglais s'est construit à partir de procédures réglementées notamment des formulaires d'action qui permettaient au justiciable de saisir les juridictions royales. À partir du XVe siècle, ces justiciables ont également pu saisir le Chancelier du Roi pour lui demander de statuer directement sur leur cas en équité. C'est ainsi que s'est développé un système d'interprétation assez souple des règles permettant d'adapter le Droit commun, le Droit écrit.

Contrairement au système continental, le Droit de Common Law est aussi fondé sur le système du précédent. La jurisprudence est la source principale du Droit et a valeur contraignante. Au Royaume-Uni, seule la juridiction suprême (Cour Suprême du Royaume-Uni) peut procéder à un revirement de sa propre jurisprudence. La seule façon pour les juges de s'écarter d'un précédent consiste à distinguer les cas qui leur sont soumis. Il s'agit de trouver un fait différent qui justifie d'adopter une solution différente du précédent d'où une discussion très poussée sur les faits mêmes qui constituent une espèce. Le Droit procède par induction en partant des faits et non d'une règle générale et abstraites. De là, découle également la façon de se représenter le Droit et de concevoir son fonctionnement. Dans ce système, la règle générale n'est pas toujours écrite. Elle peut rester implicite.

Néanmoins, pour ne pas rigidifier le système, outre la discussion sur le précédent, il est aussi admis que seuls les motifs décisifs (*ratio decidendi*) justifient le prononcé d'une solution rendue. Les juges ultérieurs ne sont liés que par les motifs décisifs d'une jurisprudence précédente. Il ne sont, ce faisant, pas liés par les motifs non-décisifs (*obiter dicta*) énoncés par les autres juges. Ces *obiter dicta* ne sont pas considérés comme nécessaires aux soutiens d'une solution adoptée.

Le système de Common Law contemporain s'applique en particulier aux États-Unis ou encore dans les pays du Commonwealth comme le Canada, l'Australie, l'Inde ou l'Afrique du Sud.

# LA PHILOSOPHIE DU DROIT

(THEME 2 : LES FONDEMENTS DU DROIT, CHAPITRE 1)

## CHAPITRE 6

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Novembre 2020



# Table des matières

Introduction.....	32
1. Les conceptions du droit .....	32
2. Les fonctions du droit .....	34
3. L'axiologie juridique.....	35
3.1 – La justice.....	35
3.2 – La dignité de la personne humaine.....	36
4. L'interdisciplinarité.....	37

## Introduction

Le droit n'est absolument pas neutre : sous l'activité technique des juristes, différentes conceptions de celui-ci, de son rôle, sont à l'œuvre.

### 1. Les conceptions du droit

Les juristes ne s'accordent pas tous sur la définition du droit. Hebert Hart, philosophe du droit du XXe, considère qu'il est impossible de définir le droit, mais qu'il est possible de l'identifier : « Le droit est comme un éléphant : je ne saurais le définir, mais je pourrais le reconnaître »).

On oppose souvent deux définitions du droit : celle du positivisme et celle du jusnaturalisme

Pour les **positivistes**, le droit est comme toutes les règles mises en place par des autorités légitimes, qui sont aussi les autorités légalement habilités (pour les positivistes, autorités légitimes = autorités légales). Une figure de proue du positivisme est Hans Kelsen (*Théorie pure du droit*, 1934). Pour lui, une norme n'est valable que par sa conformité à une norme supérieure (cf. pyramide des normes), qui autorise sa création. L'ensemble des règles juridiques forment, pour HK, un système, qui prévoit les conditions de création et d'application des normes de ce système, hiérarchiquement organisé. Il défend également la science du droit « pure » : elle ne doit porter que sur l'étude des conditions formelles de création et d'application des normes, par lesquelles elles existent. Le contenu des normes importe peu dans la discipline, une théorie pure du droit n'ayant pas pour finalité de porter des jugements de valeur sur le contenu de l'ordre juridique, qui lui-même n'est pas forcément juridique (économique, historique, moral,...), et n'est donc pas forcément du ressort de la science pure du droit (contenu extra-juridique). Cette élimination permet de fonder la neutralité axiologique des juristes, qui étudient désormais le phénomène juridique sans porter de jugements de valeur, et sans laisser l'idéologie interférer dans leur analyse.

Pour les **jusnaturalistes**, les règles de droit posées par les autorités juridiques peuvent être critiquées voire écartées si elles ne sont pas conformes à l'idéal de justice où généralement à un ordre de règle et de principe supérieur au droit positif. Ces auteurs ne nient pas l'existence du droit positif mais entendent le soumettre au droit supérieur. Pour illustration : tragédie grecque de Sophocle : Antigone : pour s'opposer à Créon roi de Thèbes qui avait interdit d'inhumer les guerriers qui avaient pris les armes contre lui, parmi eux Polynice frère d'Antigone, cette dernière affirma publiquement que les interdits du roi n'était pas assez puissant pour autoriser un mortel pour passer outre les lois supérieures non-écrites et inébranlables, celle des dieux. « Ces lois datent ni d'aujourd'hui ni d'hier, elles sont éternelles et nul ne sait le jour où elles ont paru ».

Ordre positif, ce dernier doit donc se conformer. Dans le droit naturel de l'antiquité ce sont les dieux qui édictent les lois supérieures. Au Moyen-âge, depuis D'Aquin (13<sup>ème</sup> siècle), puis penseurs scolastiques c'est la loi naturelle qui s'identifie au droit naturel. Le droit naturel ne résulte plus de la volonté divine mais s'inscrit dans la nature des choses, que la raison humaine peut découvrir. Longtemps le positivisme juridique ne fut pas une attitude valorisée chez les juristes. Rupture avec des dogmes et traditions solidement ancrés. Puis c'est le positivisme 19-20<sup>ème</sup> siècle qui devient le courant dominant. Les jusnaturalistes apparaissent comme de doux rêveurs alors que positivistes ancrés dans la technique juridique. De nos jours, nouveau retournement de l'histoire c'est le positivisme qui apparaît plutôt en crise, alors que le jusnaturaliste était perçu comme rationnel, moralisateur, voire réactionnaire, c'est le positivisme qui se trouve accusé de servir les intérêts des gouvernants et aussi de masquer les valeurs, l'idéologie dominante dans le droit. Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, le positivisme fut accusé d'avoir légitimé les systèmes autoritaires. Par exemple en France, certains juristes ont fait des commentaires techniques, descriptifs, des lois de Vichy et statut des juifs conduisant à justifier indirectement cette législation au motif qu'il s'agissait de texte de droit positif. Les jusnaturalistes contemporains assument leurs valeurs et le cas échéant s'oppose au droit positif quand il est injuste, inique. La neutralité du positivisme est dénoncée : peut-on être neutre ?

L'**opposition** entre les deux courants est parfois simpliste et réductrice. Il faut s'intéresser aux fondements du droit et décrire le droit sans adhérer à un ordre supérieur. Les régimes totalitaires adhèrent eux aussi à une conception supérieure extrinsèque du droit. Plus généralement il faut admettre qu'aucune théorie n'est absolument pure. Dans son métier même technique, un juriste doit se poser la question : quelles sont mes valeurs ? en quoi est-ce que je crois ? c'est nécessaire pour tendre à la neutralité. Neutralité n'est pas neutre. Chez Kelsen, dans sa théorie même, au sommet de la pyramide des normes se trouve une norme spécifique qui permet de fonder toutes les normes. Kelsen la qualifie de norme fondamentale, pour lui elle est différente des normes de droit positif, en effet ces dernières sont posées alors que la norme fondamentale est supposée. La norme fondamentale n'est pas la constitution, elle est une hypothèse logico-transcendantale, c'est une fiction, c'est l'hypothèse que font les sujets selon laquelle le droit existe. Se faisant tout le droit positif repose sur une croyance, une représentation, Kelsen indique que le juriste ne doit pas s'intéresser à cette norme fondamentale, mais il est tout de même forcé d'admettre que le droit n'est pas auto-fondé mais qu'il est comme suspendu à une norme d'une autre nature que les règles de

droit positif, en somme le positivisme même pure ne se suffit pas à lui-même et ne permet pas de comprendre totalement le phénomène juridique, à moins d'évacuer la question centrale de l'origine de la légitimité du droit. Mais un droit ne peut s'expliquer ni même tenir par une simple addition des normes positives. La question est toujours de savoir d'où la norme ultime tire sa propre force, légitimité. Les partisans de la théorie pure peuvent adhérer malgré eux à une philo du droit. Ce serait une croyance en l'être humain parfaitement rationnel et comme transparent à lui-même. Pourtant l'homme ne peut se débarrasser totalement de ses préjugés, et que lorsqu'il fait du droit et qu'il commente les décisions adoptées par le juge, il participe aussi au système juridique. Il se livre au jeu des interprétations et des préférences idéologiques. Le droit n'est pas une pure spéculation intellectuel, il remplit de fonctions concrètes et un juriste y participe et se trouve escalité en tant que juriste d'une façon ou d'une autre engagée.

## 2. Les fonctions du droit

Le droit à une fonction politique et sociale il permet le maintien de la cohésion, de la paix sociale, d'un ordre social. Le droit a plus encore une fonction anthropologique. Si le droit est un objet technique, son sens reste déterminé par l'homme, pour les hommes. Selon Alain Supiot, « homo juridicus », la finalité du droit serait d'humaniser les autres techniques utilisées par l'homme. Ainsi par la technique de l'interdit, le droit permet de créer une distance entre les hommes eux même. Le droit permet à l'homme de ne pas délirer de canaliser sa violence, il lui donne des représentations à la fois mentales (avec parole) et matérielles (outils/instrument du droit). La grande fonction du droit est d'humaniser les hommes. Il permet l'institution du sujet et de son humanité qui n'est jamais donnée à l'avance. Erasme, *Traité de l'éducation des enfants* 1529 « l'Homme ne naît pas Homme, il le devient ». Il est fabriqué et façonné comme tel. L'absence de droit se vérifie dans les Etats totalitaires qui conduisent à la déraison, aux injustices, aux meurtres généralisés, à une spirale de violences, car les individus ne sont plus considérés comme des Hommes.

Pierre Legendre explique comment le droit permet par des montages, constructions fictionnelles d'assurer l'identité et la raison. Il a remis au goût du jour la question dogmatique, il tente de démontrer qu'aucun être humain ou société ne peut vivre/fonctionner sans des croyances indémontrables qui ont le statut de vérité. Ce sont des dogmes qui ne se démontrent pas mais qui se montrent et ces croyances sont alors légitimées par des mises en scène : toute société humaine est ainsi gouvernée par des cérémonies, des rituels, des symboles (14 juillet, passation pouvoir entre président...). Ces coutumes créent une communauté, donne à voir la société à elle-même (sous ancien régime, le roi incarnait la monarchie et la société). On peut penser que se sont surtout les sociétés traditionnelles, voir primitives qui ont recours à de tels dogmes mais toutes les cultures parce qu'elles sont cultures y compris occidentales vivent de ces vérités indémontrables dont la cohérence repose sur une authentification normative. La plus grande croyance dans notre société est de croire que nous nous sommes débarrassés de toutes croyances, de tous les tabous. => faux, la société ne peut pas fonctionner sans cela. (Toussaint : continue enterrer les morts).

**Article 433-5-1 du code pénal** : punit comme délit le fait qu'au cours d'une manifestation organisée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore. Un décret de 2010 a aussi ajouté une contravention d'outrage punissant le fait de dégrader le drapeau, de l'utiliser de manière dégradante. Ce sont des emblèmes auxquels sont associés des croyances. Aussi des textes qui expriment l'interdiction de l'expression de certaines convictions racistes, ou qui appellent à la violence => Débat sur les limites imposées à certaines expressions. Le droit participe à l'humanisation de l'Homme, rites qui nous permettent d'être membre d'une communauté humaine. Pas n'importe quel droit, il a évolué pour faire la civilisation.

### 3. L'axiologie juridique

Science des valeurs morales, le droit paraît, à bien des égards, indissociable de certaines valeurs jugées fondamentales : Notion de justice, de dignité de la personne humaine

#### 3.1 – LA JUSTICE

Dans l'opinion publique le droit est identifié à la justice, celle-ci est même représentée sous les traits d'une femme qui tient une balance dans sa main gauche pour soupeser les intérêts et dans la main droite un glaive pour trancher les litiges et souvent les yeux bandés pour montrer qu'elle est indépendante. Cette image n'est pas fautive, le droit peut permettre d'instaurer une société juste. Selon la formule romaine « la justice suppose d'attribuer à chacun le sien » « *suum cuique tribuere* ». Le roi Salomon est connu comme le premier roi justicier grâce à un stratagème il avait fait croire qu'il était prêt à couper un enfant en deux pour départager deux femmes le réclamant, il a accompli la justice en donnant l'enfant à sa véritable mère, celle-ci déclarant préférer abandonner son enfant plutôt que le voir mourir. Toute la question est cependant de déterminer comment et dans quelle mesure attribuer à chaque individu sa part.

Aristote, éthique à Nicomaque : deux types de justices particulières par opposition à la justice générale aussi appelée justice sociale :

- **Justice distributive** quand il convient de faire une répartition ou distribution entre les citoyens de biens, de fonctions, de droits, de devoirs, d'honneurs ou de punitions. Cette justice implique une proportionnalité entre les biens distribués et les qualités ou vertus du citoyens. **A chacun selon son mérite**. Il s'agit d'une **justice géométrique** car il faut faire des rapports proportionnellement aux mérites respectifs de chacun.
- L'autre justice particulière est **réparatrice ou corrective**, il s'agit de régler les échanges entre citoyens, elle consiste à rétablir un équilibre rompu entre deux personnes lorsque l'une a transmis un bien à l'autre ou lorsqu'elle a causé un dommage à l'autre. Il s'agit alors de rétablir la balance et obliger une des parties à verser à l'autre l'équivalent de ce qu'elle lui a retiré. Cette justice est arithmétique car on procède à des additions ou soustractions.

De nos jours ce sont surtout des philosophes et des économistes qui s'intéressent à la justice et moins les juristes eux-mêmes en tant que positivistes :

- **John Rawls**, *Théorie de la justice*, 1971 : il n'existe pas de conception universelle de la justice qui peut évoluer dans le temps, malgré ce pluralisme il est possible de concevoir certaines règles communes de justice. Il reprend le paradigme du contrat social originel à la manière de Locke, Rousseau ou Kant, évidemment ce contrat est purement hypothétique. Pour garantir que personne ne soit avantagé ou désavantagé par le hasard naturel (celui de la naissance) il faut raisonner comme si personne ne connaissait sa place, sa position dans la société. Il propose deux principes de justice :
  - **Egalité parfaite des libertés de base des individus** : liberté politique, expression, réunion, penser, conscience, sûreté individuelle, propriété...
  - **Répartition des richesses et revenus à l'avenir de chacun** : la répartition de la richesse et des revenus peut être inégale mais elle doit être à l'avantage de chacun, les positions d'autorité et de richesse doivent être accessibles et bénéfique à tous.
- On peut encore citer l'économiste **Amartya Sen** qui, dans son livre sur l'idée de justice, insiste également sur l'absence d'une notion universelle de justice. L'auteur tente de concevoir des instruments de lutte pour combattre les injustices réelles et surtout accroître les capacités de individus à améliorer leur vie. La justice, au sens moderne du terme, exige de développer les modes d'intervention du citoyen pour leur permettre d'exercer pleinement leur liberté. Cette dernière ne suffit pas si cette liberté ne s'accompagne pas d'un ensemble de moyens et de compétences pour en faire pleinement usage. Sen appuie sur un certain nombre de droits proches des libertés première allant de l'éducation à l'accès à l'information et en passant par l'accès aux soins. Il a notamment contribué à la formulation de l'Indicateur de Développement Humain qui permet de mesurer, dans une société donnée, le niveau de pauvreté non plus seulement en fonction de données économiques mais en fonction du bien être des individus.

### 3.2 – LA DIGNITE DE LA PERSONNE HUMAINE

La dignité de la personne humaine se trouve désormais au cœur de nos systèmes juridiques. La Convention Européenne des Droits de l'Homme affirme que « la dignité comme la liberté est de l'essence même de la Convention ». La dignité est également centrale dans la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union Européenne adoptée à Nice en 2000. Son article premier précise que le texte trouve à sa base même la dignité de la personne humaine. Ce primat donné à ce principe est relativement nouveau. Dans les premières déclarations des droits de l'Homme, c'était la liberté qui était privilégiée. La Seconde Guerre mondiale a montré que la liberté ne suffisait pas à protéger l'Homme, elle peut être inhumaine. Aussi, le principe de dignité fut mis en avant et affirmé dans des Constitutions nationales (Allemagne, Italie, Japon...) et dans des Déclarations internationales (Déclaration de Philadelphie de 1944 ou Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948). En France, c'est seulement en 1994 que la dignité fut

inscrite dans le Code Civil. À cette occasion, le Conseil Constitutionnel l'a érigé en principe à valeur constitutionnelle.

L'idée est que cette dignité est indémontrable. Elle est un axiome, une proposition évidente en soi qui s'impose par l'évidence. Du reste, il serait hasardeux voire dangereux de tenter de démontrer la dignité de la personne humaine, notamment au plan scientifique. Ce n'est pas non plus un droit subjectif même si sa mise en œuvre exige que soit reconnus et protégés des droits subjectifs comme des libertés ou le droit à un logement décent, à l'éducation, au travail, etc.

La dignité de la personne humaine n'est pas non plus un droit de l'Homme. Elle risquerait d'être concurrencée voire limitée par d'autres droits de l'Homme. On la qualifie parfois de droits de l'Homme de la 3<sup>e</sup> génération pour signifier qu'elle n'a plus pour sujet les individus mais l'humanité toute entière. Cette qualification n'est toutefois guère satisfaisante car elle risque de faire croire que l'humanité vaudrait plus que les individus qui la composent et que le tout doit primer sur le particulier.

Juridiquement, la dignité de la personne humaine implique d'abord que la personne ne soit jamais utilisée comme un objet, comme un moyen mais toujours comme une fin en soi. Elle doit être reconnue comme une personne juridique dotée de volonté et non pas utilisée comme une machine, un animal, un réservoir de matériaux biologiques. Le principe de dignité implique à la fois que soient protégées les libertés mais aussi les besoins vitaux de la personne humaine. L'Homme est un être incarné vivant qui a des besoins physiologiques et psychologiques. Cela implique aussi le respect de certains sentiments comme la pudeur, la peur ou le dégoût.

En somme, la dignité est un principe objectif structurant et fondateur de nos systèmes juridiques contemporains. Il est source de droits subjectifs qu'il justifie et qui permettent de le respecter.

## 4. L'interdisciplinarité

On observe de plus en plus à l'éclatement du droit en de nombreuses matières. Les juristes sont de plus en plus spécialisés. Pour éviter le repli dans leur champ disciplinaire, ceux-ci peuvent alors pratiquer l'interdisciplinarité. La pratique comporte tout de même des risques : dissoudre le droit dans d'autres disciplines jugées plus scientifiques (sciences sociales, économiques). Il faut donc trouver l'équilibre qui est nécessaire entre le dialogue avec d'autres disciplines, et le maintien de l'identité du droit.

La **sociologie** est une discipline particulière pour les juristes. Henri Levi-Bruhl (finXIXe-débXXe) est un des premiers juristes à s'intéresser à la sociologie du droit. Par la suite, la matière est développée par Jean Carbonnier, qui défend la thèse selon laquelle, pour être juste et ne pas être contesté, le droit doit prendre en compte l'évolution, même s'il ne s'agit pas non plus d'en faire une salle d'enregistrement de multiples demandes sociales. Le rôle du droit n'est pas d'assurer le bonheur des

individus, et il serait illusoire de croire que c'est le cas et de croire que le droit en aurait les moyens.

Les juristes doivent aussi s'intéresser de plus en plus aux conséquences **économiques** des règles de droit. Pour autant, l'économie ne doit pas devenir une métanorme. La loi du marché ne peut pas dicter toutes les solutions juridiques, et le droit ne saurait se dissoudre dans une analyse économique. Le mouvement *Law and Economics* avait défendu l'introduction automatique d'une appréciation économique de chaque règle de droit. Pour ses défenseurs, chaque règle devrait être appréciée selon un calcul coût/avantage en terme monétaire. Seulement, certains intérêts n'ont pas de prix. Peut-on évaluer en terme monétaire la vie humaine ? la paix sociale ? la confiance ?, concepts que le droit sait apprécier.

Un autre autre risque auquel les juristes font face est la tendance à vouloir calquer le droit sur les lois de la **biologie**. En effet, après la génétique ou les nanotechnologies, ce sont les sciences neurales qui tendent à s'affirmer dans le règlement juridique. S'il est vrai que les juristes ne peuvent se désintéresser des évolutions scientifiques et technologiques (empreintes génétiques), la conception de la règle juridique doit rester autonome quant aux préceptes de la science (exemple : égalité homme/femme ne peut être objectivée par la science, statut de citoyen d'un embryon humain non plus).

D'autres disciplines sont trop peu mobilisées par les juristes, comme **l'anthropologie**, c'est-à-dire l'étude de l'homme du point de vue culturel/symbolique, en tant qu'être social ; ou encore la **psychanalyse**, selon laquelle l'homme se construit aussi avec des interdits.

# L'HISTOIRE DU DROIT

(THEME 2 : LES FONDEMENTS DU DROIT, CHAPITRE 2)

## CHAPITRE 7

Gustave Bouillon | Introduction au droit | Novembre 2020



## Table des matières

Introduction .....	40
1. L'antiquité .....	40
2. Les codifications justiniennes.....	41
3. La période médiévale .....	41
4. L'ancien droit .....	42
5. La période napoléonienne .....	43
6. Le XIXe siècle .....	44
7. À partir du XXe siècle .....	44

## Introduction

Le droit s'est fait par construction au fil du temps, par strates successives. Les couches les plus anciennes demeurent mais s'y ajoutent des couches plus récentes. On trouve donc dans le droit des traces du passé.

### 1. L'antiquité

Les textes juridiques les plus anciens ont été découverts en Mésopotamie. Le texte le plus ancien est le code d'Hammurabi, mis en place sous le 6<sup>e</sup> roi de Babylone, au XVIII<sup>e</sup> siècle avant JC. Celui-ci est gravé sur une stèle, et est actuellement visible au musée du Louvre. Il contient 282 dispositions relatives à la conduite des sujets du royaume. Ce n'est pas véritablement un code de loi au sens où on l'entend aujourd'hui. C'est plus une compilation de maximes et de sentences rendues sur des cas concrets. On trouve parmi celles-ci la loi du Talion. Celle-ci stipule (tirée du latin talis=pareil) que lorsqu'un dommage est subi, son auteur doit subir un dommage identique. C'est le principe de proportionnalité de la peine et de la faute commise.

Plus tard, c'est la société grecque qui pose des bases juridiques qui seront importantes pour les civilisations occidentales, en philosophie comme en sciences. Plusieurs concepts juridiques naissent de cette période : la notion de démocratie (demos=le peuple, kratos= le pouvoir), née à Athènes autour du Ve siècle av. JC ; ou même la simple notion de lois, comme règles abstraites de portée générale. Les Grecs détachent même la notion de tout précepte religieux.

L'Antiquité voit surtout naître le droit romain, socle de notre culture juridique occidentale. Le premier corpus de lois écrites, adopté en 450 av. JC, est la Loi des 12 tables. Elle contient déjà des règles de procédures, et des principes intéressants de droit de la famille, des biens, ou pénal.

## 2. Les codifications justiniennes

L'empereur Justinien règne sur Byzance, cité grecque antique, de 527 à 567. Il ordonne lors de son règne une refonte complète des textes romains, et la mise en place d'une vaste compilation de règles. De cette volonté naît le **Code justinien**, comprenant 4 recueils :

- **Le codex** : décisions impériales, ou constitution impériale : ensemble des réponses aux questions posées à l'empereur comme autorité juridique
- **Le Digeste/Les Pandectes** : sorte d'encyclopédie faite de nombreuses consultations émises par les juristes consultés les plus importants depuis le début de l'Empire : Gaius, Ulpian, Paul, Papinien...
- **Les instituts** : composent le « manuel » à destination des praticiens, surtout des étudiants en droit.
- **Les nouvelles** : décisions de Justinien postérieures à la rédaction du corps

Le droit romain des premiers siècles après JC est un droit processuel et casuistique : il s'appuie sur des cas concrets. Aujourd'hui, le Common Law britannique est resté proche de ce droit.

**Aspect processuel** : dans ce droit ancien, la procédure prend une place de choix. Un droit n'est reconnu à un individu que s'il existe une action pour le faire valoir. C'est le principe de l'« action précède le droit ».

**Aspect casuistique** : Il n'existe pas dans ce droit de principe général de responsabilité, ni de notion abstraite de contrat. Il existe seulement des types de fautes particulières, des contextes, dans lesquelles le requérant fait entrer son action ; ou encore des contrats particuliers devant servir de modèle pour être exécutoire.

On peut donc qualifier ce droit de pragmatique, ou instrumental. Il est en revanche peu conceptuel.

## 3. La période médiévale

En 395 les Empires romains d'Orient et d'Occident se séparent. L'Occident et l'Empire byzantin se séparent, et l'œuvre de Justinien et ses successeurs est perdue et oubliée par les Occidentaux.

Elle est redécouverte à la fin du XI<sup>e</sup> siècle dans le Nord de l'Italie. La réapparition de ces textes est un choc pour les contemporains, qui lance un immense travail d'interprétation, notamment par l'école des glossateurs de Bologne. Le texte romain fut donc assorti de gloses (notes ajoutées dans le corps du texte, qui constituent des interprétations du texte).

Par la même occasion, dans toute l'Europe, le droit se modifie en profondeur. La richesse des textes romains est une source énorme d'interprétations et de solutions qui

s'ajoutent au droit canonique (droit de l'Église). Ce droit romain est désigné par l'expression « **corpus juris civilis** », par opposition au « **corpus juris canonici** ».

Pierre Legendre, juriste et historien du droit français né en 1930 qualifie cette période de « **première révolution de l'interprète** ». C'est à ce moment que se constitue la tradition juridique romano-canonique, qui continue aujourd'hui à nous influencer. La période permet l'invention d'un système institutionnel à vocation universelle, qui s'incarne dans une figure. Au sein de l'Église, c'est le pontife, au sein des monarchies séculaires c'est le roi, au sein de l'État lui-même, c'est le législateur qui est la source des lois.

Le droit romain aura donc permis la conception du droit comme système organisé, hiérarchisé, pyramidal, dont le sommet est occupé par le souverain. Il aura aussi permis de concevoir la notion moderne d'État, grâce à l'objectivation et l'institutionnalisation du pouvoir, qui se détache des hommes qui l'assurent. Le roi n'est que le prestataire de l'incarnation des lois (cf. Science Politique, « le roi est mort vive le roi »).

## 4. L'ancien droit

Sous l'Ancien régime, la France est principalement un pays de coutumes. Le droit marche par communautés. Chaque individu suit les lois de sa communauté selon un principe de territorialité, et son statut social. L'individu en temps que tel n'existe pas, c'est sa communauté qui importe.

Le Sud de la France est un pays de droit écrit dont la coutume s'inspire surtout du droit romain. Le Nord est un pays de droit coutumier régi par des coutumes orales issues du droit germanique. La rédaction de ces coutumes fut imposée par l'ordonnance royale de Montils-lès-Tours (1454).

L'influence du droit romain permis l'apparition d'un droit commun (« jus commune »), droit savant dont tous les juristes du royaume suivaient la formation.

Le droit fut utilisé par les Monarques lors de la centralisation et de l'affirmation de leur pouvoir. C'est un vecteur, sur les grands féodaux, au détriment du système classique féodal. Avec le temps, les rois réussissent à imposer de grandes ordonnances à l'ensemble du Royaume (ordonnance de Michel de Marillac ou grandes ordonnances de Colbert sous Louis XIV, parmi lesquelles l'ordonnance sur le commerce de 1673, ordonnances sur les donations en 1731 et sur les testaments en 1735 du chancelier d'Aguesseau au XVIIIe).

Dans cette période, de nombreux juristes jettent les bases du futur code civil : Jean Domat (XVIIIe), Pothier. Leurs œuvres sont encore utilisées aujourd'hui.

## 5. La période napoléonienne

Dans leur quête d'égalité entre individus et de renversement de l'ordre établi, les révolutionnaires entreprennent un vaste travail de codification du droit. Par cette démarche, ils voulaient rationaliser et unifier le droit, le rendre applicable sans distinction à tous les citoyens. L'Assemblée constituante prévoit le 16.08.1790 un code général de lois simples, claires, et communes à tout le royaume. Seulement, le projet nécessite une volonté politique forte et constante qui manque cruellement à la Révolution. Napoléon 1<sup>er</sup> va permettre l'aboutissement du projet. Il amène ainsi en 1804 l'adoption d'un code civil, rédigé par une équipe de juristes, comprenant des membres comme Tronchet ou Maleville, dirigés par le juriste Portalis.

Portalis rédige le discours préliminaire. Celui-ci contient plusieurs directives encore célèbres sur les aspects que doit revêtir une bonne législation :

- « Les lois ne sont pas de pures 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 ».
- ...

Ni lui-même est impliqué dans le projet. Il intervient notamment en faveur du divorce, désireux lui-même de mettre un terme à son mariage avec Joséphine, incapable de lui donner un héritier et de perpétuer la dynastie.

Le code civil est donc promulgué en 1804. Lui succède le code de procédure civile, le code du commerce, et le code pénal. Le code civil se place comme une sorte de synthèse, de compromis entre le droit de coutume du Nord et le droit écrit du Sud, entre le droit de l'Ancien Régime, et le droit de la Révolution. Marcel Pagnol dépeint le code civil comme « ni réactionnaire ni révolutionnaire ». Néanmoins, on entendra beaucoup dire par la suite que ce code était individualiste et favorisait les bourgeois qui assuraient leur domination. Toutefois, on y voit apparaître des concepts importants : la laïcité, la liberté, ou l'exigence d'égalité.

Les rédacteurs de ce code civil nourrissaient une certaine méfiance vis-à-vis des concepts philosophiques et des grandes idées. Ils ne sont pas idéologues.

Le code civil connaîtra un grand succès, et s'exportera dans les bagages de la grande armée, lors des conquêtes napoléoniennes. De ce fait, il est repris et appliqué en Belgique, aux Pays-Bas, au Luxembourg, ou dans certains États d'Allemagne ; ainsi que dans les pays d'Afrique colonisée, où il est parfois appliqué encore aujourd'hui. Il servira enfin de modèle en Amérique Latine, en Louisiane, au Québec, ou encore en Roumanie. Au Japon, le professeur français Boissonade fut engagé pour aider à la rédaction d'un code, abandonné au profit du code civil allemand de 1900.

## 6. Le XIXe siècle

C'est en France le siècle du code civil. Celui-ci est admiré par les juristes : le professeur Bugnet déclarait par exemple : « je ne connais pas le droit civil, je n'enseigne que le code civil ». Les principaux ouvrages de droit civique sont à l'époque des commentaires d'articles, article par article, du code civil. En licence de droit, les trois années servaient en partie à un apprentissage quasi-complet du code civil.

Deux manières différentes d'enseigner vont alors se côtoyer. Des auteurs comme Demolombe ou Duranton forment l'École de l'exégèse, promouvant une lecture du littérale du texte, tandis que les professeurs Aubry et Rau feront vont concevoir un cours de droit civil ordonné selon un plan abstrait, différent de la structure du code civil. Seulement, ces derniers présentent leur ouvrage comme la traduction d'un livre allemand d'un certain Zacchariaé.

## 7. À partir du XXe siècle

Au début du XXe siècle, le professeur François Gény opère une première rupture décisive en insistant sur de nouvelles méthodes d'interprétation du droit ouvertes sur les sciences sociales, notamment la sociologie. Il initie par la même occasion, en droit, le mouvement de la libre recherche scientifique, en insistant notamment sur l'importance de la jurisprudence. Il mettra en partie fin au monopole de l'École de l'exégèse et de ses pratiques en ouvrant de nouveaux champs des possibles grâce aux sciences sociales.

Le XXe siècle représente pour le droit une période d'évolutions accélérées.

**Modification des sources du droit** : Dans un premier temps, les sources de celui-ci sont modifiées. La jurisprudence prend son envol. Ainsi, la Cour de Cassation crée le droit de la responsabilité civile en s'appuyant sur 5 articles du code civil de 1804, en fournissant un travail important de création et construction. La loi reste une source importante, mais se trouve banalisée du fait de l'inflation législative, de l'internationalisation du droit, et de la constitutionnalisation du droit en 1958 (nouveau C<sup>o</sup> + création conseil constitutionnel). C'est aussi à cette période qu'apparaît l'État Providence, qui s'appuie sur de nombreuses interventions publiques. Les services publics sont de ce fait développés, théorisés, et la sécurité sociale fut créée, tandis que le salariat tend à se généraliser. Seulement, le code civil de 1804 n'est pas adapté à ces transformations profondes. Il ne contient par exemple, à sa création, que deux articles relatifs au contrat de louage de service. D'autres codes vont donc intervenir, comme le code du travail en 1910.

**Modifications du droit de la responsabilité** : De surcroît, l'industrialisation amène l'apparition de nouvelles machines, plus performantes, mais aussi plus dangereuses. Jusqu'ici, la réparation d'un dommage était subordonnée à la démonstration d'une faute de son auteur. Seulement, les machines peuvent provoquer des préjudices sans l'implication d'un acte fautif, répréhensible. Pour répondre au

problème, un régime de responsabilité sans faute, fondé sur le risque, est mis en place. Il permet une meilleure indemnisation des victimes. Par la suite, diverses lois vont être adoptées, notamment la loi sur les accidents de la circulation de 1985 qui favorise l'indemnisation des victimes.

**Modifications du droit de la famille** : Le principe d'égalité permet le droit de vote des femmes en 1945, et plus largement l'émancipation des femmes vis-à-vis de leur père/époux. Tout au long de la seconde moitié du XXe siècle, le droit de la famille se modernise, avec l'égalité dans le couple et *entre enfants*. En 2004, le **droit du divorce** se modernise, avec le divorce pour cause objective, avec altération du lien conjugal. **Le droit de la filiation** est aussi marqué sur la même période par la possibilité de contestation de la paternité ou l'établissement du lien de filiation avec le père véritable. *Les notions d'enfant légitime, adultérin, et naturel furent supprimées, rétablissant l'égalité avec les enfants nés du mariage*. L'évolution du droit de la famille est illustrée, à la fin du XXe siècle, par des évolutions comme le PAX, ou la loi de 2013 sur le mariage et l'adoption pour les couples de même sexe.

Enfin, le droit contemporain est marqué par les découvertes scientifiques et les innovations technologiques. Ainsi, le **droit de la propriété** s'étend aux entités incorporelles, comme les marques, brevets, logiciels. Le **droit des personnes** a été adapté aux découvertes biologiques. Les premières lois bioéthiques apparaissent en 1994, et posent des principes de base importants pour le respect du corps humain et de la dignité humaine : l'interdiction du commerce d'éléments du corps humain, la limitation de l'utilisation des empreintes génétiques, ou encore l'interdiction de porter atteinte à l'intégrité de l'espèce humaine.

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication développées avec la mondialisation viennent aussi modifier plusieurs pans du droit : la **propriété intellectuelle**, le **droit des contrats**, le **droit du travail**, le **droit de la preuve**.

# LES SOURCES CONSTITUTIONNELLES DU DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 1)

## CHAPITRE 8

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020

## Table des matières

Introduction : les sources du droit .....	47
1. Le bloc de constitutionnalité.....	47
2. Le contrôle de constitutionnalité des lois .....	48

## Introduction : les sources du droit

La question des sources du droit est une question importante. Elle est à la fois classique et déterminante pour les juristes. Celle-ci revient à demander quelles sont les autorités/personnes habilitées à créer du droit. Les sources du droit sont ainsi les entités dans lesquelles puiser pour élaborer une réponse à une question juridique.

Le modèle dominant de nos jours est le modèle hiérarchique des sources du droit, le modèle kelsénien. D'après celui-ci, elles formeraient une sorte de pyramide dominée par la constitution, puis les normes internationales, les normes législatives, les normes administratives (parmi lesquelles les règlements), et enfin les normes individuelles (décisions, contrats).

Certaines sources du droit font toutefois l'objet de discussions : où situer la jurisprudence ? la coutume ? les usages ? la doctrine universitaire ? organique ? La représentation pyramidale revêt malgré tout un intérêt pédagogique importante, même si elle donne sans doute une forte impression d'immobilité du droit, alors que les différents niveaux s'interpénètrent, se combinent, de manière dynamique ; et que les différentes autorités du droit, notamment internes et internationales, entretiennent un dialogue permanent. Le droit actuel fonctionne bien plus comme un réseau horizontal que comme une structure pyramidale verticale.

Cette perception pose un autre problème : elle met sous le tapis la question de la légitimité du droit, des sources de l'autorité du droit. C'est justement à cette question que nous allons nous intéresser.

Dans ce chapitre, nous allons donc nous pencher sur les **sources constitutionnelles du droit**. La constitution aujourd'hui en vigueur en France est celle du 4.10.1958, qui met en place la Ve République. Elle a été révisée plusieurs fois, la dernière révision en date remontant au 23.07.2008 (peut changer ? inscrire crise climatique dans C° ?).

### 1. Le bloc de constitutionnalité

**Bloc de constitutionnalité** : ensemble des règles à valeur constitutionnelle. Comprend les articles 1 à 89 de la Constitution (corps de celle-ci). Fixent les règles relatives à l'organisation et fonctionnement des pouvoirs publics (institués).



Dans une décision historique du 16 juillet 1971, le conseil constitutionnel a intégré le préambule de la Constitution de 1958, lequel renvoie à plusieurs textes (préambule de 1789). Il renvoie ainsi à :

- La DDHC (1789)
- Préambule Constitution 1946
  - Renvoie lui-même à la déclaration de 1789, et réaffirme les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République + principes « particulièrement nécessaires à notre temps (principes économiques et sociaux : égalité homme/femme, droit d'asile, liberté syndicale, droit de grève, droit à l'instruction. ».
- Charte de l'environnement de 2004 (depuis 2005)

Par cette décision, le CC a constitutionnalisé tout les principes et droits mentionnés dans ces préambules. Le CC a par la présente enrichi les normes de référence de son contrôle et par la même augmenté la portée de ce dernier.

## 2. Le contrôle de constitutionnalité des lois

La C<sup>o</sup>1958 confie ce rôle au conseil constitutionnel. Il est composé de 9 membres :

- 3 nommés par le président de la République, dont le président du conseil
- 3 nommés par le président du Sénat
- 3 nommés par le président de l'Assemblée Nationale

Ceux-ci sont élus pour un mandat de 9 ans non renouvelable. La garantie de continuité et le caractère non-renouvelable du mandat garantissent l'indépendance des juges constitutionnels.

Le Conseil se renouvelle par tiers tous les trois ans, ce qui favorise sa stabilité. À ses 9 membres s'ajoutent les anciens présidents de la République, qui sont membres de droit, à vie, s'ils le souhaitent. Ce principe est souvent critiqué, car pour certains, le conseil n'est pas une authentique juridiction, comme la cour allemande. En effet, la présence d'anciens présidents pose un problème d'indépendance et d'impartialité, auquel s'ajoute le problème de l'absence d'exigence de qualifications juridiques, le CC étant une haute fonction qui confronte à la constitutionnalité. *Le CC est un « chien de garde » pour protéger des prérogatives de l'exécutif face au Parlement.*

Le rôle du Conseil consiste surtout à assurer le respect de la répartition des compétences entre lois et règlements, et empêcher tout empiètement de l'exécutif sur le pouvoir réglementaire. Ce contrôle de constitutionnalité des lois s'est développé :

1. **16 juillet 1971** : décision de « liberté d'association » : La constitutionnalisation du préambule a permis au CC de contrôler d'avantage le contenu des lois, alors que jusqu'à présent il portait surtout sur les règles de fonctionnement des pouvoirs publics.

En 1971, le CC devient protecteur des libertés et droits constitutionnels. Fun fact : à l'origine, le risque de non-conformité d'une loi à la constitution était très faible. Seul le président, le 1<sup>er</sup> ministre, les présidents du Sénat et de l'Assemblée Nationale pouvaient saisir le conseil. Or, ces autorités étaient souvent du même bord politique, et n'allaient donc pas saisir le CC pour un texte voté par la majorité.

2. **29 octobre 1974** : Une réforme permet la saisie du CC par 60 députés ou 60 sénateurs. L'opposition à la majorité est désormais en mesure de proposer un CC. Si le CC n'a pas la capacité de s'auto-saisir, il peut en revanche contrôler entièrement le texte qui lui est déféré et a même le pouvoir de contrôler l'ancienne loi modifiée par le nouveau projet.
3. **23 juillet 2008** : Réforme constitutionnelle. Jusqu'alors, CC ne pouvait travailler que sur des projets/propositions de lois, avant que celles-ci soient promulguées. Il ne pouvait pas toucher aux lois déjà en vigueur. La réforme de 2008 élargit les possibilités de saisie du CC, en permettant, par le nouvel article 61-1 de la Constitution, aux justiciables de contester la constitutionnalité d'une loi. On appelle cette procédure la QPC (question prioritaire de constitutionnalité). (Cf. Droit Constit). Il existe désormais un contrôle à posteriori. Sur le principe de l'article 61-1, une disposition inconstitutionnelle en place peut être abrogée par le CC, avec une prise d'effet immédiate de la décision, ou différée (à compter de telle date...).

# LES SOURCES INTERNATIONALES DU DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 2)

CHAPITRE 9

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020

## Table des matières

1. Traités et accords internationaux.....	51
2. Les sources européennes.....	52
2.1 – Le système juridique de l’UE.....	52
2.1.1) Les institutions de l’UE.....	52
2.1.2) Les normes européennes .....	53
2.2 – Le droit du Conseil de l’Europe.....	53
2.2.1) convention CEDH .....	54
2.2.2) La cour de Strasbourg : cour européenne des droits de l’homme .....	54
2.3 – La procédure devant la cour.....	54
2.4 – Les effets de la CEDH.....	54

### 1. Traités et accords internationaux

Un **traité international** est négocié et ratifié par le président de la République. Selon la Constitution, un **accord international** n’est pas soumis à la ratification du président. Il est seulement informé de sa négociation.

Pour les traités les plus importants (traités de paix, traités qui engagent les finances de l’État), l’approbation ou ratification du traité ne peut se faire qu’en vertu d’une loi. De ce fait, le CC peut être saisi par le président, le premier ministre, les présidents des assemblées, ou 60 députés/sénateurs, afin de s’assurer que toutes les clauses du traité sont bien conformes à la constitution. Si certaines clauses s’avèrent inconstitutionnelles, la ratification du traité se trouve conditionnée à une révision de la constitution (pas obligation de révision d’ailleurs). En effet, selon la hiérarchie des normes, la constitution est supérieure aux traités et accords internationaux (elle est au sommet de la pyramide).

Un traité/accord régulièrement ratifié est en principe d’application directe. Il peut donc être directement invoqué devant les tribunaux. Toutefois, certains textes ne créent d’obligation que pour les États signataires : ils ne peuvent pas être invoqués par les justiciables directement. Seul l’État est obligé par le texte, et doit si nécessaire modifier son droit interne pour le conformer aux obligations internationales.

A55C° : Les traités ou accords internationaux régulièrement ratifiés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois. Seulement, autorité supérieure des traités admise sous réserve de son application par autre partie (**condition de réciprocité**). EF peut refuser de respecter un engagement international si autres États ne le respectent pas eux-mêmes. *Ne vaut pas pour tous les engagements internationaux : un État ne peut*

*pas jouer sur : droits de l'Homme, conventions de l'Organisation Internationale du Travail (OIT), ou droit de l'UE.*

Il est ainsi impossible d'adopter une loi contraire à un traité ou un accord en vigueur.

Néanmoins, le CC se considère incompétent pour contrôler la conformité des lois aux normes internationales (décision du 15 janvier 1975 sur loi IVG). Il estime en effet qu'une loi contraire à un traité n'est pas nécessairement contraire à la constitution. Par cette décision, il distingue le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité des lois. Il considère que la supériorité reconnue aux traités par l'A55 est à la fois **relative** et **contingente** :

- Caractère relatif : Supériorité dépend du domaine d'application de la loi par rapport au traité.
- Caractère contingent : Du fait de la réciprocité, de l'application du texte international par les autres parties. Le contrôle est susceptible de variations, tandis qu'une décision du conseil est absolue. Le rapport de l'une à l'autre étant susceptible de varier, le CC lègue la fonction de contrôler la conformité des normes législatives aux normes internationales aux juridictions ordinaires.

C'est donc la Cour de Cassation qui gère ce contrôle, avec le Conseil d'État, depuis l'arrêt Niccolo de 1989.

## 2. Les sources européennes

Il est une distinction importante à faire : droit de l'Union européenne et droit issu du Conseil de l'Europe ne sont pas identiques.

### 2.1 – LE SYSTEME JURIDIQUE DE L'UE

Celui-ci trouve origine dans la CEE, mise en place par le traité de Rome de 1957, à partir de la volonté des 6 fondateurs.

Aujourd'hui, il s'applique sur les 27 États-membres, et s'appuie sur plusieurs traités ;

- Maastricht (1992) : traité sur l'Union européenne (TUE), traité du fonctionnement de l'Union européenne.
- Amsterdam (1997)
- Nice (2001)
- Lisbonne (2001)

#### 2.1.1) Les institutions de l'UE

...ainsi que sur plusieurs institutions :

- **Commission européenne** : assurer respect intérêt général UE, contrôler bonne application des traités, gérer budget, représenter UE sur scène internationale.

Tire son pouvoir législatif de l'initiative possédée sur des projets de textes et actes législatifs.

- **Conseil de l'UE** : représente EM au niveau ministériel, peut engager les pays.

Possède donc un pouvoir législatif selon les circonstances.

- **Parlement européen** : Représente peuples européens à travers députés.

Pas encore authentique législateur de l'UE, mais rôle a pris de l'importance dans procédure législative. Exerce pouvoir de décision avec Conseil UE, contrôle politique, et consultation. Élit président Commission.

Il existe plusieurs juridictions de l'UE :

- La CJUE (au Luxembourg) : compétente pour statuer sur recours formés par EM, institution de l'UE, ou personne physique ou morale, en cas de violation d'un traité ou de litige mettant en cause un EM.
- Tribunal de première instance

### 2.1.2) Les normes européennes

Il y a plusieurs catégories de normes européennes :

1. Principes généraux
2. Traités consultatifs (droit primaire)
3. Actes de droit dérivé
  - a. **Règlements** : portée générale, obligatoires, directement applicables.
  - b. **Directives** : lient EM sur un objectif à atteindre. Leur laisse autonomie procédurale et institutionnelle par rapport aux moyens à utiliser.

En principe, pas d'effet direct ds ordre juridique interne. Doivent être transposées.

Obligatoires seulement pour leur destinataire

- c. **Avis/Recommandations** : ne lient pas les destinataires.

En 2000, Charte des droits fondamentaux de l'UE proclamée à Nice. Diffère de la CEDH, car contient droits civils, politiques, ET économiques, sociaux. Sa portée est toutefois limitée : elle ne s'applique aux États que lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. Certains États sont dispensés de certaines dispositions, comme le RU ou la Pologne.

### 2.2 – LE DROIT DU CONSEIL DE L'EUROPE

Crée le 5.05.1949 à Londres, avec pour dessein de mettre en place un espace démocratique et juridique commun à l'Europe. Comprend à sa création 10 membres,

contre 47 aujourd'hui, s'appliquant de ce fait sur 820 millions d'individus. Ce droit a été adopté à travers plusieurs conventions, dont la plus importante reste la convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

### **2.2.1) convention CEDH**

Elle est signée en 1950 à Rome, et entre en vigueur en 1953. La France ne la ratifie qu'en 1974. Elle contient une liste de droits et libertés fondamentaux, complétée par des protocoles additionnels (16). La convention est directement applicable et peut donc être invoquée par tout individu dans un litige.

En France, elle a une valeur supérieure aux lois. Le juge doit écarter d'un litige une valeur qui lui est contraire. Avant la mise en place de la QPC dans le droit interne, la convention permettait à elle seule de mettre de côté une loi contraire à un droit fondamental.

### **2.2.2) La cour de Strasbourg : cour européenne des droits de l'homme**

La spécificité de cette convention est son système institutionnel, qui assure autant de juges que d'États contractants. Ceux-ci exécutent des mandats de 6 ans renouvelables.

La plupart des arrêts sont pris par 7 juges, à partir de requêtes filtrées par 3 autres juges. Une grande chambre de 17 juges s'occupe des affaires importantes.

## **2.3 – LA PROCEDURE DEVANT LA COUR**

La procédure peut être engagée par tout EM. En pratique, les EM hésitent à utiliser ce type de recours, au risque d'engager des représailles par l'autre État. Ainsi, ce sont plutôt les particuliers qui saisissent la cour dans le cadre d'un droit de recours. Tout individu peut se plaindre directement d'une violation de la convention. Souvent, la procédure est engagée par l'individu contre son propre État. Toutefois, la procédure de recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

La France ne l'a ainsi reconnue qu'en 1981. À l'heure actuelle, le droit de recours individuel est obligatoire et ouvert à toute personne physique ou morale, sans condition de nationalité, ou résidence. Toutefois, une requête ne peut être présentée qu'après épuisement des voies de recours internes, et doit être présentée dans les six mois qui suivent la décision interne. Elle doit de surcroît concerner un droit protégé par la convention, et être dirigée contre un État ayant adhéré à la convention.

## **2.4 – LES EFFETS DE LA CEDH**

Si la cour constate la violation d'un droit, d'une liberté protégée, elle est dans l'incapacité d'annuler la décision, d'ordonner des mesures, ou encore d'émettre des injonctions à l'égard des États concernés. Toutefois, les États se sont engagés à respecter la CEDH et se conformer aux arrêts de la cour.

La question a été soulevée en France, amenant au principe définitif de la chose jugée. Il y a désormais possibilité de changer ce qui a conduit à une condamnation. La

loi du 15 juin 2000 institue ainsi une procédure de réexamen des décisions pénales à la suite d'un arrêt de la CEDH.

L'article 41 de la CEDH permet à la cour, en cas de violation reconnue, d'accorder à la partie lésée une satisfaction équitable (dommages et intérêts). L'entrée en vigueur du 16<sup>e</sup> protocole permet à la plus haute juridiction de chaque pays d'adresser à la cour des demandes d'avis consultatifs sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés définis. Ceux-ci permettent un dialogue entre les juges, et l'évitement, grâce à la cour d'une condamnation. Néanmoins, le protocole ne s'applique que dans un domaine très précis : droit à la vie, légalité des délits et peines, ...



# LES SOURCES LÉGALES DU DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 3)  
CHAPITRE 10

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020

## Table des matières

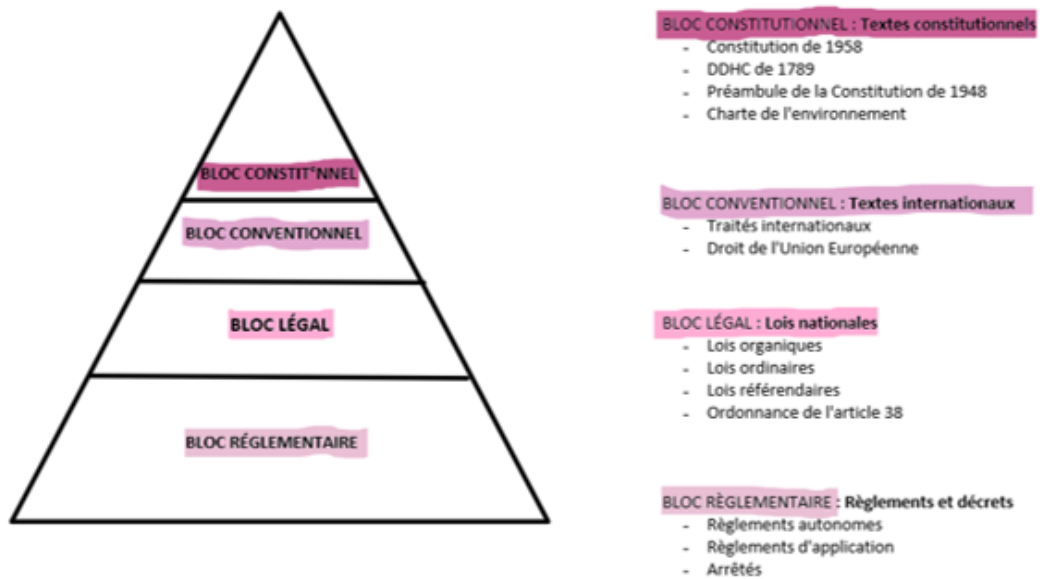
Introduction.....	57
1. Le domaine de la loi.....	57
2. La procédure d'adoption de la loi.....	58

## Introduction

En France, la loi est souvent confondue avec le droit. On parle ainsi du principe de légalité quand il serait plus juste de parler du principe de juridicité. La loi demeure toutefois la source symbolique du droit. Ce phénomène s'explique par l'affirmation des parlements au XIXe siècle, et la volonté de l'époque de soumettre le pouvoir exécutif à la loi votée par le parlement. La loi est souvent codifiée avec le souci de la rendre visible et accessible au droit. Seulement, elle est aussi de plus en plus concurrencée par d'autres sources. Sa banalisation tient en grande partie du fort développement des sources constitutionnelles et internationales, ainsi que du contrôle de constitutionnalité des lois. Si la loi demeure donc l'expression privilégiée de la volonté souveraine, c'est dans le cadre et le respect de normes supérieures, ainsi que sous le contrôle du juge constitutionnel, qu'elle s'applique.

### 1. Le domaine de la loi

Au sens le plus strict, la loi est la règle de droit votée par le parlement. Certaines lois doivent être distinguées des lois ordinaires. C'est notamment le cas des **lois organiques**. Les lois organiques sont des lois qui complètent la constitution, la précisent. Elles sont soumises à une procédure d'adoption particulière, qui passe par un contrôle automatique du CC. Celles-ci ont une valeur supérieure aux lois ordinaires. Elles se situent, dans la hiérarchie des normes, entre la Constitution et les lois ordinaires :



Certaines lois répondent aussi à un objectif particulier. C'est le cas des lois de programmation, de finance, ou encore de financement de la sécurité sociale. Leur valeur juridique est cette fois-ci identique à celle des lois ordinaires.

Une des innovations apportées par la Constitution de la VRep est la formulation d'un domaine de la loi : la loi s'est vu assigner un domaine d'attribution. Le législateur ne peut intervenir que dans certaines matières, énumérées dans l'A34C°1958.

En outre, dans certains domaines, c'est la loi qui fixe les règles : droits civiques, garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (nationalité, État et capacité des personnes, détermination des crimes, délits, et peines applicables).

Dans d'autres domaines, la loi se contente de déterminer les droits fondamentaux. Le législateur doit alors s'en tenir à des principes généraux.

## 2. La procédure d'adoption de la loi

L'initiative des lois (ordinaires) appartient concurremment au premier ministre et aux membres du parlement. Elle est toujours proposée par le premier ministre lorsque celle-ci émane de l'exécutif. Lorsqu'elle émane du premier ministre, c'est un **projet de loi** ; lorsqu'elle émane de parlementaires, c'est une **proposition de loi**. Les parlementaires ont ainsi également un pouvoir d'initiative des lois.

Les projets de loi sont délibérés en conseil des ministres, après avis du conseil d'État, qui assure sa conformité juridique. Ils sont ensuite examinés par les deux assemblées en vue de l'adoption d'un texte identique. En cas de désaccord (et c'est fréquent), si le texte n'est pas adopté après deux lectures par chaque assemblée, ou après une seule lecture (si le gouvernement a déclaré l'urgence sur un texte), alors le premier

ministre peut réunir une commission mixte paritaire, composée de députés et sénateurs. Celle-ci essaie ainsi de trouver un compromis quant aux dispositions qui restent en discussion. Par la suite, le texte est soumis au gouvernement pour approbation par les deux assemblées. S'il n'est pas adopté, ou si la commission mixte paritaire ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun, alors il peut être demandé, après une nouvelle lecture de celui-ci par les deux assemblées, à l'Assemblée Nationale de statuer sur le texte. Celle-ci a le dernier mot.

La France est un régime parlementaire bicaméral et inégalitaire. En effet, les prérogatives de l'AN sont plus importantes que celles du Sénat.

Petits termes bons à connaître :

- Le fait majoritaire : désigne la concordance entre majorité parlementaire et président de la République.
- La cohabitation : désigne l'opposition entre la majorité parlementaire et le président de la République.
  - 1986 : Mitterrand - Chirac
  - 1993 : Mitterrand - Baladur
  - 2002 : Chirac - Jospin

# LES SOURCES RÉGLEMENTAIRES DE DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 4)

## CHAPITRE 10

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020

## Table des matières

1. Les ordonnances .....	61
2. Les règlements.....	61

**Règlements** : actes normateurs de portée générale et impersonnelle, édictés par des autorités administratives. À distinguer des règlements.

### 1. Les ordonnances

L’A38 de la Constitution de 1958 prévoit la possibilité d’une délégation du pouvoir législatif au gouvernement. Ainsi, le gouvernement peut, pour l’exécution de son programme, demander au parlement l’autorisation d’émettre des ordonnances pendant un délai limité, sur le domaine de la loi. Celles-ci sont élaborées en conseil des ministres, après avis du Conseil d’État, et entrent en vigueur dès leur publication.

Si un projet de loi de ratification n’est pas déposé avant la date fixée par la procédure d’habilitation, alors les ordonnances deviennent caduques. À l’expiration du délai, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par une loi venant du pouvoir législatif.

Aujourd’hui, les ordonnances sont utilisées par les gouvernements pour modifier des pans entiers de la législation (droit du travail, contrats).

La pratique existait déjà sous les IIIe et IVe Républiques, sous le nom de **décret-loi**.

### 2. Les règlements

Comme vu précédemment, la C<sup>o</sup>1958 fixe la loi à un domaine d’intervention. En ce sens, le législateur n’est plus omnipotent, et le domaine d’intervention de la loi, bien que large, est un domaine d’attribution.

D’après l’A37C<sup>o</sup>, tout ce qui n’est pas du domaine de la loi tel qu’énuméré à l’A34 est du domaine du règlement. Le règlement a un domaine de principe, différent du domaine d’attribution. Le domaine de principe est une catégorie ouverte. Si une loi intervient dans un domaine relevant du règlement, alors ses dispositions peuvent être modifiées par décret. Si celle-ci est postérieure à 1958, le CC doit néanmoins, au préalable, l’examiner et déclarer son caractère réglementaire. Au cours d’une discussion parlementaire, le gouvernement peut s’opposer à l’adoption d’un article qui relève selon lui du domaine réglementaire.

On distingue les règlements selon leur auteur, par ordre de valeur décroissant /

- Décrets du président de la République : délibérées en conseil des ministres

- Décrets simples du président
- Décrets du premier ministre
- Arrêtés interministériels
- Arrêtés ministériels
- Arrêtés préfectoraux
- Arrêtés municipaux

Un large panel d'autorités est détenteur du pouvoir réglementaire. En principe, ce n'est pas le cas des ministres, tandis que c'est celui du président et du premier ministre. Malgré tout, ceux-ci peuvent être habilités sur délégation du législateur ou du premier ministre, et disposent de fait d'un pouvoir réglementaire interne, càd d'organisation de leurs services.

La place occupée par les règlements dans la hiérarchie des normes est subtile. Elle dépend du domaine dans lequel le règlement est intervenu. D'abord, un règlement peut venir compléter et préciser une loi adoptée dans les domaines définis par l'A34C°1958, dans lesquels la loi ne fait que déterminer les principes fondamentaux. Il s'agit alors d'un **règlement d'application de la loi**. Sa valeur est inférieure à la loi dans la hiérarchie des normes. Ce règlement d'application doit être conforme à la loi qu'il applique.

Il existe aussi des règlements autonomes, qui peuvent être adoptés dans des domaines ne relevant pas de la loi (A37C°1958). Ceux-ci sont mis en place en dehors de toute habilitation législative. Il semblent s'appliquer au même niveau que la loi, et il est vrai qu'en principe, une loi ne peut pas les modifier. Toutefois, ces règlements, même autonomes, doivent être conformes à l'ensemble des lois en vigueur. Juridiquement, le terme « autonome » renvoie à la capacité d'intervention de ces règlements en dehors de toute habilitation du législateur, et à leur autonomie de création.

Par ailleurs, il arrive parfois que le gouvernement délègue son pouvoir réglementaire à des autorités administratives indépendantes (AAI). C'est notamment le cas de l'AMF (autorité des marchés financiers), du CNIL, du CSA. Dans leur domaine de compétence, ces autorités ont un pouvoir réglementaire délégué. Elles peuvent édicter des décisions qui s'imposent aux administrées et disposent aussi d'un pouvoir de sanction.

# LA JURISPRUDENCE COMME SOURCE DE DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 5)

CHAPITRE 11

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020



## Table des matières

Introduction.....	64
1. Le pouvoir normateur des juges.....	65
2. Les limites du pouvoir normateur des juges.....	66
2.1 – Les limites dans la création.....	66
2.2 – Les limites tenant aux compétences des juges.....	66
2.3 – Les limites tenant à l’application de la jurisprudence dans le temps.....	66

## Introduction

La jurisprudence se compose par les décisions des juridictions ayant autorité sur des questions de droit données. Elle forme un ensemble de principes juridiques dégagés par les juges. En France, du fait de la hiérarchie juridictionnelle, la jurisprudence émane principalement des juridictions suprêmes de chaque ordre : le conseil d’État, la Cour de cassation, et la Cour constitutionnelle.

La conception française de la séparation des pouvoirs minore le pouvoir des juges. Le pouvoir législatif élabore et édicte la loi tandis que le pouvoir exécutif est chargé de l’appliquer sous le contrôle du pouvoir judiciaire, lui aussi autorité d’exécution. Pour Montesquieu, la séparation des pouvoirs était une garantie de la démocratie et du respect des libertés. Dans ce cadre, selon sa célèbre formule, le juge est la « bouche de la loi ». Son rôle se limite à l’application de la loi, règle générale et abstraite, aux cas particuliers qui lui sont soumis.

Sous l’Ancien Régime, les parlements, qui avaient un rôle juridictionnel, ont souvent abusé de leur pouvoir pour empêcher certaines réformes voulues par la monarchie. Les révolutionnaires nourrissaient une certaine méfiance vis-à-vis des juges, ces derniers appartenant à la noblesse de robe, et ayant un pouvoir réactionnaire. Les révolutionnaires ont ainsi repris à leur compte les idées de Montesquieu, et considérablement bloqué le pouvoir et le rôle des juges.

Le code civil de 1804 trahit lui aussi une certaine méfiance de l’époque vis-à-vis des juges. Il interdit les arrêts de règlement, c’est-à-dire les décisions par lesquelles les juges entendent poser une règle nouvelle et générale applicable pour tous les litiges futures, ou en d’autres termes, les décisions par lesquelles le juge voudrait faire la loi. L’A5 du code civil déclare ainsi qu’« il est défendu au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

Les juges se sont donc vu refuser le pouvoir d’énoncer des principes généraux applicables au-delà du litige qu’ils ont traité. On leur a aussi refusé tout pouvoir créateur. À l’heure actuelle, il est admis qu’à certaines conditions, la jurisprudence reste malgré tout une source du droit.

## 1. Le pouvoir normateur des juges

La fonction de juger implique la création de droit. L'application d'une règle générale à un cas concret, précis, n'est pas une opération méthodique. Elle nécessite d'apprécier les faits, de sélectionner et interpréter les textes (de loi) à appliquer. La matière juridique est ainsi faite que dans de nombreux litiges, des arguments sérieux peuvent être présentés par les deux parties. Les textes ne peuvent pas tout prévoir définitivement. Les juges sont forcément amenés tôt ou tard à confronter des cas particuliers, pour lesquels ils hésitent sur la solution la plus conforme au droit applicable.

Les difficultés d'applications apparaissent lors de la confrontation d'intérêts divergents. Le juge doit alors trancher en faveur d'une interprétation. Celle-ci vient compléter la règle de droit applicable. En effet, il arrive qu'un texte ne soit pas clair, voire lacunaire. Le juge ne peut lors refuser de juger, même s'il y a un **vide juridique** : il n'y a pas de texte qui détermine de façon claire une solution à un cas précis. Aucune règle ne vient s'appliquer de façon évidente.

Les juges s'appuient donc sur les règles légales générales, tout en créant d'autres. Les juges du conseil d'État, de la Cour de cassation, et du Conseil constitutionnel, rendent des décisions de principes, lesquelles contiennent un chapeau, ou un considérant de principe. Ces principes sont le fruit d'un travail constructif de la jurisprudence, réalisé pour des motifs supérieurs d'équité, afin notamment d'assurer la sauvegarde des droits et libertés des citoyens.

On qualifie la jurisprudence de source non-écrite du droit, mais le terme est trompeur. Celle-ci figure bien dans des documents écrits, mais les principes/règles qui s'en dégagent n'ont pas été formulés, écrits comme tels au préalable, comme c'est le cas pour les lois/règlements.

Les principes généraux du droit sont dégagés par le juge administratif à partir de la masse des textes, passés ou en vigueur, et à partir des conceptions politiques, éthiques, dominantes dans le système juridique en place.

On appelle **revirement de jurisprudence** un arrêt qui rompt avec la jurisprudence antérieure. Seulement, si l'État de droit est différent avant et après un arrêt de ces juridictions, alors cette décision de justice a été source de droit. La Cour de cassation a estimé en ce sens, dans un l'arrêt du 21 mars 2000, que « la 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 de justice sont donc des normes, même s'il existe un principe d'autorité relative de la chose jugée, faisant que celle-ci n'a d'autorité qu'entre les parties au litige. Une jurisprudence constante et énoncée en des termes généraux s'applique à tous les justiciables.

## 2. Les limites du pouvoir normateur des juges

Le pouvoir normateur des juges n'implique pas forcément le pouvoir de faire la loi. Le philosophe Ronald Dworkin (XXe) compare le travail des juges à celui d'écrivains participant à un ouvrage collectif. Chaque juge doit, à son niveau, rédiger un chapitre à la suite du précédent, en prenant en compte les intrigues et personnages déjà en place.

### 2.1 – LES LIMITES DANS LA CREATION

Officiellement, les juges sont en premier lieu les interprètes de la loi. En ce sens, ils n'ont pas toutes les libertés dans les règles qu'ils créent, ils ne peuvent pas créer de distinctions là où la loi ne le fait pas. Le juge ne peut prévoir un régime différent de celui strictement édicté par la loi. Toutefois, plus un texte est flou, plus le juge possède une marge d'appréciation pour interpréter le texte. Dans la pratique, certains juges trouvent aussi des justifications pour créer des distinctions non prévues formellement par le législateur. Il leur faut puiser dans d'autres textes/principes pour interpréter la loi.

### 2.2 – LES LIMITES TENANT AUX COMPETENCES DES JUGES

Le CC veille à ce que le législateur ne se décharge pas de sa compétence sur le gouvernement (pouvoir réglementaire) ni sur les juridictions en adoptant des dispositions trop vagues.

Conseil constitutionnel, 2005 : déclare non conforme à la constitution les dispositions de portée normative incertaine. Pose un principe constitutionnel de clarté de la loi. En d'autres termes, il impose au législateur l'obligation d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques, afin d'assurer le respect de la répartition des compétences.

Le législateur ne peut pas reporter sur les autorités administratives/juridictionnelles le rôle de fixer des règles dont la détermination est son rôle. Le cas échéant, le législateur se trouve en situation d'incompétence négative, c'est-à-dire qu'il n'en fait pas assez. De surcroît, octroyer une marge d'interprétation trop importante au juge amène le risque d'un gouvernement des juges, illégitime à se substituer à un gouvernement ou à un législateur.

### 2.3 – Les limites tenant à l'application de la jurisprudence dans le temps

La loi peut fixer son champ d'application dans le temps. La jurisprudence, elle, est en principe rétroactive, elle s'applique à des faits antérieurs à la décision du juge. Cette rétroactivité ne pose pas de problème quant à la sécurité juridique si la jurisprudence est constante. Toutefois, si le juge opère un revirement de jurisprudence qu'il met directement en œuvre, les justiciables ne peuvent s'y attendre. Il existe deux techniques pour remédier à ce problème :

- Les juges peuvent énoncer une règle nouvelle, mais trouver une raison de ne pas l'appliquer
- Ceux-ci se sont reconnu le pouvoir de moduler les effets de leur décisions dans le temps, et peuvent donc procéder à des revirements pour l'avenir

Le Conseil d'État dès 2004, puis le CC, procèdent ainsi car l'application immédiate d'une nouvelle règle dans une instance en cour conduirait à priver la victime d'un procès équitable selon l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Malgré tout, on observe de nos jours une prise d'importance du rôle des juges, qui assurent de plus en plus le fonctionnement concret l'ordre juridique. La raison est en réalité très simple : les textes à appliquer ne contiennent pas la solution à un problème ; il faut appliquer la norme, la produire, et non seulement l'appliquer, pour la rendre pertinente face à un cas concret. Il faut sélectionner les faits, les apprécier, puis rechercher le ou les texte(s) applicable(s), et leur donner une signification, tout en les confrontant aux faits, et en étudiant les différentes solutions possibles. Toute décision se doit d'être accompagnée par une justification, une motivation crédible cohérente avec les solutions précédemment adoptées. L'opération est complète et riche, impliquant de fait un travail sur les textes en fonction du contexte ainsi qu'un travail de production d'un texte nouveau.

# LES USAGES COMME SOURCE DE DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 6)  
CHAPITRE 12

Gustave Bouillon | Introduction au droit | Décembre 2020

## Table des matières

Introduction .....	69
1. Les différents types d'usage .....	69
2. La valeur juridique des usages .....	69

## Introduction

**Usages** : pratiques, façons de faire habituelles, qui ont acquis une portée normative.

La formation du droit peut ainsi être spontanée et non voulue par une autorité.

### 1. Les différents types d'usage

Les usages sont d'abord **géographiques**, liés à un territoire. Comme l'énonce l'A663 du code civil, on doit tenir compte des usages locaux constants et reconnus pour déterminer la hauteur des clôtures entre propriétés voisines.

Ils sont aussi **professionnels**. Par exemple, le code du commerce prévoit que le professionnel qui rompt brutalement une relation commerciale ancienne sans préavis suffisant par rapport aux usages du commerce peut engager sa responsabilité.

Certains usages sont enfin propres à des professionnels du droit : notaires, avocats, ... On parle alors plutôt de **pratiques**. L'usage prend le nom de coutume lorsqu'il a un degré de généralité plus élevé et qu'il s'applique historiquement à tout un territoire.

### 2. La valeur juridique des usages

Les usages tiennent parfois leur valeur juridique d'une délégation de la loi. Pour régler une question, le législateur renvoie aux usages. Parfois, cette délégation est implicite. Pour apprécier des notions-cadres ou des standards d'interprétation, on a recours aux usages en la matière. C'est le cas dans le cadre de « délais raisonnables » de notion de « bonnes mœurs »...

On dit généralement qu'un usage ou une coutume acquièrent une force juridique quant à la pratique considérée comme constante, l'élément matériel de la coutume, et que les individus estiment que cette pratique est obligatoire. Ainsi, la coutume revêt un aspect psychologique.

# LA DOCTRINE COMME SOURCE DU DROIT

(THEME 3 : LES SOURCES DU DROIT, CHAPITRE 6)

CHAPITRE 14

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020

Le terme doctrine vient du latin docere (enseigner, instruire). En droit français, la **doctrine** désigne les auteurs qui s'expriment sur une question de droit. En réalité, il y a deux doctrines :

- La doctrine universitaire : ensemble des juristes profs de droit
- La doctrine organique : émane de membres de juridictions (Conseil d'État par exemple, membres peuvent écrire des articles, ouvrages...), ou d'un auteur isolé et reconnu.

Historiquement, en droit romain, la doctrine était une source formelle de droit, par délégation de l'empereur. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas, la doctrine est devenue une source d'inspiration pour les différentes autorités juridiques. Une opinion juridique a de la valeur surtout par l'autorité et la pertinence des arguments de son auteur. Le rôle de la doctrine en droit est très important. En premier lieu, elle permet de porter à la connaissance des citoyens, justiciables, ou autres juristes, des éléments du droit applicables, par son travail de commentaire et d'explication. La doctrine aide à la diffusion et à la bonne compréhension du contenu du droit. De plus, les auteurs peuvent identifier certaines difficultés et proposer des solutions. Celle-ci a un rôle de critique des textes, et une certaine force de proposition.

Par ailleurs, la doctrine contribue à la systématisation du droit : elle construit/reconstruit en permanence les concepts, les catégories du droit, pour intégrer les règles, et pour parfaire la cohérence et la complétude du système juridique, garantissant d'une certaine manière la justesse et la rationalité du droit.

Enfin, la doctrine n'est jamais neutre. Certains la considèrent comme une démarche scientifique car suffisamment neutre et objective. Toutefois, tout commentaire d'une loi ou d'une jurisprudence, toute analyse d'un régime juridique, même sans jugement de valeur, est *a minima* une forme de légitimation de ces textes. Par exemple, dans certains débats de société récents (mariage pour tous en 2013, légalisation IVG en 1975), toute solution proposée exprime un choix en valeur ou un choix politique, si minime puisse-t-il être. Il y a une décision dans le processus, qu'elle soit axiologique ou politique.



# CONCLUSION GÉNÉRALE

Gustave Bouillon | Introduction générale au droit | Décembre 2020

Pour conclure, citons la professeure Murielle Fabre-Magnan : « le droit est aujourd'hui de plus en plus au centre de toutes les attentions suscitant des sentiments paradoxaux : il est haï parce qu'il marque la limite par des interdits. Mais on réclame une loi dès qu'un fait divers révèle un dysfonctionnement de la société. On veut se débarrasser du droit et de ses rigidités, mais on cherche à introduire partout de la régulation, de la gouvernance ou encore de l'éthique, projet fantasmagorique d'un droit sans contrainte. Le droit ne peut pas tout mais il peut beaucoup. Certains se plaisent à n'y voir qu'un instrument de pouvoir, que les forts cherchent à accaparer et à manipuler. Le constat est indiscutable mais on ne peut s'y arrêter sans passer à côté de l'essentiel : le droit est aussi la seule arme non violente à la disposition des faibles, il ne faut pas désespérer du droit. »