

PARTIE 2 : LES FONDEMENTS DU DROITS

Chapitre 1 : La philosophie du droit

6/11

=> droit tout sauf neutre : derrière activité technique des juristes : diff concep° du droit + son rôle sont à l'œuvre

Section 1: Les conceptions du droit

- juristes pas tous d'acc sur déf° du droit

-> **HART** : impossible de déf droit et pourtant possible de l'identifier : « le droit est comme un éléphant je ne serais le définir mais je pourrais le reconnaître »

=> déf° du positiviste VS déf° du jusnaturalisme :

1) Le positivisme

- déf° des positivistes : considèrent droit = toutes les règles posées/décidées par des autorités légitimes/légalement habilité càd dire aussi des autorités légalement habilité

-> légitimité et légalité se confondent / ne reconnaissent aucun droit idéal : seul droit positif a une valr juridiq

-> étudient droit tel qu'il est (et pas tel qu'il devrait ê)

-> droit positif = objet de connaissance / droit c^ ensemble de prescript° (interdict°, obligfa°) sans jugement de valeurs

- auteur emblématique = **Hans KELSEN (1881-1973)** -> **théorie pure du droit/pyramide des normes** : a fait culminer pensée positiviste

-> norme valable que parce que conforme à une norme supérieure, qui permet/autorise créa° de la norme inf

->-> ensemble des règles juridiques = système qui prévoit les conditions de création et d'application de normes : système est hiérarchiquement organisé et prend forme d'une pyramide, d'une hiérarchie de norme (normes organisées entre elles selon 1 rapport hiérarchique)

-> science du droit qu'il veut pure ne doit porter que sur l'étude des conditions formelles de création et d'application des normes (rt non à contenu substantielles)

-> **norme valable juridiquement que qd conformes aux cdts formelles + procédurales prévues pr so, édic° par une norme supérieure** (contenue norme importe peu : ce qui compte = mode de créa° normes)

-> juristes pas à porter jugement valeur sur contenu norme (= base théorie pure droit)

-> élaborat° **mode analyse du droit par du droit** (théorie froemmel : s'intéresse à forme du droit)

2) Le jusnaturalisme

- règles de droits posées par autorité peuvent être critiquées voire écartées si pas conforme à idée de justice ou ordre sup au droit s'imposant à lui
- figure d'**Antigone (Sophocle)** : idée d'un droit sup
 - > s'oppose au roi Créon (cf histoire cours FR: interdic° d'inhumér guerriers qui avaient pris les armes contre lui, dont Polynice frère d'Antigone)
 - > « interdits du roi n'était pas assez puissant pr permettre à un mortel pr passer outre les lois des dieux » : des lois éternelles + nul ne sait jour où elles sont parues
 - > idée : droit naturel = ordre sup droit ordre positif (qui doit donc se soumettre) -> édictées par dieux
- Moyen-Age : **D'AQUIN** (13ème siècle), puis penseurs scolastiques
 - > droit naturel s'identifie à loi naturelle : droit naturel ne deicke plus volonté dieux mais lois inscrites ds la nature des choses
 - > revient à raison hum de comprendre ces lois (nature des choses = nature humaine)
 - > s'impose aux gouvernants
- lgtps positivisme pas valorisé par juristes : inverse ajd -> Maj juristes se réclament positivisme
 - > jusnaturalisme vu c^ insuffisamment scientifiq / réactionnaire
 - opposi° un peu réductrice
 - > juristes peuvent s'intéresser aux fondements + fcts droit sans pr autant adhérer à un ordre sup qui s'imposerait au droit
- **aucune théorie n'est neutre (aussi pure qu'elle soit)**
 - > failles théorie Kelsen : norme au sommet de la pyramide permittant de fonder ttes les n (norme 1e fondant validité syst juridiq)
 - > norme 1e = norme fondamentale (= Grundnorm)
 - > d'une nature radicalement diff nature normes ordre juridiq : n fondamentale supposée (et pas posée par ordre juridiq c^ autres n) => pas C MAIS une hypoth logiq signifiant que droit existe (que tel syst juridiq existe)
 - > admet que syst juridiq pas autofondée : suspendue à une autre n autres que normes droit positif
- positivisme ne permet pas de résumer tt le droit (pas un ens normes issues droit positif)
 - > **voir d'où viennent normes, leur légitimité + à quoi elles servent + conséq** (des quest relevant domaine juristes et pas que champ de la philo, sc po....)
 - > discuss° -> plsrs courant

- juristes/ ceux qui sont fervent théorie pure droit travaillent aussi ds cadre philo
- > adhérent à idée qu'ê humain = complètement rationnel
- > affirmer neutralité : des conséq
- > qd juristes commentent qlq chose : droit rentrer ds L interpréta°

=> **droit pas une pure construc° individuelle**

Section 2 : Les fonctions du droit

=> un rôle politiq + social (maint ordre, prospérité éco, santé publique, ect)

- une **fct antropologiq** (une fct fondamentale)

=> droit = objet technique dont sens déterm par l'h : ne peut comprendre droit c^ techiq, sans saisir 1ere finalité qu'elle poursuit

- > **Alain SUPIOT** (Homo juridique) : **objet propre droit =humaniser autres techniq**

> au moyens de l'interdit/obligna° : permet de créer distance /e/ h et ses représo (mentales/matérielles) + entre l'h et les autres h (droit crée distance)

> permet à h de canaliser sa violence

- > = humaniser les h : « **l'Homme ne naît pas Homme, il le devient** » (Erasmus , dans Traité éducta° des enfants (1529))

- > instigue h en tant que sujet

-> constatée ds É ignorant droit (c^ É totalitaires) : conduisent à la déraison, aux injustices, aux meurtres généralisés, à une spirale de violences, car les individus ne sont plus considérés comme des Hommes

- > **P. LEGENDRE** : droit construit **montages rationnels**

> aucun ê hum (ni aucune soc complexe) ne peut vivre sans croyance (avc statut de vérité indémontrable) : des dogmes

> dogmes ne se démontrent pas mais qui se montrent via mises en scène (-> légitimia° croyances) : ex du 14juillet, cérémonies passa° pouvoirs, bâtiment de justice (ou tenues judiciaires => décor encadrant fonctionnement justice)

> ttes le cultures reposent sur vérités paessant intouchables

> croyance des Occidentx : croire qu'ils sot débarrassés ttes croyances (croyance en absence de croyances)

- ex juridiq : loi 2003 introduisant nvl art punissant fait qu'au cours d'une manif organisée par autor publiques d'outrager hymne ou drapeau tricolore (= des emblèmes républicains, objets d'une croyance dogmatique)

Section 3 : L'axiologie juridique

= sciences valeurs morales

-> droit paraît indissociable/inséparable de certaines valeurs jugées fondamentales

13/11/20

-> des valeurs qui n'ont pas forcément de liens

1) La justice

- ds l'opinion public : **droit identifi à la justice**

- justice symboliquement représentée par une femme aux yeux masqués + tenant ds sa main gauche 1 balance (peser intérêts en présence) et ds main droite une glaive pr trancher litiges

-> une image pas fautive : droit permet d'instaurer 1 soc juste

- justice ds sa concept° traduit : **suppose d'attribuer à chacun le sien/ ce qui lui revient**

-> **figure du roi Salomon** : connu pr avoir rendu justice en attribuant un enfant (disputé par 2 femmes) à sa véritable mère -> a fat croire qu'il était prêt à couper enfant 2 pr départager (véritable mère à préférer dire qu'elle acceptait de laisser enfant à autre femme -> en a conclut qu'elle était la véritable mère) => mythologie

- tte quest = déterm ds quelle mesure/selon quelles règles il convient à chacun sa part ce qui lui revient

-> ds *Ethique à Nicomaque* (335 av JC) : **Aristote** distinc° 2 types justices particulières par opposi° à justice dite générale (= justice sociale)

> justice particulière : est distributive quand il faut faire une réparti° ou distribu° de biens/charges/droits ou devoirs /d'honneurs/punit° entre citoyens -> implique 1 proportionnalité /e/ avantages accordés et vertus/qualités des citoyens (= à chacun selon ses mérites)

> **justice distributive** : **géométrique** car faut procéder à rapports où chacun reçoit proportionnellement à ses mérites (indiv ne reçoivent pas tous même chose)

> **justice réparatrice** (ou correctrice ou commutative) : qd il s'agit de régler des échanges /e/ indiv (les particuliers) = rétablir un équilibre qui a été rompu entre 2 personnes (soit que l'une est transmis à l'autre un bien sans contrepartie ou que l'une est causée un dommage à l'autre -> privée richesse) -> nécess de rééquilibrer balance : obliger à une des partie d verser à k'autre équivalent de ce qui lui a été retiré

> cette justice est **dite arithmétique** : on procède alors à des opérat° d'addit°/ soustrac° en évaluant préjudice causé (si un tel a causé un dommage de 1000, il convient qu'il verse à cette personne 1000 en compensa°)

- justice ne se résume pas au droit -> de nos jours : philosophes + écologistes qui se préoccupent de la quest de la justice (et non pas les juristes)

-> une conséq positivisme juridiq qui tend à passer outre quest des valeurs

- auteurs philosophes et autres qui se sont intéressés à cette question :

-> **John RAWLS (1921-2002)** : *Théorie de la justice (1971)* = une des théories les plus notables au XX^e siècle

> pr lui : n'existe **pas de concept universel justice/ bien** => un pluralisme selon cultures/continents...

> possible de déterminer règles communes de justice : reprend paradigme contrat social originel (Rousseau, Locke, Kant) qui pr lui est hypothétique / pr garantir que nul ne soit avantagé ou désavantagé par le « hasard naturel » (fatalité) , faut raisonner comme si pers ne connaissait situa°, place de soc, posi°/statut soc =utiliser le voile d'ignorance (= nul ne

> sur cette base, propose 2 principes de justice pr limiter avantages /désavantages engendrés par naiss

1e = égalité des libertés de base : libertés politique (droit de vote, lib d'expression, de réunion , d'aller et de venir...), protection intégrité personne (physiq + psychologi) + droit de propriété personnel

2e= justifica° certaines inégalités éco+sociales : Rawls considère qu'il ne peut y avoir d'égal parfaite ds réparti° richesses+revenues (tout dépend des capacités de chacun, de ses mérites...) -> vouloir à tt prix cette égal : risque de totalitarisme (avec violence...) -> inég justifiables si à l'avantage de chacun + si posi° avantageuses accessibles à tous (ne doivent pas être purement subis : peuvent être justifiées ds sens utilité commune)

-> ex : entrepreneur ingénieux qui fait fortune avec innova° : justifiée para acanthe que procure cette innov° à collectivité

> une théorie critiquée par plrs courants : reproché de raisonner ds cadre individualisme libéral contemporain avc fict° d'un indiv calculateur qui ferait toujours des choix rationnels (rejet concept° homme c^ anima social)

-> **AMARTYA SEN** (économiste indien px Nobel d'éco en 1998) , *L'idée de justice* : a insisté sur **l'absence de no° universelle de justice**

> critères pr attribuer à chacun sa part = objectivement indécidables/ indémontrables (-> des conceptions subjectives)

> se concentre sur injustices réelles : cherche à renforcer capacités concrètes des indiv pr leur donner le pouvoir de choisir + de progresser ds leur vie

> justice (au sens contemp) : exige de dvlp les modes de participa° des citoy à soc et donc leur capacité perso via l'accès à l'éduc°+ santé + encore aux loisirs => **leur donner les moyens personnels d'exercer complètement leur liberté**

> **a participé à créa° IDH** mesurant pauvreté en fct de données éco brutes + selon de données qualitatives au travers bien-être indiv (accès à éduc°, loisirs, santé -> niv de vie)

2) La dignité de la personne humaine

- au couleur syst juridique, se trouve aussi ce principe
 - Cour europ des DH : affirme que dignité comme la liberté = de l'essence même de la Conven°
 - on retrouve ce concept ds Charte droits fondamentx UE (à Nice, 7 septembre 2000)
 - ds les 1 déclara° des dh : liberté avant tout privilégié (libertés politiques, droit de résistance à oppress°, ...)
 - 2nd GM a montré que liberté ne suffit pas : peut ê inhumaine
 - **principe dignité mise en avant ds diff Consti° nationales** (ds des pays ayant connu régime totalitaires) **ou déclara° internat** (celle de Philadelphie de 54, ou celle universelle des DH de 1948)
- > principe dignité apparaissant encore c^ un concept juridique faiblement opératoire : en France, seulement en 1994 : dignité personne hum inscrite ds le Code civil -> Cons constitutionnel lui a confié une valeur constitutionnelle
- => pq est-elle centrale et singulière ?
- pas démontrable : **dignité = 1 axiome** (une proposi° évidente en soi, échappant à tte démonstra° + s'imposant comme une évidence)
- > risqué/dangereux de démontré valeur dignité notamment sur un plan scientifique
- dignité de la pers hum : pas non plus un droit subjectif (même si sa mise en oeuvre exige que soient reconnues des droits subjectifs -> = source d droits)
- > **ex** : droit au respect corps humain, à un travail, logement décent
- **n'est pas un droit de l'Homme : risquerait alors d'ê concurrencé par d'autres lois + libertés** , se situant au même plan
- > **ex** : concilier dignité avec lib éco -> pas possible : doit ê dessus
- à la rigueur = un des DH de la 3e génération : souligne que dignité à c^ sujet les indiv mais l'humanité ds son entier
- > pr certains jurosqte s: une qualifica° dangereuse -> suppose que l'humanité vaudrait plus que les indiv qui la composent (vieux conflit entre universel et particulier)
- > hors dignité marque avant tt valeur infinie, indépassable, irréductible de chaq ê humain
- dignité : un donné et pas un dû
 - **dignité = principe structurant du droit contemporain marquant appartenance de chaq indiv au corps humain**
- > insusceptible d'abus, nul ne peut y renoncer ni pr autrui ni pr lui-m^
- > arrêt de Morceaux sur Orge : arrêt pr lequel le Conseil d'É a évoqué le principe dignité c^ finalité d cela pioche administrative, en tant que composant ordre public général
- > à l'origine de = banale infrac° d'un jeu ds une fête foraine (lancer une personne de petite taille -> interdit par maire commune c^ étant intenteire à la dignité de la personne humaine)

> or la personne ainsi : consentante + payée pr cela (participants consentants) / présence cdts de sécu

> Cons d'É l'a quand m[^] interdite car atteinte à dignité hum (= c'était porter atteinte à tte les personnes de nainisme, d'handicaps et donc au genre humain -> à réifier indiv en raison d ces cdts physiques (outré liberté de travail...)

-> **dignité hum = implique qu'ê humain ne sot jamais utilise c^un objet**, moyen : doit tjrs ê considéré c^ une finalité (et pas comme une machine)

-> chaque pers= personne juridiq dotée d'une volonté

- positivement, principe exige que respect besoin vitaux de la personne hum

-> des besoins physiologiques + intellectuels

-> dignité exige de respecter sentiments ê hum c^ la peur, le dégoût

=> **dignité = un principe objectif structurant + fondateur droit contemp / + source de multiples droits subjectifs ds des situa° concrètes**

Section 4 : L'interdisciplinarité du droit

=> droit éclaté en de nombreuses matières : une tendance forte

-> juristes de + en + spécialisés

- pr éviter repliement ds leur champ disciplinaire : pratiquer interdisciplinarité

- risque = dissoudre le droit ds d'autres disciplines jugées plus scientifiques (c^ les sciences sociale s: éco + socio

-> trouver 1 équilibre /e/ le nécessaire dialogue avc le sautres discipline et maintien indetité droit

- **socio = discipline particulière pr les juristes**

-> Henri Levi-Bruhl 1884-1964 : un des premiers juristes à s'intéresser socio du droit

-> matière dvlp par le doyen Jean CARBONNIER (Flexible droit pour une sociologie du droit sans rigueur) : pr ê juste et ne pa ê contesté, droit doit prendre en compte évolu° (ne peut ê salle d'enregistrement multiples demandes sociales

-> rôle = pas d'assurer bonheur indiv (illusoire de croire qui pourrait le faire + résoudre ttes difficultés propres à cdt° humaine

- juriste doit de + en + s'intér éco : conséq «éco règles de droit doivent ê évaluées

-> prise en compte par législateur + juges

-> MAIS pr autant : éco ne doit pa sdevnir une métanorme : loi du marché ne peut pas dicter tte les solu° juridiq

-> droit ne peut se dissoudre ds une analyse éco : mouvement Law and Economics :

introduit de manière automatique une apprécia° de la règle de droit en fct de son activité éco => chaq règle devrait ê appréciée selon bilan coût-avantage en terme monétaire

-> OR des intérêts qui n'ont pas de px : peut évaluer en argent la vie humaine ? / de intérêts difficilement appréciable comme la paix sociale, la confiance (mais apprécié par le droit)

- **autre risque = vouloir calquer droit sur les lois de la biologie**

-> après la génétiq ou les naontechno, sciences neurales tendent à s'affirmer dans le règlement juridiq / droit

- > juristes ne peuvent se désintéresser aux évolu° scientifiq et techno (Valeur accordée aux empreintes génétiques)
- > concep° règle juridiq doit rester autonome quant aux préceptes de la science (ex : égalité /e/ hommes et femmes et autres principes fondamentx ne peuvent pas être démontrée ou justifiés ds la science-> risqué de vouloir le faire // autre ex : dvlp embryon humain : scientifiq n'ont pas autorité pr dire quel statut juridiq doit être octroyé à cet embryon // ex : si autor publiq peuvent prendre conseils auprès spécialistes, décision confinement relève d'un choix politiq relevant d'autres intérêts)
- d'autres disciplines trop peu exploitées par juriste c^ **anthropologie** (=étude homme d'un pt vie culturel / symbolique, en tant qu'être social)
- > **psychanalyse** : l'homme est aussi un être qui se construit avec des interdits + jamais totalement autonomes (transparents à lui-même)
- droit comparé = trio souvent utilisé comme un réservoir de solu° techniq
- > OR ds droit : solu° ancrées ds un contexte particulier

Chapitre 2 : L'histoire du droit

- droit : construct° ds le temps, constitue de strates successives
- couches les + anciennes demeurent mais si + ou - recouvertes par couches + récentes
- histoire ds le droit est tjrs actuel : en permanence on trouve traces du passé

Section 1 : L'Antiquité

- **texte juridique les+ anciens découverts en Mésopotamie**
- > le +ancien = le code d'Hammurabi (6e roi de Babylone au XVIIIe av JC)
 - > gravé sur une stèle : actuellement visible au musée du Louvre (plrs telles du même style placées sur place publique des cités)
 - > contient 282 disposi° relative à conduite sujets du royaume
 - > pas véritablement un code de loi comme on l'entend ajd : **une complicité de maximes + sentences rendus sur des cas concrets**
 - > ds ce code, formula° célèbre loi du Talin (du latin *thalis* = pareil) : chaque peine doit être proportionnée au tort commis (œil pr œil, dents pr dents)
- culture grecque : rôle immense ds notre civilisation occidentale, en philosophie, mais aussi en sciences
- > sur plan juridiq : plrs concepts nées ds cette civilisa° comme : la démocratie, apparue à Zénon vers 5e siècle av JC / no° de droit c^ norme impersonnelle discuté, délibérée par des h pr d'autres h détachée de sources religieuses
- **droit romain = socle de notre culture juridique occidentale**
- > loi des 12 tables = 1er corpus d'lois écrites vers 450 av JC / contient règles de procédure + droit des biens, de la famille ou droit pénal

Section 2 : Les codifications justiniennes

- empereur Justinien (527 à 567 apr JC) à Byzance
- **connu pr avoir établi refonte ensemble textes romains**
- un code avec 4 grands recueils :
 - 1e : le Codex = recueil décisions impériales
 - 2e : le Digeste = encyclopédie formé de milliers de consulta° rendus par des juristes consultes (Gaius, Ulpian, Paul, Papinien)
 - 3e = les Instituts = manuel dédié aux étudiants en droit
 - 4e : les Novelles = rassemblent les décisions de Justinien postérieures à la rédaction du code
- = **un droit romain tardif abstrait + savant**
- > or droit romain originel = processeur + casuistique (ajd Common Law qui en est le plus proche)

- procédure déterminante ds droit romain ancien
- > droit ne pouvait être reconnu que s'il existait une act° pr leur faire valoir : « **l'action précède le droit** »
- > casuistique : car pas de grandes no° abstraites mais des cas particuliers ds lesquels un requérant devait faire entrer son action / modèles particuliers de contrats
- => = un droit instrumental et peu conceptuel

Section 3 : La période médiévale

- oeuvre de Justinien rapidement perdue, oubliée en Eurp de l'Ouest avc sépara° de l'Empire byzantin
- une oeuvre redécouverte fin XIe siècle ds le Nord de l'Italie
- **une redécouverte à l'origine immense travail d'interpréta° par école de Bologne en partie** (école des Glossateurs de Bologne)
- > texte romain assortis de notes ajoutées ds marges + corps du texte (= des gloses)
- en France : évolu° droit modifié
- > richesse concepts romains source d'inépuisables d'interpré° + solu° s'ajoutant au droit canonique (de l'Eglise) : *corpus juris civilis* (inventé au Moyen Age pr désigne droit romain / le *corpus juris canonici* (droit Eglise))
- = premier révo° de l'interprète
- > **tradi° juridiq occidentale romano-canonique**
- > droit se détache origines religieuses + cherche à poser des règles techniq d'organisa° sociale
- > droit tend à se construire c^ un système hiérarchisé + pyramidale : sommet occupé par souverain
- **cette période a permis inven° système institutionnel à voca° universelle**
- > s'incarne ds la figure Eglise, mais aussi du roi et de l'É législateur
- > se fort trad° juridiq occidentale : distance figure Common Law mettant en avant figure du juge , alors que cette tradi° mettant en avant figure du législateur