

Introduction générale au droit

Bibliographie :

- M. Fabre-Magnan, F. Brunet, Introduction générale au droit, LGDJ
- R. Cabriac, introduction générale au droit, Dalloz, 16 / 17^e édition
- P. Demier, introduction générale au droit, LGDJ
- **J-S. Bergé, intro générale au droit, Dalloz, coll. Memento**

Introduction :

Le droit est d'abord un système de légitimité, car aucun système juridique ne pourrait fonctionner s'il ne s'appuyait pas sur des représentations et des valeurs partagées entre les membres de la société où se développe ce droit. Le droit est d'abord le reflet des aspirations / préoccupations des êtres humains. Il est donc aussi intimidant que passionnant. Intimidant car il constitue aussi un système technique, qui peut paraître hermétique, fermé sur lui-même et réservé à des spécialistes. Il est relié à l'histoire, à la philosophie, à l'économie, à la science et même à la psychologie. 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 fonction d'instituer l'Homme et la société. Il est le principal instrument de gouvernement des États et plus largement de régulation sociale. MAIS ceci est une vision occidentale du droit. Dans d'autres cultures, ces fonctions relèvent d'autres systèmes normatifs comme la tradition, la religion. Il y a d'autres systèmes normatifs que le droit. Le modèle de l'obéissance à des règles sanctionnées n'est pas partout le principal moyen de faire respecter un ordre social.

Comment se représenter le droit ?

① Principales subdivisions du droit, grands domaines

- **Le droit privé ≠ droit public.** Importante division, surtout en droit français. On parle de summa divisio. Le droit privé régit les relations entre les personnes privées. Entre personnes physiques ou les personnes morales. Le droit public régit les relations dans lesquelles est impliquée une personne publique, au premier rang desquelles, l'État. Cette distinction vient du droit romain, qui distinguait déjà le jus publicum, qui intéresse la chose publique (res publica) du jus privatum, qui intéresse les intérêts des individus pris isolément. Cette distinction des droits reste importante et se traduit par une distinction des ordres juridictionnels. Il existe en effet 2 types de juges pour trancher les litiges. Le juge judiciaire et le juge administratif. Ce dualisme juridictionnel a été créé progressivement. Après la révolution française, il n'existait pas de juges administratifs. En cas de litige, l'administration se jugeait elle-même en vertu d'un principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (texte du 16 et 24 août 1790). Mais la nécessité d'un juge propre à l'administration s'est imposée. Ce juge a pris son indépendance progressivement, notamment à partir de la création du conseil d'État en 1799 (pas encore indépendant du pouvoir exécutif à l'époque). En raison du dualisme juridictionnel, la distinction entre droit privé et droit public est devenue très forte.

Le droit pénal a pour objet de sanctionner les atteintes à la société. Et l'une des parties au procès est l'Etat, représenté par le ministère public (le parquet). Toutefois, les juridictions pénales font partie de l'ordre judiciaire et non de l'ordre administratif, en raison de la nécessaire protection des individus face à l'Etat.

Dès lors qu'il existe 2 juges, des conflits de compétences peuvent surgir entre eux. C'est pourquoi il existe un tribunal des conflits qui intervient pour répartir les affaires entre juges judiciaires et administratifs. De nos jours, la distinction droit public / droit privé est également critiquée. L'Etat intervient de plus en plus dans les activités privées, y compris en utilisant des procédés de droit privé. Dès lors qu'une personne publique se comporte comme un particulier, elle est en principe soumise au droit privé. On ne peut pas dire que l'intervention d'une personne publique entraîne automatiquement l'application du droit public. Par ailleurs, le droit constitutionnel, notamment depuis la création de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC : permet à tout justiciable, à l'occasion d'un litige auquel il est partie, de contester la constitutionnalité d'une disposition législative (loi) aux droits et libertés que la constitution garantit), formule des principes qui dépassent, transcendent la distinction droit public / droit privé.

Le droit public s'inspire de plus en plus, surtout en économie, de méthodes et de logiques issues du droit privé. Il y a une banalisation du droit public qui n'est plus foncièrement différent du droit privé.

- **Droit interne ≠ droit international.** Autre summa divisio, qui distingue entre le système juridique propre aux différents Etats et le système juridique qui intéresse tous les Etats et organisations internationales. Cette distinction intéresse autant le droit public que le droit privé. Le droit international public est le droit des relations entre les Etats et des organisations internationales. Le droit international privé est le droit applicable aux personnes privées impliquées dans des relations juridiques internationales. Il a pour objet principal de régler les conflits de loi ou de juridiction dans l'espace. Ces conflits apparaissent donc quand un litige à trancher présente des éléments d'extranéité, c'est-à-dire des éléments d'ancrage dans des systèmes étrangers (attribution de la nationalité, domicile, milieu de signature d'un contrat ou de livraison de marchandise). Le droit international privé permet de désigner l'ordre juridique compétent, c'est-à-dire la loi applicable et le tribunal compétent, français ou étranger. Ces deux questions peuvent être indépendantes. Un juge français peut appliquer une loi étrangère ou le droit international. Les conflits de lois peuvent être résolus par des conventions internationales, des règles uniformes qui s'appliquent directement à des sujets de droit. Le droit international peut conduire à la création d'ordres juridiques autonomes (ex droit du conseil de l'Europe est issu du droit international dont il s'est depuis autonomisé. Encore plus vrai avec le droit de l'UE qui était issu du droit international et qui désormais se trouve directement intégré au système juridique des Etats membres.)
- **Droit substantiel ≠ droit processuel.** Un système juridique repose sur des règles de plusieurs types. La répartition des droits et des obligations entre les individus est opérée par des règles que l'on dit substantielles. C'est la substance des règles, ce pourquoi elles ont été édictées. Mais il existe une autre catégorie de règles qui ne pose pas directement des droits et des obligations. Pour que les individus puissent faire valoir en justice ou devant les autorités publiques leurs droits, il faut encore des règles procédurales permettant la mise en œuvre de leur droit, notamment sur le plan juridictionnel. Ces règles procédurales forment le droit processuel. Ce droit diffère d'une juridiction à l'autre. Ce sont elles qui permettent la réalisation des droits et obligations posées par le droit substantiel. La procédure permet

d'organiser et d'échanger des arguments, de canaliser les conflits et de fonder la légitimité du jugement, de la décision de justice aux yeux des individus et même de la société dans son ensemble.

② Les principales branches du droit.

Depuis le 16^e s, le droit s'est progressivement divisé en branches autonomes.

- **Le droit constitutionnel.** Ce droit a pour objet la constitution, c'est-à-dire l'ensemble des règles juridiques les plus importantes d'un ordre juridique. Ces règles fondent l'Etat, sont le statut juridique de l'Etat. Au minimum, les constitutions contiennent les principes d'organisation et de fonctionnement de l'Etat. Elles définissent le type de régime politique institué, les principaux pouvoirs publics, leur mode de désignation, leurs compétences et leurs relations. Dans de nombreux pays, la constitution contient en outre l'énoncé des droits et libertés fondamentaux des individus et citoyens. En France, longtemps, nos constitutions se limitaient aux règles d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics. Le préambule de la constitution actuelle a permis progressivement de garantir mes droits et libertés grâce à la reconnaissance de la valeur constitutionnelle de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.
- **Le droit civil** (lat. civilis, civis = citoyen). C'est le droit commun de la société, c'est-à-dire le droit applicable à s les citoyens. Dans le droit romain, c'était le droit applicable aux citoyens romains par opposition aux autres populations de l'empire qui formaient le jus gentium. Le droit civil dut progressivement applique 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. Ce droit n'est donc pas une catégorie universelle du droit. C'est un héritage du droit romain. Ainsi, dans les pays anglais (Common Law), le droit civil n'est pas une notion inconnue, mais il renvoie au droit dit romano-germanique.
 - **Droit de la famille et des personnes.** Cœur du droit civil. Il régit leur état, c'est-à-dire ce qui, juridiquement, institue la personne au sein de la société. Il permet d'identifier la personne dans notre société. Le droit de la famille concerne les relations extrapatrimoniales entre membres d'un couple, régit aussi la relation entre parents et enfants. Droit patrimonial avec droit des régimes matrimoniaux (règles de gestion des biens entre époux), droit des successions (règles de dévolution des biens dans la famille, voire hors celle-ci).
 - **Droit des obligations.** Détermine les règles au moyen desquelles une personne peut être obligée envers une autre à donner / faire / ne pas faire quelque-chose. (Ex : les contrats, qui peuvent être définis comme des accords de volonté entre 2 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.
 - **Le droit civil des biens.** Régit les richesses à la disposition des personnes. Définit par ex la composition du patrimoine, ainsi que le rapport des personnes aux choses (droit des propriétés et ses subdivisions).
 - **Le droit des suretés.** Ensemble des garanties que peut obtenir un créancier pour le paiement d'une dette. On parle de sureté personnelle quand c'est une personne qui garantit le paiement de la dette et on parle de sureté réelle quand c'est un bien qui est affecté à la garantie de la dette.

- Le droit administratif.** C'est le droit spécifique de l'action administrative. Il **régit les rapports entre l'Etat ou toute autre personne publique et une personne privée ainsi que les personnes publiques ensemble.** Il **détermine le régime juridique des actes de l'administration** : le droit des collectivités territoriales, le droit de la fonction publique, des services publics, de la police administrative ou de la responsabilité administrative. Demeuré **essentiellement jurisprudentiel**, c'est-à-dire qu'il est encore élaboré au travers des décisions du conseil d'Etat et par le tribunal des conflits. Plusieurs champs de l'action administrative sont **codifiés**. Il a longtemps eu la réputation d'être un **droit inégalitaire**, 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**, car l'administration publique est aussi soumise à de fortes obligations que ne connaissent pas les personnes privées. On parle de suggestion publique. De nos jours, la relation entre l'administration et les administrés s'est équilibrée, et le droit administratif est aussi devenu un droit de protection des administrés dans leur relation avec la puissance publique. Naissance et développement du droit administratif doivent beaucoup à quelques grands juristes : Léon Duguit (1859-1928), fondateur de l'école du service public qui, dans sa conception du droit admin mettait accent sur service public comme fonction de l'Etat et source de légitimité de son action. Finalités sont prises en cpte. Maurice Hauriou (1856-1929), doyen de la fac de droit de Toulouse (école de Toulouse), chef de file de l'école de la puissance publique, qui mettait accent sur puissance souveraine de l'Etat et prérogatives dont l'admin est dotée. Moyens sont pris en cpte. Edouard Laferrière (1841-1901), maître des requêtes au conseil d'Etat sous la IIIe République et devient vice-président du conseil d'Etat. Il a systématisé les principes du contentieux administratif, principe de la jurisprudence administrative. A fait œuvre de théoricien mais d'abord un membre de l'institution. Charles Eisenmann (1903-1980) connu pour ses cours de droit administratif qui ont permis de renouveler profondément l'étude du droit administratif (notamment pouvoir discrétionnaire) en offrant une analyse à partir de l'œuvre de la pensée de Hans Kelsen. Le droit administratif connaît actuellement **2 évolutions majeures** :

Emiettement, complexification de l'appareil administratif avec création d'autorités administratives indépendantes du pouvoir exécutif. Relation entre administration et administrés tend à être banalisée. On est passé d'un rapport de sujétion / domination à un **rapport beaucoup plus équilibré**, ce qui fait de l'administré un client voire un partenaire. De plus, l'administration, pour être efficace, s'inspire de méthodes, pratiques, standards, venus du monde de l'entreprise privée et du management. Gouvernance et régulation. Connaît une triple évolution : mouvements de contractualisation (agit de plus en plus par des contrats ; fait faire par d'autres car elle n'a pas toujours la compétence technique / moyens), internationalisation (soumise à des normes internationales), d'imprégnation des analyses économiques. → **L'autonomie du droit administratif est partiellement affaiblie**, tant formellement que substantiellement.
- Le droit pénal.** Il a pour objet de **sanctionner les comportements jugés délinquants**, qualifiés de la sorte par la loi ou les règlements. Ces comportements portent atteinte à la société. Le droit pénal pose donc des incriminations et des peines. Ces incriminations sont de 3 types en fonction de la gravité des faits. **Contraventions ; délits ; crimes.** ❶ relèvent des **tribunaux de police** ❷ **tribunaux correctionnels** ❸ **cours d'assises**. Juridictions civiles peuvent condamner à la réparation d'un dommage subi par une victime : dommages-intérêts. Juridictions pénales condamnent à des amendes versées pas à des victimes mais à l'Etat, à des peines

d'emprisonnement et à des TIG. Discipline ancienne. Premier projet de code pénal élaboré sous la révolution, et premier code pénal adopté en 1810 sous nap. Modifié régulièrement et en vigueur jusqu'en 1994, moment où fut adopté le nouveau code pénal. Parmi les grands juristes qui ont marqué le droit pénal : Faustin Hélie (1799-1884) Emile Garçon (1851-1922), H. Donnedieu De Vabres (1880-1952), représentant français au procès de Nuremberg, César Beccaria (1738-1794) en raison de son influence dans l'histoire du droit pénal. Dans son célèbre traité, des délits et des peines 1764, il a formulé plusieurs grands principes du droit pénal contemporains, comme le principe de légalité des délits et des peines, celui de la présomption d'innocence, principe de non-rétroactivité de la loi pénale la plus sévère (toujours appliqué la loi pénale plus douce), principe du contradictoire. Il 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 qui apparaît en crise en raison d'une instrumentalisation de ce droit par les politiques qui cherchent à rassurer la société / satisfaire leur clientèle électorale en proposant de nouvelles incriminations face à chaque fait divers.

- **Le droit social.** Droit qui comprend trois sous-branches :
 - **Droit du travail.** Il 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 patron. Un salarié est l'individu qui travaille pour le compte et sous l'autorité d'autrui. Le droit du travail s'applique à toutes les relations de travail, à la fois individuelles et collectives (conventions et accords collectifs de travail), y compris les conflits comme la grève. Matière qui a connu un grand développement. A l'origine, le code civil de 1804 ne consacrait que deux articles. La matière s'est développée avec la révolution industrielle et l'apparition du salariat, pour aboutir à un premier code du travail en 1910. Georges Sélén (1878-1961) pour le droit ouvrier, Paul Durand (1908-1960), auteur du 1er traité du droit du travail et un des fondateurs de la revue « droit social ». de nos jours, droit du travail atteint par l'activisme du législateur qui cherche à réduire sa densité et sa complexité. Refonte en 2007-2008.
 - **Droit de la sécurité sociale.** Création de la sécurité sociale en 1945. Organisation d'un système, de solidarité obligatoire pour répondre aux grands risques de l'existence. Branche maladie, vieillesse, charge familiale, (dépendance). Chaque branche est gérée par l'Etat avec la participation des représentants des assurés, et notamment les syndicats.
 - **Droit de l'aide sociale.** Prévoit des secours pour les plus nécessiteux, et cela en dehors de toute cotisation sociale, avec par exemple le RSA.
- **Autres matières.** A l'origine soit dans le droit civil, soit dans le droit administratif. Mais du fait de leur développement ont acquis une autonomie. Cette évolution a conduit à l'adoption de codes spécifiques. Droit des affaires, ou droit commercial, qui intègre lui-même de nombreuses sous-branches, comme le droit des sociétés, le droit des effets de commerce, le droit boursier, le droit des entreprises en difficulté. Venu du droit civil, il existe aussi un droit de la consommation, un droit de la propriété intellectuelle, etc. il existe des matières qui se rattachent difficilement à d'autres branches de la summa divisio, en raison de leur caractère transversal : droit de l'environnement, droit de la santé.

Partie 1 : les caractéristiques essentielles du droit.

Pour comprendre le droit, il faut comprendre son rôle spécifique, ce qui le distingue de d'autres systèmes normatifs ; il faudra ensuite préciser les rapports entre le droit et les faits ; les composantes élémentaires du droit, que sont la règle de droit et le raisonnement juridique ; décentrer le regard et pour prendre conscience de notre système normatif, observer d'autres systèmes, en faisant du droit comparé ; ouverture à d'autres disciplines.

Chapitre 1 : le droit face à la concurrence d'autres systèmes normatifs

Le droit constitue un système normatif, c'est-à-dire que le droit ne prétend pas décrire le monde tel qu'il est, mais tel qu'il devrait être. Le droit cherche à imposer au monde des prescriptions en fonction d'un certain nombre de buts, de valeurs. Ambition transformatrice. Le droit n'est pas le seul système normatif. Notre monde comporte de nombreux discours qui prétendent tout autant régir, dicter la conduite des individus.

I. La morale

La morale édicte aussi des normes de comportement. Elle dit ce qui est bien et ce qui est mal. Qu'est-ce qui distingue la morale du droit ? La morale s'adresse d'abord à la conscience individuelle. Mais elle s'exprime aussi extérieurement. **Modes de diffusion** sont différents (droit est écrit). Nous avons tous une conception morale, la morale peut **différer d'un individu à l'autre**. **Critère de la sanction**. Violation d'une règle de droit est sanctionnée, alors que la morale ne s'accompagne pas du même dispositif de sanction. Absence de système institutionnel de coercition en cas de violation des règles morales. Cependant, droit et morale **sont proches**. Le droit ne s'imposerait pas durablement dans une société s'il était en contradiction avec règles morales partagées par le groupe. En outre, les règles morales ne sont pas dépourvues de toute sanction. Un individu peut être **stigmatisé**, voire exclu du groupe.

II. Les règles de bienséance

Règles de politesse qui énoncent des normes de comportement dans la vie sociale (ponctualité...). Contrairement à la morale, la bienséance relève du for extérieur, c'est-à-dire le savoir-vivre/ être en société. On peut avoir des règles morales seul, isolément, mais les règles de bienséance s'appliquent en société. Comme pour la morale, pas de système de sanction organisé.

III. L'éthique

Ce mot à la même racine étymologique que la morale (mores, ethos), l'éthique renvoie également aux mœurs, toutefois ce mot est très à la mode, valorisé par rapport à la morale. Ethique est un concept malléable, contrairement à la morale, qui paraît plus rigoureuse, plus stricte. C'est d'ailleurs l'effet recherché. Mise en avant de l'éthique, qui s'applique à un groupe d'individus. Dans son utilisation, elle permet d'orienter les comportements de façon souple en déterminant un bien commun à atteindre. Elle fixe des valeurs qui doivent être partagées. Indication / incitation au lieu de prescription. Mode souple de conduite des comportements humains. Souplesse de l'éthique // dureté de la morale. L'éthique permet une appropriation de normes par des groupes sociaux.

IV. La religion

Un système normatif des plus développés, des plus puissants, les grandes religions ont généré leurs propres règles et sanctions. Système de croyances relatives à l'existence de Dieu. Dans nos pays par le passé et dans certains pays aujourd'hui, le pouvoir religieux se confond avec le pouvoir politique, droit et religion ne font qu'un. 4 octobre 1958, constitution, France république laïque, les pouvoirs publics doivent respecter une stricte neutralité à l'égard des religions. Permet de garantir deux exigences : ① le respect des croyances religieuses de chacun ② que les autorités religieuses n'interfèrent pas dans le champ d'action des autorités publiques. Exigence d'articulation entre champ politique et religieux. Le champ politique n'intervient pas pour faire respecter une croyance religieuse mais protège la liberté religieuse des individus, c'est-à-dire leur liberté de conscience et de croyance. A cet égard, pas difficile de distinguer ces systèmes normatifs (droit de l'Etat et règles religieuses).

Chapitre 2 : la distinction du fait et du droit

Cette distinction est fondamentale tant d'un pt de vue pratique que théorique.

Section 1 : les plans pratiques

Distinction fait // droit est déterminante pour les juges suprêmes : cour de cassation, conseil d'Etat. Ces juridictions, en tant que juges de cassation, contrôlent et sanctionnent la façon dont les juges du fond (juges de première instance / appel) appliquent la règle de droit aux faits dont ils sont saisis dans le cadre d'un litige. En tant que juge de cassation, ces juridictions suprêmes ne jugent qu'en droit, c'est-à-dire qu'elles laissent en principe l'appréciation des faits au pouvoir souverain des juges du fond.

Parmi l'ensemble des faits, certains sont dits juridiques quand ils produisent des effets de droit. On parle ainsi de faits de l'Homme. Ex : naissance d'un enfant (fait) qui va entraîner juridiquement une obligation d'éducation et d'entretien de cet enfant pour ses parents (csqcs juridiques entraînées par le fait). Accident de la circulation (fait de l'Homme) résulte une obligation de réparation des dommages causés par l'auteur de l'accident. On parle aussi de faits de la nature. Par ex, une catastrophe naturelle qui, comme telle, va entraîner des conséquences juridiques notamment pour les assureurs obligés de couvrir certains dégâts. On distingue ces faits juridiques des faits de l'Homme, qui sont quant à eux directement produits par ces derniers. En outre, on distingue ces faits juridiques des actes juridiques, qui sont quant à eux des manifs de volonté destinées à produire des effets de droit et plus exactement à créer des droits / obligations. Ex : un contrat, un testament, une décision administrative, etc. dans le fait juridique, les csqcs juridiques n'ont pas été expressément voulues. Toujours un fait juridique et pas un acte juridique car les csqcs de droit ne découlent pas de l'expression de la volonté, relativement à la production du fait. Donc, même si le fait est volontairement produit, il n'y a pas expression de la volonté formellement prise en cpte au travers d'un acte juridique.

La distinction du droit et du fait permet donc de distinguer rôle des juges du fond // rôle des juridictions suprêmes et de distinguer entre les faits de l'Homme et des actes juridiques.

Section 2 : sur le plan théorique

Question fondamentale est celle de voir comment le droit et les faits s'articulent. Idée que le droit devrait d'adapter au fait est très limitée. Le droit ne peut pas se désintéresser de l'évolution de la société mais le droit a une fonction normatrice instituante, c'est-à-dire qu'il vise à instaurer un certain état de fait. Le droit exprime un devoir être qui ne se confond pas totalement avec ce qui est. Les règles juridiques peuvent tendre à réaliser une société moins violente (par ex), à instaurer la confiance, ou à permettre plus de justice sociale. Ce faisant, elles vont à rebours des tendances de la société qui ?? Affirmer que le droit doit suivre les faits, c'est ruiner l'ambition normative du droit, sa capacité à modifier un état de fait.

Inversement, le droit ne serait resté parfaitement indifférent aux faits. Il appartient également aux autorités juridiques de répondre à certaines situations, soit pour les contrer, soit pour les approuver voire les favoriser en officialisant une pratique. Il arrive aussi que le droit ignore certains faits, et ce de façon volontaire. Cela permet une certaine respiration dans la société pour les individus. Le droit ne peut pas tout régir.

L'enjeu est de savoir si et dans quelle mesure un fait exige d'être autorisé, interdit, ou de rester ignoré par le droit. Il y a ici un choix politique qui est fondé en valeurs 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 entrainerait le plus souvent un déplacement des faits. C'est sur ce pt peut être qu'on constate le plus la distinction entre le fait et le droit. Par ex : si demain, le législateur décide de légaliser le cannabis, cela peut avoir pour effet de renforcer la conso des drogues les plus dures, qui n'était pas le but recherché. D'une part, les consommateurs peuvent rechercher la violation de l'interdit et d'autre part, les trafiquants de drogue vont immédiatement s'organiser pour proposer de nouveaux produits. Autre ex : on peut penser que la légalisation de l'euthanasie va nécessairement provoquer de nouveaux litiges. Une famille pourra reprocher à un médecin d'avoir mis fin aux jours de leurs proches dans des conditions ne respectant pas le cadre légal. Signifie que la règle de droit ne se contente jamais de saisir les faits tels qu'ils sont, elle provoque une modification dans ses faits. Elle leur confère une légitimité, laquelle joue à son tour sur les rapports sociaux. A cet égard, on peut mentionner en droit le phénomène des effets pervers que provoque une nouvelle règle ou une réforme. Un effet pervers est un résultat non désiré et même fâcheux d'une action qui se retourne contre ceux qui l'avaient initié.

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 permet le jeu de la normativité, c'est-à-dire du devoir être. Le droit est comme un modèle / idéal à atteindre et 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 et vis-à-vis duquel il entend agir.

Chapitre 3 : la définition de la règle de droit

Section 1 : Caractères de la règle de droit

Classiquement, on dit de la règle de droit qu'elle est

- Générale
- Impérative
- Permanente

Désormais, le conseil constitutionnel exige aussi qu'elle soit intelligible et de portée normative.

§ 1 : la généralité de la règle de droit

A l'origine, la règle de droit était conçue comme s'adressant à tous les citoyens/ sujets de droit. Il y a toujours eu des décisions individuelles, comme une sanction ou une nomination. Mais elles étaient alors conçues comme une application particulière de règle de droit générale. Ces règles d'adressent à des catégories d'individus abstraitement définis. Elles sont faites pour régler les cas les plus nombreux. De nos jrs, cet objectif est de moins en moins atteint. Les autorités font de plus en plus des règles pour des petits groupes de sujets. Soit pour les avantager, soit au contraire pour les sanctionner / désavantager. Or, 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.

On peut distinguer à ce titre 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 a une situation absurde, l'équité permet de l'adapter aux cas particuliers. L'équité n'est pas du droit. Le droit prévoit lui-même la possibilité de prendre en cpte l'équité. Par ex, selon art 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 à la suite d'une rupture. Toutefois, le juge peut aussi refuser de l'accorder si le divorce est prononcé au tort exclusif de l'époux qui demande la prestation. Autre ex : art 1194 code civil permet au juge d'ajouter dans un contrat une obligation pas prévue par les parties.

§ 2 : le caractère impératif de la règle de droit

A. Un critère classique

Caractère impératif est tout à fait traditionnel. Certes, il existe des règles de droit dites supplétives, c'est-à-dire qu'on peut carter par une manif de volonté. Il existe aussi des règles dites dispositives qui ne s'appliquent qu'en cas de manif de volonté. Toutefois, ces règles sont prévues par le droit et supposent la manif juridique de la volonté des sujets intéressés. En outre, lorsqu'elle ne s'applique pas, la règle générale s'applique dans toute sa rigueur. Malgré tout, le caractère impératif de la règle de droit ne permet pas toujours de la caractériser. Si une règle est respectée, ce n'est pas seulement parce qu'elle s'impose. Il faut voir aussi comment elle parvient à s'imposer. C'est la question de l'obéissance au droit et de ses causes : pourquoi obéit-on au droit ?

Pour expliquer le caractère impératif : la sanction, dont la règle est assortie par le système juridique. Les règles sont souvent accompagnées d'une sanction qui organise les csqcs de leur transgression. On parle de rapport d'imputation : si A s'est produit, alors intervient B une peine. La sanction désigne toute csqce juridique liée à la transgression d'une règle. La sanction donne aussi l'apparence du respect de la règle. Elle garantit la règle et lui donne son efficacité. La sanction a à la fois une fonction de rappel

à la règle et une fonction dissuasive. Bien souvent, il n'est donc pas nécessaire de sanctionner effectivement. Simple menace de la sanction suffit. A l'inverse, si les sanctions ne sont jamais prises, elles créent sentiment d'impunité et la règle de droit perd en efficacité. Le droit finit même par se confondre avec le système de sanction. Pour autant, ce critère de la sanction se révèle insuffisant.

B. Un critère limité

La sanction est polysémique. Elle peut désigner la conséquence effective d'une transgression. Les définitions traditionnelles du droit insistent alors sur le rôle de l'Etat garant de l'obéissance au droit grâce à son monopole de la violence légitime. Si la sanction est juste définie comme une contrainte, alors elle ne permet pas à elle seule d'expliquer le fonctionnement quotidien du système juridique. Toutes les normes ne sont pas effectivement sanctionnées. Il peut arriver qu'aucune sanction ne soit prévue. Pour autant, la contrainte n'est pas toujours indispensable pour que le droit soit respecté. L'intervention d'une autorité est loin d'être systématique. La sanction révèle en outre une forme de pathologie du droit. Elle intervient précisément quand le droit n'est pas respecté. Espèce de remède. Cette nécessité d'une contrainte pour expliquer normativité du droit est problématique d'un point de vue théorique. Expliquer le droit par la sanction revient à expliquer un devoir être par un être, c'est-à-dire un fait, le fait de la coercition.

C. Un critère secondaire

On peut aussi entendre la sanction comme la conséquence potentielle d'une transgression. Ce deuxième sens est plus subtil. Il se distingue de la contrainte au sens de coercition. On insiste sur la simple possibilité de la sanction. Toutefois, même lorsqu'elle est envisagée comme une simple menace, la sanction ne permet pas toujours de comprendre l'obéissance au droit. Toutes les règles ne sont pas susceptibles d'être sanctionnées et quand bien même, il faudrait un policier derrière chaque individu. Il faut donc rechercher ailleurs l'explication à l'obéissance au droit. La sanction peut être envisagée dans son rapport avec l'ensemble du système juridique. Elle joue un rôle de garantie mais en tant qu'elle se rattache à un système institutionnel. C'est ce rattachement qui permet de distinguer la sanction juridique d'autres types de sanctions : morale, religieuse. C'est le système juridique dans son ensemble qui permet de dire qu'une autorité est habilitée à dire le droit et le cas échéant à prononcer une sanction.

La sanction est donc moins la cause de l'obéissance au droit que l'une de ses conséquences. Prendre la sanction est le critère du droit, ce serait prendre l'effet pour la cause. Une règle est sanctionnée parce qu'elle est juridique. Derrière la sanction, il y a tout l'ordre juridique lui-même. Le critère du respect du droit réside surtout dans la légitimité d'une parole qui sont instituées. Si une autorité peut dire le droit, c'est l'ordre juridique qui lui confère cette habilitation. L'explication ne se trouve pas au niveau de la contrainte mais de la reconnaissance dont bénéficient les autorités de la part des sujets de droit. C'est le système institutionnel dans son ensemble qui fait la spécificité du droit bien plus que le contenu des règles ou la sanction qui accompagne leur violation.

§ 3 la stabilité de la règle de droit.

Règle de droit est traditionnellement caractérisée par sa permanence. Hélas, rapide succession des réformes dans de nombreuses matières rend ce qualificatif de moins en moins vrai. De nos jours, avant même qu'une loi soit entrée en vigueur, faute de publication des décrets nécessaires à sa mise en œuvre, celle-ci est parfois déjà abandonnée ou modifiée. On voit aussi se multiplier les lois dites expérimentales, qui sont à durée déterminée. Ex : pendant 2 ans, les préfets de 4 départements bénéficient d'un droit de dérogation des règlements nationaux, ce pouvoir vient d'être généralisé. Cette exigence de stabilité se confond désormais avec principe de sécurité juridique. Idée simple et ancienne : sécurité

juridique est une exigence propre à tout système juridique. Si les règles évoluaient constamment et sans cohérence, qui pourrait encore se fier au droit ? comment le droit pourrait correctement remplir sa fonction ? à savoir régir les comportements humains. Création d'un sentiment de confusion, d'incertitude. Cadre stable nécessaire (ex des entreprises qui veulent investir sur plusieurs années). La sécurité juridique est une condition d'efficacité et même de crédibilité du droit lui-même. Stabilité des règles juridiques ne veut pas dire que le droit doit rester figé. Il peut (et même doit) évoluer, en tenant compte des besoins sociaux. Mais cette évolution ne doit pas être trop soudaine / brutale. Ex du pouvoir réglementaire dont disposent le PM et le président peut toujours modifier ou abroger une réglementation donnée. Les sujets de droit n'ont aucun droit au maintien de la réglementation existante. Cependant, cette modification peut nécessiter des dispositions transitoires prises au nom de la sécurité juridique afin de permettre aux destinataires d'adapter leur comportement à la règle future. Exigence posée par le conseil d'état dans son arrêt de 2007, société tropiques canaux signalisations, le conseil d'état s'est donné le pouvoir de déterminer la date de prise d'effet de la nouvelle règle jurisprudentielle qu'il dégage, notamment pour ne pas porter une atteinte excessive aux relations contractuelles en cours. En cas de litige futur, les parties à un contrat auront le temps de prendre connaissance des conditions d'accès à un contrat. Le conseil d'Etat exige des juges du fond lorsqu'ils appliquent une nouvelle règle, dérogée alors que l'instance est en cours, qu'ils informent les parties de son existence afin qu'elles soient en mesure de poursuivre leurs actions et leurs échanges en toute connaissance de cause. Cet impératif de stabilité du droit prend aussi la forme du **principe de protection de la confiance légitime**. Ce principe constitue la face subjective du principe de sécurité juridique. Il arrive que des autorités publiques fournissent / communiquent à certains sujets de droit des renseignements, des garanties, des prises de position quant à l'Etat du droit positif. Administration qui explique aux administrés quels sont leurs droits et leurs obligations. Les sujets concernés peuvent alors s'attendre à la stabilité du droit et du comportement de ces autorités. Si ses attentes légitimes se trouvent déjouées pour de multiples raisons, alors la confiance légitime peut être invoquée à certaines conditions à l'encontre de cette évolution / modification. Jusqu'aujourd'hui, ce principe a été consacré dans le droit de l'UE et dans la convention européenne des droits de l'Homme. Ils ne jouent que dans le champ d'application de ces matières. Cette exigence de confiance légitime a aussi fait apparition dans la jurisprudence du conseil constitutionnel qui a affirmé que le législateur ne pouvait sans motif d'intérêt général suffisant ni « porter atteinte aux situations légalement acquises, ni remettre en cause mes effets qui peuvent être légitimement attendus de telles situations ». (décision du 19 dec 2013).

On applique actuellement le terme de "**jurisprudence**" à l'ensemble des arrêts et des jugements **qu'**ont rendu les Cours et les Tribunaux pour la solution d'une situation juridique donnée.

Confiance légitime =

§4 Le caractère normatif de la règle de droit

Dans sa décision du 21 avril 2005 sur la loi d'orientation et du programme sur l'avenir de l'école. Conseil constitutionnel a jugé que « la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit, par suite, être revêtue d'une portée normative ». dans cette décision, le conseil a censuré des dispositions, par exemple celle affirmant que « l'objectif de l'école est la réussite de tous les élèves » ou encore que « compte tenu de la diversité des élèves, l'école doit reconnaître et promouvoir toutes les formes d'intelligence pour leur permettre de valoriser leurs talents ». dispositions dépourvues de portée normative. Ce qu'exige le conseil constitutionnel, c'est que le législateur n'utilise pas la loi comme une tribune médiatico-politique. Le législateur doit s'assurer que la loi soit précise, réaliste, juridiquement crédible, sous peine de ne plus être respectée. Il censure donc les dispositions dépourvues de pensée normative. Exigence est parfois difficile à mettre en œuvre. Ici, évident qu'il y a un défaut de normativité. Mais activité des

juristes a toujours consisté à faire évoluer le droit en utilisant des formules qui, au départ, n'avaient pas une portée juridique évidente. Par ex, dans préambule constitution de 46, est posé le droit de chacun d'obtenir un emploi et le devoir de travailler. Il fait aussi référence au principe fondamentaux reconnus par les lois de la République. Les termes les plus vagues, les formules les plus gales se sont aussi révélées par la suite les plus déterminantes. L'énoncé d'une règle n'est pas toujours réductible à une série de prescriptions, d'interdictions ou encore de permission. Pour être normatif, il suffit qu'un discours soit susceptible de constituer une référence même si un terme, une formule semble vague, les acteurs juridiques peuvent s'en saisir pour lui faire produire des conséquences juridiques. Il suffit que de telles formules bénéficient d'une reconnaissance de la part des sujets de droit, qui en sont les destinataires. Ainsi, dans l'ex, le conseil constitutionnel a utilisé cette formule de **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République** dans préambule constitution 46, auquel renvoie la constitution actuelle pour poser une série de principes constitutionnels qui s'ajoutent et ont même valeur que le texte écrit de la constitution. Celle de 1971 à propos de la liberté d'association.

Il existe aussi de nos jours, à côté du droit classique, un **droit qu'on dit « souple »**. la norme juridique ne se limite plus à ordonner, prescrire, interdire ou autoriser. Elle peut aussi prendre la forme d'une simple référence, la forme d'un conseil et servir à orienter les comportements, à recommander des actions ou des inactions. En 2013, conseil d'état a consacré son rapport public annuel à cette notion. Cela annonce de sa part d'importantes évolutions. Ainsi, en 2016, la haute juridiction a admis la recevabilité de recours en annulation contre des actes de droit souple tels des recommandations ou des prises de position officielles publiées par une autorité administrative indépendante. Arrêt société Fairvesta. De telles recommandations n'obligent pas juridiquement leur destinataire. Personne n'est juridiquement contraint. Toutefois, elles ont des conséquences, notamment économiques pour des entreprises qui sont en droit de les contester. En juin 2020, le conseil d'Etat a admis la recevabilité de recours en annulation contre « les docs de portée générale que publient les autorités administratives dès lors que ces docs ont des effets notables sur les administrés. Par ex, des circulaires, même non impératifs, des instructions, des lignes directrices ou encore des ?? non référentielles. Seuls actes normateurs étaient considérés comme faisant grief. Maintenant, même les autres sont susceptibles d'être contestés.

Section 2 : Les différents types de règle de droit

La formulation la plus fréquente de la règle de droit consiste à rattacher une csqce juridique à une certaine situation. Par exemple, toute personne qui cause à autrui un dommage est tenue de le réparer. Ou encore, toute personne qui dérobe la chose d'autrui est passible d'une peine d'emprisonnement. La règle contient ainsi un présupposé, c'est-à-dire conditions de son application et une csqce. La règle prescrit alors un certain comportement et incite les sujets à l'adopter sous peine de sanctions. Les lois, les codes contiennent aussi cependant des dispositions d'un autre type. C'est le cas notamment des définitions, qui permettent de préciser les conditions d'application d'une règle. Le code civil comprend de nombreuses définitions. Ex : art 1702 : l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre. Il n'y a ici aucune prescription de comportement. Une simple définition d'un acte qui permet de déclencher l'application d'un régime juridique correspondant. En droit français, on notera à cet égard que les textes qui posent des interdits sont plus fréquents que les textes qui autorisent. Il faut s'en féliciter. Parce-que ça signifie que tout ce qui n'est pas prohibé est donc permis et que les individus ont en principe une liberté d'agir. Principe = liberté sauf texte. Au contraire, dans les régimes autoritaires, les comportements doivent être autorisés par les textes. Règles permissives car c'est l'interdit qui est alors la règle et c'est la liberté qui est l'exception.

Par ailleurs, toutes les règles de droit ne sont pas inscrites dans des textes. Il existe par ex des principes généraux du droit qui sont affirmés par le juge (administratif) et qui résultent de l'ensemble du système juridique. Ce sont alors des normes non écrites. Ces principes ne sont pas formulés dans des textes et peuvent être appliqués quand aucune règle de val équivalente ne trouve à s'appliquer à un cas litigieux. L'ensemble constitué par les règles écrites et ses règles non écrites forme un maillage juridique qui empêche tout vide juridique. Les autorités, les juges, trouvent dans l'arsenal juridique les éléments qui leur permettent de répondre à toute question de droit posée. Du reste, dans le cas contraire, ils seraient passibles du délit de déni de justice (art 4 code civil).

On doit à un juriste français, Loisel, d'avoir formulé dans son livre *Les institutes coutumières* un ensemble de principes de l'ancien droit coutumier qui peuvent encore trouver à s'appliquer.

L'un des théoriciens modernes, H. Hart (1907-1992) a distingué deux grandes catégories de règles : 1 primaires : règles d'obligation qui précisent les devoirs des individus 2 secondaires : permettent de faire fonctionner le système juridique en précisant la façon dont les règles primaires doivent être constatées, supprimées, modifiées ou appliquées. Ces règles secondaires ont ainsi une fonction technique et on peut distinguer parmi elles les règles de reconnaissance, qui donnent le critère de validité des autres règles mais aussi les règles de changement, qui permettent modification des règles primaires ou aussi les règles de jugement, qui permettent d'apprécier voire d'écarter les règles primaires.

Section 3 : L'importance de la linguistique juridique

§ 1 la spécificité du vocabulaire juridique

Le droit pourrait être conçu comme une discipline littéraire. C'est un langage, un discours. Le droit utilise d'ailleurs des mots de tous les jours. Toutefois, il y a aussi des termes tout à fait spécifiques. Ex : Subrogation, Novation, Action polienne, Anatocisme, Synallagmatique, Chirographaire. Il y a aussi des notions courantes mais qui ont une signification particulière en droit. Par exemple : un meuble, un immeuble, lien de causalité, force majeure, imprévision... il arrive que les juristes utilisent des expressions latines, ex : de cujus (défunt), infant (enfant au bas âge), lex mercatoria (règles gales des contrats de commerce international), lex loci delicti (loi qui s'applique au lieu de la cause).

Souligne à quel point les mots ont leur importance en droit. Le langage est très important, d'où la précision exigée. En témoigne la disparition de certains termes juridiques et leur conséquence. Par ex, le législateur a fait disparaître du code civil les anciens qualificatifs d'enfant naturel / adultérin / légitime. De même formule de puissance paternelle par celle d'autorité parentale.

Les termes de la loi sont bien souvent des qualifications juridiques qui déclenchent l'application de règles. Il faut donc employer un vocabulaire précis. Une loi dispose que... ; elle énonce... ; elle prescrit... ; elle prévoit. La loi stipule : terme réservé au contrat. Seules les cours rendent des arrêts. Les tribunaux rendent des jugements. pour le conseil constitutionnel, il faut dire décision. Conseil d'Etat : décision ou arrêt. Les juges uniques (qui statuent seuls) rendent des ordonnances. Une solution est fondée et pas basée.

§2 l'importance du style juridique

Il existe une discipline qui traite de la linguistique juridique, c'est-à-dire du langage du droit. Il s'agit d'un langage spécialisé car le droit donne une signification particulière aux mots, à certaines expressions, certaines formules / énoncés. L'ensemble de ces mots constituent le vocabulaire juridique.

C'est l'instrument du discours juridique. La parole organise des phrases qui permettent la communication du droit. C'est ainsi que naissent / se développent des énoncés qui permettent la création et la réalisation du droit dans les lois, décrets, jugements, conventions ou dans des plaidoiries.

Comme l'écrit prof G. Cornu : « on entre dans le droit par la connaissance du sens juridique des mots et la maîtrise des discours du droit ».

Il existe un droit du langage : liberté d'expression. Façon dont le droit traite du langage.

Style juridique est particulier. Bien des textes ne sont pas rédigés à l'impératif, sur le mode de l'injonction, mais ils se comprennent néanmoins comme des impératifs. Ex : art 20 constitution dispose que le gouvernement détermine et conduit la politique de la nation. Il dispose de l'administration et de la force armée. Indicatif présent : il peut déterminer politique de la nation et peut disposer de l'admin et armée mais aussi remplacer par « doit », il est le seul à devoir et pouvoir le faire. Assez vague. Art 10 dit que le président promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. Phrase simple mais riche. Peut-il ou doit-il ? obligation ou faculté ? interprété par une obligation.

La linguistique, à cet égard, est très précieuse dans analyse du discours juridique pour connaissance et fins persuasives (arguments). C'est le cas avec la théorie dite des actes du langage, travaux de J. Austin qui a travaillé pas tant sur les énoncés que les actions dénoncées. Austin a formulé une théorie des énoncés performatifs qu'il distingue des énoncés constatifs. De nombreux énoncés linguistiques ont d'autres fonctions que celles de décrire le monde qui nous entoure. Le **performatif** est une énonciation qui réalise une action en parlant. Admis qu'une décision administrative peut être orale, voire un geste pouvait valoir une décision administrative.

Ces énoncés ne sont ni vrais ni faux. Question qui se pose : peuvent-ils réussir ou échouer ? le **discours dépend alors de l'autorité qui le prononce**, et du pouvoir qu'on lui reconnaît. Le style peut caractériser l'autorité. Habituellement, le style législatif était favorablement connoté, alors que le style administratif était beaucoup plus secret et déshumanisé. Mais de moins en moins vrai. Les lois sont de plus en plus techniques et certaines sont presque illisibles, notamment quand elles se limitent à réviser une loi précédente et à procéder à des renvois. D'où l'importance des commentaires des juristes qui décrivent analysent et expliquent les modifications.

Section 4 : la codification en droit

Le droit est souvent rédigé sous forme de codes. Pratique ancienne qui remonte au début de l'ère chrétienne. Un code en tant que tel n'a pas de valeur juridique. Il s'agit de réunir dans un même ouvrage des textes qui peuvent être de valeur différente. L'avantage d'un code est qu'il donne une plus grande cohérence à une matière et rend ces textes plus accessibles. Structure donnée à cette matière.

On a parfois reproché à la codification de rigidifier le droit. Mais la codification n'a jamais empêché des modifications fréquentes. Historiquement, l'adoption des grands codes a pu correspondre à une réforme du fond du droit (ex du code civil ou code du travail). La codification n'a pas toujours fait l'unanimité : controverse allemande entre Savigny, fondateur de l'École historique du droit, attaché aux coutumes et Thibaut, partisan de l'élaboration d'un code civil allemand. Controverse derrière laquelle se jouait un affrontement idéologique : s'inspirer du modèle révolutionnaire des français ou conserver les anciennes traditions d'une Allemagne divisée en plusieurs États ?

En France, tendance du positivisme politique à diviser le droit et la politique.

De nos jours, on parle aussi de codification administrative qui permet compilation des textes existants. Il y a alors **codification à droit constant** qui ne pose aucune modification substantielle du droit positif. A été le cas pour code du travail en 2007, complètement restructuré et renuméroté et ces dernières années, multiplication de nombreux codes : santé publique, organisation judiciaire, code de la consommation, code de la propriété intellectuelle... en France, on cpte une quarantaine de codes.

Il faut se méfier de la codification qui peut emporter modifications de fond qui ne sont pas anodines. Il suffit de changer un mot pour changer les solutions juridiques.

Chapitre 4 Le raisonnement en droit

Droit peut se définir comme un art de l'argumentation. Devant les juges, il faut convaincre du bien fondé de ses prétentions. Il en va de même pour un député / sénateur qui tente de défendre un amendement à un projet de loi. La conviction est nécessaire de façon générale pour légitimer le droit. Que ce soit celui qui énonce la règle ou celui qui la reçoit.

Section 1 : La qualification juridique des faits

Opération centrale dans la raisonnement juridique. Elle consiste à faire entrer un fait ou un ensemble de faits dans une catégorie juridique préexistante afin de déclencher l'application du régime juridique opportun. **Par exemple : est-ce qu'un comportement peut être qualifié de fautif ? engage responsabilité de l'auteur de la faute. Est-ce qu'un ensemble de faits peut être qualifié de faute ?**

On peut aussi s'interroger sur la qualification s'agissant d'un enfant de qui est le père ou la mère. Est-ce que tel individu est salarié ou auto-entrepreneur ? est-ce qu'un individu est majeur ou mineur ?

Qualifier, c'est donner un sens juridique à une situation / chose. C'est l'opération élémentaire du juriste. Cette opération traduit dans les mots du droit la réalité du monde. Elle permet le passage des faits au droit. A cet égard, qualifications peuvent laisser aux autorités qui la maîtrisent une marge d'appréciation plus ou moins grande. Tout dépend des textes qui définissent les catégories juridiques préexistantes, à savoir des lois ou aussi jurisprudence. Ces qualifications sont parfois très souples et peuvent donner lieu à des solutions très riches.

Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu* : « le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité. »

Il faut quand même ajouter que la qualification rencontre aussi des **limites** ; son utilisation doit toujours être plausible. L'abus d'une qualification pour appliquer un régime juridique dérogatoire peut conduire à une délégitimation du droit. En jeu : la rigueur, la légitimité du droit.

Du reste, il y a des mécanismes de contrôle juridictionnel des qualifications juridiques. Il arrive qu'une situation soit atypique. Et elle n'entre pas facilement dans une catégorie juridique préexistante. Les juristes tentent de la faire rentrer dans cette catégorie mais risquent de faire modifier la compréhension de celle-ci. Il arrive au juge de créer des nouvelles catégories (**ex : juin 2020, création des documents de portée générale**).

Les juristes ont besoin de règles générales et abstraites pour suivre des évolutions juridiques. Ils autorisent aussi des fictions juridiques, au moyen desquels ils créent des objets qui n'ont pas ou peu une correspondance dans les faits (**ex : la personnalité morale est une fiction**).

Les qualifications reposent sur des catégories et des classifications et implique ainsi un pouvoir de nommer les choses. Faire du droit suppose de faire des définitions et des distinctions. Nommer, c'est aussi normer.

Section 2 : La logique juridique.

L'argumentation repose classiquement en droit sur un raisonnement logique. Plus l'énoncé du propos est logique, plus il est à même d'emporter la conviction. La formulation du droit repose sur un mode logique.

- Le syllogisme

On attribue cette figure rhétorique à Aristote, considéré comme le père de la logique dans le monde occidental. Le syllogisme est une démonstration en trois temps.

1 la majeure : affirmation d'une règle / principe abstrait

2 la mineure : décrit un fait

3 la conclusion : résultat que donne l'application de la majeure à la mineure.

Syllogisme célèbre : tous les hommes sont mortels. Socrate est un homme. Donc Socrate est mortel.

Attention : tous les syllogismes ne sont pas aussi simples et surtout, il faut se méfier des sophismes, qui sont des argumentations qui partent de prémices vrais ou qui en ont l'apparence mais qui aboutissent à des conclusions erronées voire absurdes. Dans la Grèce antique, les sophistes étaient profs d'art oratoire qui enseignaient l'art d'obtenir la persuasion par le maniement des mots et des raisonnements.

Ex : le paradoxe du menteur. Selon ça, si un crétois dit que tous les crétois sont menteurs. Soit il dit la vérité et donc il ment, soit il ment mais alors tous les crétois sont des menteurs et donc il dit vrai.

B. Russel : résolvait ça en distinguant différents niveaux de validité d'un discours. En excluant l'auteur du discours de son champ de validité par ex.

En pratique, **les juristes procèdent aussi à des syllogismes inversés** / a rebours. Ils déterminent d'abord la solution à laquelle ils veulent aboutir, ils en déduisent à partir des faits de l'espèce la règle de droit pour aboutir à un certain résultat. Montre aussi limites du syllogisme juridique qui est donc pas rigoureux ni sincère. Montre aussi qu'en réalité, une solution juridique est rarement unique. Et l'important, c'est de pouvoir construire un raisonnement avec pour majeure une règle afin de démontrer que la solution est possible et même souhaitable dans notre système juridique. Juge obligé de justifier juridiquement sa solution, ce qui **limite son pouvoir. Nécessité de construire un raisonnement**. Limite la liberté de l'autorité juridique.

Rôle des universitaires : critiquer des résolutions. Si une autorité justifie mal sa solution, ça a des csqcs pour tout l'ordre juridique. C'est toute la rigueur du système juridique et les choses qu'il veut garantir se retrouvent fragilisés.

- La logique déontique

Logique formelle qui est inspirée des maths et s'intéresse plus à la forme des énoncés qu'à leur contenu. La logique déontique consiste à ajouter des modalités à une proposition pour en modifier le sens. **Par exemple : rajouter la formule « il se peut que » ou « il faut que ».**

La logique classique distingue le nécessaire, le contingent, le possible et l'impossible. La logique déontique se concentre sur les quatre contenus possibles d'une norme. L'obligation, l'interdiction, la permission et la faculté. A partir de là, elle théorise les différentes constructions possibles d'une règle de droit. Cette formalisation peut rebuter et sembler assez pauvre.

C. Perelman, philosophe, a développé un courant : la néo-rhétorique en insistant sur l'art de l'argumentation et de la persuasion comme logique juridique.

Section 3 : l'interprétation en droit

Droit = art de l'argumentation mais aussi **art de l'interprétation**. Tout énoncé / règle peut être interprété en des sens différents. Il y a toujours un écart entre le caractère abstrait d'une règle et le cas, les faits précis auxquels il s'agit d'appliquer la règle. Une définition aussi simple que celle de l'**art 311-1 du code pénal** peut susciter différentes interprétations : « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». que penser de l'individu qui s'empare momentanément de la chose d'autrui puis la lui restitue ? que penser de la personne qui prend involontairement, par mégarde la chose d'autrui ? faut-il prendre en cpte l'intentionnalité ? en quoi l'acte est-il frauduleux ?

Pour conserver sa légitimité, il doit mener un raisonnement afin de montrer qu'il respecte les limites de la rationalité juridique, et qu'il rend / propose une solution conforme au droit. D'où l'importance des méthodes d'interprétation

§1 les méthodes d'interprétation

L'interprétation d'un texte sert à déterminer sa signification afin de pouvoir l'appliquer. Plus un texte est obscur, imprécis, plus il est utile de mobiliser des méthodes d'interprétation. Il en existe plusieurs.

On peut d'emblée dire qu'en **droit pénal**, la méthode retenue est celle de l'**interprétation stricte**. Les juges doivent **s'en tenir à la lettre du texte** et **ne pas chercher à en élargir la portée**. Il s'agit de protéger les citoyens contre interprétations extensives, incriminations, peines.

Méthode de l'exégèse. S'en tenir à la lettre en s'appuyant sur son organisation / structure générale, sur sa construction grammaticale et le voc utilisé. Interprétation littérale même si elle est un peu plus souple que l'interprétation stricte. Peuvent aussi se référer aux travaux préparatoires d'un texte pour chercher volonté de son auteur. Regarder l'intention du législateur. Utile pour les textes récents.

Méthode de l'interprétation téléologique. Repose sur le but de la règle à appliquer. Entre plusieurs interprétations possibles d'un texte, les juristes choisissent celle qui coïncide le plus à l'objectif de la règle.

L'interprétation peut aussi être évolutive. S'efforcer d'adapter la règle au contexte qui l'entoure mais sans aller jusqu'à déformer le sens du texte. N'empêche pas les juges de procéder à des évolutions tout à fait décisives.

§2 Les techniques d'interprétation

Les ppales techniques d'interprétation du sens / portée d'un texte sont celles

- par analogie, quand un texte prévoit une solution pour un cas particulier et on applique cette solution à un cas analogue. Translation de la règle à un cas qui semble analogue
- à contrario, quand un texte prévoit une solution pour un cas donné et qu'on applique solution inverse à un cas opposé.
- ou a fortiori, quand un texte prévoit une solution pour un cas, on applique cette solution à un cas encore plus caractérisé.

Ces méthodes peuvent être discutées. Ex : le raisonnement a contrario est-il toujours possible ? si le législateur prévoit une solution pour un cas, a-t-il vrmt voulu la solution inverse pour un cas qu'il n'a pas prévu ?

§3 Les maximes d'interprétation

Plusieurs maximes juridiques traitent de l'interprétation des règles de droit. Certaines permettent de rendre compatibles deux textes / lois qui semblent a priori se contredire. Il est possible de déterminer si l'une des deux lois n'a pas un champ d'application plus large que l'autre. Si l'une des deux lois a un

domaine plus large que l'autre, alors la loi spéciale (dont la portée est plus restreinte) devra s'appliquer au cas car elle est censée déroger à la règle générale qui demeure valable pour des cas plus généraux. Les lois spéciales dérogent aux lois générales.

Quand la raison d'appliquer une loi cesse, il faut aussi cesser d'appliquer la loi.

Les exceptions doivent toujours être strictement interprétées afin de donner toute sa portée à la règle générale. Le droit dépend de la culture dans laquelle il est pensé / conçu / pratiqué.

Chapitre 5 : le droit comparé

Pourquoi s'intéresser à ça ? comparer les droits permet de comprendre son propre droit. La connaissance des autres cultures (juridiques) permet de voir (P. Legendre) « *ce que l'occident ne voit pas de l'occident* ».

Le droit comparé est aussi un outil pratique. L'examen des solutions adoptées dans d'autres pays est une source d'inspiration.

Un système juridique n'est pas une simple juxtaposition de solutions / technique qui pourraient être transposées dans un autre système juridique.

Comparer les droits entre eux suppose aussi de saisir les règles / principes à l'aune de leur contexte culturel, politique, social institutionnel et linguistique. Comment traduire certaines notions / catégories / formulations ?

Bien souvent, la solution qui fonctionne dans un pays ne vaut pas dans un autre.

Section 1 : Les droits continentaux

Dans les pays occidentaux, opposition classique entre pays de droit continental (France, All, It) aux pays de Common Law (droit anglais / américain).

Droits continentaux trouvent leur origine dans la systématisation du droit romain opérée à l'époque médiévale. Principalement par la papauté. Il s'agit d'un droit romain tardif. Tradition romano-germanique. Droit né en Europe. Droits marqués par recherche d'une structuration et d'une systématisation des règles juridiques, ce qui passe par un droit écrit (// droit coutumier).

§1 le droit allemand

Issu historiquement de coutume, puis a été consolidé par la réception du droit romain. Ce mouvement s'est poursuivi jusqu'au XIXe siècle avec l'Ecole historique allemande. Cette Ecole est apparue dans les 1840's. s'est opposée à l'universalisme des auteurs des Lumières en rejetant l'idée que les lois pouvaient être dissociées de leur contexte historique / social / culturel / linguistique. Voulant redécouverte d'un droit issu de « la conscience populaire », cette Ecole s'est opposée à l'idée d'une codification du droit qui aurait fait perdre son originalité au système juridique allemand.

République de Weimar puis régime nazi qui a entrepris de supprimer toute trace du droit romain au profit d'un retour aux origines du « peuple allemand », purgé de tout élément étranger. Le droit nazi fut à cet égard l'instrument de cette idéologie qui affirmait son rejet / mépris pour les systèmes juridiques individualistes et formalisés. C'est d'ailleurs une énigme du nazisme qui a promu un droit au soutien de ce système politique.

Loi fondamentale allemande de 1949 a doté le pays d'un système développé de protection des droits fondamentaux avec une cour de justice fédérale. La loi fondamentale consacre aux droits fondamentaux 19 articles. Elle précise que ces droits fondamentaux lient les pouvoirs législatifs, exécutifs et judiciaires en tant que droits directement applicables. La volonté du constituant allemand a fait que tout individu puisse faire directement appel à ses droits fondamentaux à l'encontre de la puissance publique. Cette applicabilité directe mais aussi le caractère obligatoire pour l'ensemble des pouvoirs publics, la dimension subjective et objective de ses droits et enfin la protection

juridictionnelle qui leur est assurée constitue de nos jours un ensemble complet et efficace qui permet de consacrer l'ordre constitutionnel, libéral et démocratique de l'Allemagne.

Raison d'être du système juridique Allemand sont les droits personnels des individus. système libéral avec les garanties de l'existence d'une protection juridictionnelle très efficace qui accompagne ces droits, on a là un système juridique complet et efficace qui consacre un ordre démocratique libéral donc en Allemagne.

§2 le droit italien

Origine dans le droit romain. Constitution de 1947 contient elle aussi énoncé de nombreux droits à caractère économique et sociaux.

Développer tranches du droit art.3 constitution affirme que tous les citoyens ont une même dignité sociale / égaux devant la loi « *il appartient à la République d'éliminer les obstacles d'ordre économique et social, qui, en limitant de fait la liberté et égalité des citoyens, entravent le plein développement de la personne humaine* ». Le constituant a souhaité consacrer un ensemble de droits qui sortent de la conception traditionnelle individualiste du droit en mettent l'accent sur la dimension sociale, économique de l'être humain (((/ transformative constitutionalism?))). Là encore le constituant italien a tiré les leçons du fascisme, et promulguer des droits à caractère économiques et sociaux qui complètent les droits de première génération (individuels). Constitution Française de 1946 procède de la même façon.

Section 2: Le droit de Common Law.

Cette famille de droit est historiquement issue du droit anglais. assez proche du droit romain des origines (pas tardif, donc !). Droit très concret et procédural (droits continentaux : législatifs, codifiés, dans lesquels la loi écrite est la principale source du droit. Les juges ont pour rôle principal d'appliquer la loi au cas particulier dont ils sont alors saisis. La méthode principale des juges est déductive, on part d'une règle générale, dont on déduit la solution à un cas particulier, ce qui limite aussi le rôle de tous les juristes interprètes).

En droit anglais à l'inverse, le rôle des juges est beaucoup plus important, il s'agit en effet d'un droit traditionnellement jurisprudentiel, d'un droit fondé sur des cas (setting précédents, donc?); droit factuel, casuistique, en référence à des cas. La méthode principale est alors non pas déductive mais à l'inverse inductive. Elle consiste à induire d'un ensemble de cas, de litiges, déjà tranchés, la solution qui doit désormais s'appliquer à un nouveau cas. Donne beaucoup plus d'importance à l'analyse et l'interprétation des faits. Fonctionne comme le droit romain classique des origines, car il est aussi fondé sur la procédure. il y a un adage classique dans ce droit "l'action précède le droit" (l'action procédurale, le recours, la requête). Le droit anglais s'est construit à partir de procédures règlementées, au travers de formulaires d'action en justice qui permettaient aux justiciables de saisir les juridictions royales. Donne une très grande importance à la procédure et aux garanties procédurales. Les juridictions anglaises sont liées par le

Historiquement (post-XVe siècle), les justiciables anglais ont pu saisir le chancelier du roi pour lui demander de statuer sur leur cas en équité. C'est le développement de l'equity, système d'interprétation des règles qui permet d'assouplir, d'adapter le droit commun aux situations concrètes. De nos jours, la Common Law est fondée sur le principe du précédent. Les juridictions anglaises sont liées par leurs propres décisions antérieures ainsi que par les décisions rendues par les juridictions supérieures. L'ensemble de ces décisions constituent autant de précédents. Seule la Cour Suprême (succède à Chambre des Lords qui a perdu son pouvoir juridique au XXe siècle) de UK peut procéder à un revirement de sa propre jurisprudence.

systeme figé? Puisque chaque décision builds upon celle d'avant, seul changement possible par Cour Suprême. Mais non, car peut évoluer. On peut s'écarter d'un précédent en distinguant les cas. Pour les justiciables, il s'agit de trouver un fait différent qui justifie d'adopter une solution différente du précédent. Découle d'une appréciation très fine des faits. Part des faits (donc induction). Dans un tel système, les règles générales ne sont pas toujours écrites. Il y a bien sûr du droit écrit, mais aussi un certain nombre de principes de droit coutumiers implicites. Pour ne pas bloquer un tel système, il est également admis que seuls les motifs décisifs d'une décision de justice doivent être respectés par la suite. C'est-à-dire les motifs qui ont justifié directement le prononcé de la situation rendue. On oppose à ces motifs décisifs les obiter dicta (sing obiter dictum) : un motif non décisif énoncé par le juge dans sa motivation mais qui ne sont pas nécessaires pour fonder la solution adoptée. C'est un système plus souple qu'il n'y paraît.

Attention particulière aux détails des faits. C'est de ces faits que va découler l'application de la règle.

// continentaux : déduction de règles / principes de portée générale.

Le système du Common Law s'applique aux USA et les pays qui composent le Commonwealth.

Chaque système a cependant ses propres particularités et on peut assister à des phénomènes qui peuvent venir troubler ces catégories.

PARTIE 2 : LES FONDEMENTS DU DROIT

Chapitre 1 : la philosophie du droit

Idée centrale : le droit n'est pas neutre. Derrière l'activité technique des juristes, il y a toujours différentes conceptions du droit et de son rôle dans la société pour la société. Le droit n'est jamais neutre.

Section 1 : les principales conceptions du droit

Les juristes ne s'accordent pas tous sur la définition du droit. On oppose traditionnellement deux traditions principales : le positivisme et le jus naturalisme.

§1 le positivisme juridique

Les **positivistes** considèrent le droit comme tout ce qui est décidé, posé par une autorité légalement habilitée. Le positivisme ne reconnaît aucun droit idéal et ils affirment que **seul le droit positif a une valeur juridique**. Ils veulent **étudier le droit tel qu'il est et non tel qu'il devrait être**. Le droit est alors conçu comme un objet de connivences, ce qui n'implique pas qu'il doit être contesté ou non car ça relevé s'une position morale et non d'une position cognitive. Le droit est **envisagé scientifiquement** comme un fait.

Les positivistes se limitent à étudier le droit comme un ensemble de prescriptions sans jugement de valeur.

La figure la plus emblématique du positivisme juridique est celle d'Hans Kelsen. Auteur célèbre de la *Théorie pure du droit*. Selon lui, une norme n'est valable que pcq'elle est conforme à une norme supérieure. L'ensemble des normes juridiques forme un système dynamique qui prend aspect d'une pyramide. Les normes sont organisées entre elles selon un rapport hiérarchique. Pour Kelsen, une authentique science du droit ne doit s'intéresser qu'aux conditions de validité formelle des normes et non au contenu substantiel. Une norme juridique n'est valable juridiquement que dans la mesure où elle est conforme aux conditions formelles et procédurales prévues pour son édicition par une norme supérieure. Le contenu de cette norme importe peu. Ce qui compte : modes de création du droit prévus par le droit lui-même. Ce faisant, les juristes n'ont pas à porter de jugement de valeur sur le contenu des normes juridiques. **Théorie formelle** car elle ne s'intéresse qu'aux **formes de production du droit** et non au contenu des normes.

§2 le jus naturalisme

Pour ces juristes jus naturalistes, les **règles de droit posées par les autorités peuvent être critiquées et même écartées si elles ne sont pas conformes à une idée de justice ou un ordre supérieur au droit**.

Figure **d'Antigone** de Sophocle.

Lois sont inscrites dans la nature des choses. Pour ces auteurs, il revient à la **raison** humaine de découvrir, comprendre ces lois inscrites dans la nature des choses. Mise en valeur de la raison humaine et ces lois ne se trouvent plus dans un ailleurs lointain mais dans la nature des choses et donc dans la nature humaine. On peut alors considérer que **les hommes ont naturellement des droits**.

La majorité des juristes se réclament du positivisme. Jus naturalisme considéré comme réactionnaire, moralisateur, non scientifique.

Opposition réductrice. On peut parfaitement s'intéresser aux fondements / fonctions du droit sans pour autant adhérer à un ordre supérieur. De plus, aucune théorie aussi pure soit elle n'est tout à fait neutre. On le voit d'abord chez Kelsen. Il y a des **failles dans sa théorie** : au sommet hiérarchie des normes = norme qui permet de ?? toutes les normes. Chaque norme tire sa validité d'une norme supérieure. Or, Kelsen indique aussi que norme fondamentale est d'une nature différente des autres normes. Les autres normes sont posées par les autorités, alors que la norme fondamentale est supposée. Ce n'est pas la constitution, qui est elle aussi une norme posée. La norme fondamentale est une hypothèse logique qui signifie que le droit existe. donc Kelsen est bien positiviste quand il affirme qu'on n'a pas à s'intéresser à la norme fondamentale. Cependant, il admet que le système juridique n'est pas auto fondé. Il est comme suspendu à une norme d'une autre nature que les normes du droit positif.

Le droit ne peut se résumer à une addition de normes positives. Il faut aussi savoir d'où viennent les normes, leur légitimité et à quoi elles servent. Ces questions relèvent aussi du champ juridique et pas seulement d'autres science sociales.

On ne peut pas vraiment en faire une science. On pense dans le cadre d'une philosophie du droit. Ils adhèrent à l'idée d'un être humain entièrement rationnel. Vouloir être neutre, ce n'est pas neutre. Le droit n'est pas une pure construction intellectuelle : il conduit des fonctions

Section 2 : les fonctions du droit

Rôle politique et social. Maintien de l'ordre, cohésion, paix sociale. Mais plus fondamentalement, on peut penser que le droit remplit une **fonction anthropologique**. La première des fonctions du droit, la plus fondamentale, c'est une fonction anthropologique. Le droit est un objet technique dont le sens est déterminé par l'Homme. On ne peut comprendre le droit sans saisir la première finalité qu'il poursuit : selon **A. Supiot, projet du droit = humaniser les autres techniques**. Au moyen de différentes obligations, le droit permet de créer une distance entre l'Homme et ses représentations et entre l'Homme et les autres Hommes. **Le droit crée de la distance. Le droit permet à l'Homme de ne pas délirer et de canaliser sa violence.** La fonction anthropologique du droit est d'humaniser les Hommes.

Dans sociétés qui ne connaissent pas ou ne respectent pas les élections, on n'utilise pas le droit pour canaliser la transmission du pouvoir.

P. Legendre : explique comment le droit assure ou construit des montages rationnels. Il montre qu'aucun être humain ni aucune société développée ne peuvent vivre sans des croyances qui ont alors un statut de vérité. Il s'agit de dogmes qui ne se démontrent pas mais qui se montrent. Ces croyances sont démontrées par un ensemble de mises en scène. Aucune communauté humaine n'est gouvernée sans rituel, sans cérémonie. En France, on peut penser au défilé du 14 juillet, utilisation drapeau tricolore...

Section 3 : l'axiologie juridique

§1 La justice

Dans opinion publique, le droit est souvent // justice.

Justice = femme aux yeux aveugles avec une balance dans la main gauche pour sous-peser les intérêts et dans la main droite une épée pour trancher le litige. Droit permet d'instaurer une société juste. La justice, dans sa conception traditionnelle, suppose d'attribuer à chacun ce qui lui revient. Figure du roi Salomon, connu pour avoir rendu la justice en attribuant un enfant disputé par deux femmes à sa véritable mère. Il avait fait croire qu'il était prêt à couper l'enfant en deux pour départager les deux femmes et la vraie mère a préféré le laisser à l'autre femme.

Ethique à Nicomaque, Aristote : 2 types de justice particulière (≠ justice générale : justice sociale)

- Distributive : quand il faut faire une répartition de biens, de charges, de droits ou de devoirs, d'honneurs ou de punitions entre citoyens. Implique alors une proportionnalité entre avantages accordés et les vertus / qualités des citoyens « à chacun selon ses mérites ». c'est une justice géométrique car nécessité de procéder à des rapports où chacun reçoit proportionnellement à ses mérites. Justice distributive est géométrique car il faut procéder à des rapports où chacun reçoit proportionnellement à ses mérites. Justice est réparatrice/correctrice/commutative quand il s'agit de régler un rapport entre citoyen. Justice qui consiste à rétablir un équilibre qui a été rompu entre 2 personnes (soit une a transmis à l'autre un bien sans contrepartie, ou que l'une ait causé un dommage à l'autre)
- La justice réparatrice ou commutative. On s'appuie alors sur l'outil arithmétique : on procède à des opérations d'addition ou soustraction en évaluant le préjudice posé.

Généralement, ce ne sont pas les juristes qui s'intéressent à la justice mais notamment des économistes : ex de John Rawls, *Théorie de la Justice* (1971). Pour lui, il n'existe pas de conception universelle de la justice ou du bien, il existe au contraire un pluralisme selon les cultures. Il n'est pas possible d'élaborer une conception universelle de la justice. Paradigme du contrat social originel : pour garantir que nul ne soit avantage par le « hasard naturel » (mais pourquoi on parle de ça wsh), il faut raisonner comme si personne ne connaissait sa place dans la société, sa position ou son statut social ni celle des autres. Utiliser le voile d'ignorance. Sur cette base, JR propose deux principes de justice : 1 égalité des libertés de base (droit de vote, accès aux emplois publics, liberté expression, conscience, réunion...) 2 justification de certaines inégalités, il ne peut y avoir d'égalité parfaite dans la répartition des richesses ; inégalités sont justifiables si elles sont à l'avantage de chacun et si les positions avantageuses sont accessibles à tous.

Amartya Sen *L'idée de justice* : absence de notion universelle de justice. Les critères pour attribuer à chacun sa part sont objectivement indécidables, indémontrables. Donner le pouvoir de choisir et de progresser dans leur vie aux individus. Selon lui, la justice exige surtout de développer les modes de participation des citoyens à la société et leur capacité personnelle de l'accès à l'éducation mais aussi à la santé ou aux loisirs. La question est de donner les moyens personnels aux individus d'exercer concrètement leur liberté. C'est lui qui a formulé l'IDH.

§2 La dignité de la personne humaine

Au cœur du système juridique se trouve aussi principe de dignité de la personne humaine. Cour européenne des droits de l'Homme affirme que la dignité, comme la liberté est de l'essence même de la convention. On retrouve aussi dignité dans charte des droits fondamentaux de l'UE de Nice (2000).

Dans les premières déclarations des droits de l'Homme, la liberté était privilégiée. La Seconde Guerre Mondiale a montré que la liberté ne suffit pas. Elle peut être inhumaine. → Dignité mise en avant dans constitutions nationales ou déclarations internationales (Philadelphie 1944, déclaration universelle des DH 1948).

En France, CC a conféré le principe de dignité en 1994 après son entrée dans le code civil.

Notion singulière : pas démontrable. C'est un axiome, une proposition évidente en soi qui échappe à toute démonstration et s'impose comme une évidence. Serait hasardeux / risqué de démontrer val de la dignité, surtout sur un plan scientifique.

Pas un droit subjectif, même si sa mise en œuvre exige que soient reconnus des droits subjectifs.

Pas non plus un DH car risquerait d'être concurrencée par d'autres droits et libertés. Ex : concilier la dignité avec des libertés économiques. Non, elle doit être placée au-dessus.

Dignité = DH de 3^e génération qui souligne que la dignité a comme sujet pas les individus mais l'humanité dans son ensemble. Pour certains juristes, cette qualification est dangereuse car suppose que l'humanité vaudrait plus que les individus qui la composent. Or, la dignité marque avant tout la valeur infinie, irréductible de chaque être humain. C'est un donné et pas un du.

Dignité pas un droit mais un principe structurant du droit contemporain qui marque appartenance de chaque individu au genre humain. Indérogeable, insusceptible d'abus, nul ne peut y renoncer ni pour autrui ni pour lui-même.

1995, arrêt Commune de Morsang sur Orge. Le conseil d'Etat a pour la première fois évoqué le principe de dignité en tant que finalité de la police administrative, en tant que composante de l'ordre public général.

Un être humain ne doit pas être utilisé comme un objet, comme un moyen. Au contraire, il doit toujours être considéré comme une finalité. Chaque personne est une personne juridique dotée de volonté. Les besoins vitaux de la personne humaine doivent être assurés. Respecter les sentiments de l'être humain (pudeur, dégoût, peur).

Dignité = principe objectif qui est structurant et fondateur du droit contemporain et source de multiples droits subjectifs dans des situations concrètes.

Section 4 : l'interdisciplinarité du droit

Les juristes sont de plus en plus spécialisés. Il faut pratiquer l'interdisciplinarité pour éviter un repliement dans leurs disciplines. Le risque est néanmoins de dissoudre le droit dans d'autres disciplines plus scientifiques (économie et sociologie). **nécessité de trouver un équilibre entre dialogue avec autres disciplines et maintien de l'identité du droit.**

Sociologie est une discipline particulière pour les juristes. Henri Levy brule = un des premiers juristes français à s'intéresser à la sociologie du droit. Matière développée par Jean Carbonnier dans son ouvrage *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*. Pour être juste et ne pas être contesté, le droit doit prendre en compte évolution de la société.

Les juristes doivent de plus en plus s'intéresser à **l'économie**. Les csqcs économiques des règles de droit doivent être évaluées. Prises en compte de plus en plus par législateur et les juges. Mais économie ne doit pas être une méta-norme : loi du marché ne peut affecter toutes les solutions juridiques. Et le droit ne peut se dissoudre dans une analyse économique comme mouvement Law and Economics qui introduit une appréciation de la règle de droit selon son efficacité économique. Chaque règle devrait être appréciée selon un bilan cout-avantage en termes monétaires. Or, il y a des intérêts qui n'ont pas de prix.

Les juristes ne peuvent se désintéresser des **évolutions techniques et scientifiques**.

La conception de **la règle juridique doit quand même rester autonome quant aux préceptes de la science**. Ex : principes fondamentaux comme égalité / liberté ne peuvent recevoir de justification ou démonstration scientifique. Autre ex : si les biologistes sont compétents pour décrire étapes du développement d'un embryon humain, ils n'ont pas comme telle autorité pour dire quel statut juridique doit être octroyé à cet embryon. Avec crise sanitaire actuelle, si les autorités publiques peuvent prendre conseil aux spécialistes, décision de confiner la population relève d'un choix politique qui prend en compte autres intérêts (pédagogiques, économiques...).

D'autres disciplines peu exploitées par juristes : **anthropologie ou encore la psychanalyse**. Alors que l'homme est aussi un être qui se construit avec des interdits et un être jamais totalement autonome et transparent à lui-même.

Droit comparé trop souvent utilisé comme réservoir de solutions techniques alors que le droit = discipline culturelle dont les solutions sont ancrées dans un contexte particulier.

Chapitre 2 : l'histoire du droit

Droit = lente construction, constitué de strates successives. Les couches les plus anciennes demeurent même si elles sont oubliées et recouvertes. L'histoire est toujours actuelle pour le droit. Clé de compréhension et d'analyse précieuse.

Section 1 : L'antiquité

Textes juridiques les plus anciens = Mésopotamie. Le plus célèbre = **code de Hammourabi**. 282 dispositions relatives à conduite des sujets du royaume. Compilation de maximes rendues sur des cas concrets. Loi du Talion : chaque peine proportionnée au délit commis.

Grèce, notion de démocratie (Ve s. avant JC). Notion de loi comme règle générale, discutée et votée par et pour des Hommes, aussi inventée par eux.

Droit romain : loi des douze tables = premier corpus de lois écrites (450 avant JC). Contient règles de procédure, droit des biens, droit de la famille, droit pénal.

Section 2 : les codifications justiniennes

Empereur Justinien à **Byzance**. A ordonné une vaste compilation, refonte de l'ensemble des textes romains. Comprend **4 recueils**.

- **Codex** : recueil des décisions impériales
- **Digeste** : encyclopédie de consultations rendues par des juristes consultes depuis début de l'empire
- **Institute** : manuel pour les étudiants en droit
- **Novelles** : décisions de Justinien postérieures à la rédaction du code

Droit de Justinien = droit romain tardif abstrait et savant. Alors que droit romain avant JC était droit processuel et casuistique (cf. Common Law). La procédure, dans droit romain ancien, était déterminante. Un droit ne pouvait être reconnu que s'il existait une action pour le faire valoir : « l'action précède le droit ». il n'existait pas de grandes notions abstraites (responsabilité contrat...) mais seulement des cas particuliers dans lesquelles un requérant devait faire entrer son action.

Section 3 : La période médiévale

Œuvre de Justinien rapidement perdue, oubliée surtout en Europe de l'Ouest avec séparation de l'empire Byzantin. Mais elle fut **redécouverte à la fin du Xie s** dans Nord de l'Italie. Cette redécouverte = à l'origine d'un immense **travail d'interprétation par l'Ecole de Bologne. Gloses.**

Tradition juridique occidentale romano-canonique. Droit se détache progressivement de ses origines religieuses et cherche à poser des règles techniques d'organisation sociale. Le droit tend à se construire comme un système hiérarchisé pyramidal dont le sommet est occupé par le souverain. Cette période a permis invention d'un système institutionnel à vocation universelle et qui s'incarne dans une figure que peut être aigrise (?) avec pape, roi et Etat législateur. C'est dans cette période que se forge tradition juridique continentale, distincte de la tradition de Common Law.

Section 4 : L'ancien droit

= **Période moderne.** Sous AR, la France est principalement un pays de coutumes. Chaque individu est régi par ses propres lois selon un **principe de territorialité**. Le **sud = pays de droit écrit qui reste**

imprégné du droit romain, le nord est un pays de droit coutumier régi par de nombreuses coutumes orales issues du droit germanique. Pas encore d'unité juridique. **Lois pour chaque corps social** : ecclésiastiques, membres de métiers / corporations, nobles, bourgeois... rédaction des coutumes fut imposé par l'ordonnance royale de Montils-lès-Tours en 1454. Droit romain a permis l'apparition d'un droit commun, jus commune, c'est-à-dire droit savant auxquels étaient formés tous les juristes. Par suite, les rois ont réussi à imposer de grandes ordonnances à l'ensemble du royaume. Par exemple ordonnance de Michel de Marillac qui fut chancelier de Marie de Médicis ou les grandes ordonnances de Colbert sous Louis XIV, par exemple l'ordonnance sur le procédure civile de 1667, l'ordonnance criminelle de 1670, l'ordonnance pour le commerce de 1673.

Jean Domat au 17^e ou R-J Pothier au 18^e ont jeté les bases du futur code civil.

Section 5 : La période napoléonienne

Les révolutionnaires ont voulu adopter un code général de lois simple, clair, et commun à tout le royaume. Mais ce projet nécessitait de la constance et une volonté politique forte. C'est Nap qui, par son autorité a su imposer le **code civil en 1804**. Ce code fut rédigé principalement par un juriste, Portalis, avec la collaboration d'autres juristes : Maleville, Bigot de Préameneu et Tronchet. Il a aussi rédigé un **discours préliminaire resté célèbre définissant ce que doit être une bonne législation**. « *Les lois ne sont pas de purs actes de puissance, ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les Hommes et non les Hommes pour les lois. Il ne faut point de lois inutiles, elles affaibliraient les lois nécessaires.* »

Code civil = synthèse entre droit des pays de coutume et celui des pays de droit écrit. C'est aussi un **compromis entre le droit d'AR et le droit de la révolution**. Selon le mot de Planiol, ce code n'est « ni réactionnaire, ni révolutionnaire ». On a souvent dit que ce code était individualiste, bourgeois et qu'il assurait la domination de la classe possédante. Il est aussi marqué par la laïcité, liberté et égalité. Ce code s'applique à tous les Français. En vérité, les rédacteurs du code se méfiaient des principes philosophiques et de l'idéologie.

Le code civil fut ensuite **largement exporté au gré des conquêtes de Napoléon**. Appliqué en Belgique, Pays-Bas, Lux, dans certains Etats d'Allemagne et d'Italie.

Aussi introduit dans les **pays colonisés par la France**, surtout en Afrique où il est encore appliqué dans certains pays. A servi de **modèle en Amérique latine, au Québec ou dans l'Etat de la Louisiane**. capacité d'un pays à exporter son modèle juridique = **instrument de soft power**.

Section 6 : le XIXe siècle

Grande période du code / droit civil. Grands traités de droit civil du XIXe = commentaire du nouveau code. Auteurs font partie de **l'Ecole dominante, celle de l'Exégèse**.

Professeurs Aubry et Rau premiers à proposer un cours de droit civil selon un plan abstrait qui se détachait du code civil. Au départ, ont dissimulé cette innovation en présentant la première édition de leur ouvrage comme la traduction d'un livre allemand.

Au début XXe s, c'est François Gény (1861-1959) a opéré la rupture décisive en insistant sur les nouvelles méthodes d'interprétation fondées sur la libre recherche scientifique. Ses travaux insistaient à la fois sur le rôle de la jurisprudence et sur l'importance de la sociologie pour son étude.

Section 7 : au XXe siècle

Droit a subi des **évolutions très accélérées. Sources du droit ont été bouleversées, la jurisprudence a pris une importance centrale** (ex : droit de la responsabilité civile a été construit par la cour de cassation à partir de 5 art du code civil). Quant au conseil d'Etat, il a construit de façon autonome un droit de la responsabilité administrative en marge du code civil. La loi demeure une source importante mais elle est banalisée par l'inflation législative et par l'affirmation de normes supérieures, constitutionnelles et conventionnelles. La loi fait d'ailleurs l'objet d'un **contrôle de constitutionnalité à partir de 1958 et d'un contrôle de conventionnalité à partir de 1975.**

Par ailleurs, **l'Etat Providence accroît son domaine d'intervention**, les services publics se multiplient et la sécurité sociale est créée.

Le **code civil n'était pas adapté aux conséquences de la révolution industrielle.** Il ne contenait que 2 art relatifs au contrat de louages de services (contrat de L), d'où **l'adoption d'un code du L en 1910.** De même, **l'industrialisation** avec l'apparition de nouvelles machines et de nouveaux moyens de transport a occasionné de nombreux accidents. Or, la réparation des dommages à l'époque était subordonnée à la démonstration d'une faute de son auteur. Les machines pouvaient causer des préjudices sans qu'une personne ait commis un acte fautif. C'est pourquoi la **responsabilité « sans faute »**, fondée sur le risque, est développée pour permettre une meilleure indemnisation des victimes. Il en va de même avec la **sécurité sociale** qui couvre les grands risques de la vie. Depuis lors, d'autres lois sont intervenues, comme celles sur les accidents de la circulation, qui permet une indemnisation plus favorable, ou encore le régime d'indemnisation pour les dommages causés par les produits défectueux.

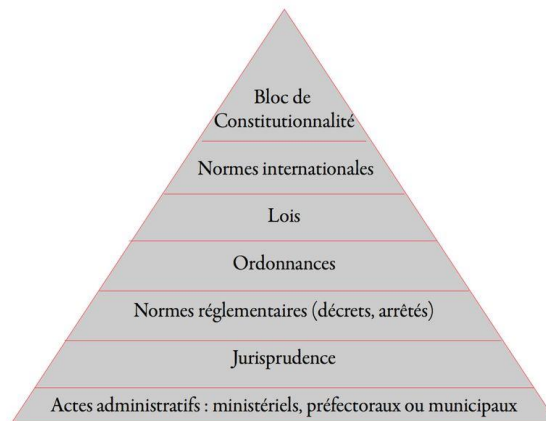
La vie privée et familiale a aussi beaucoup changé dans sa dimension juridique. Le principe d'égalité fut affirmé entre les hommes et les femmes. Egalité des époux, égalité entre enfants, égalité entre les couples. Droit divorce encore modifié en 2004 avec création d'un divorce pour cause objective, c'est-à-dire pour altération définitive du lien conjugal, à côté du divorce pour faute et du divorce par consentement mutuel. **Droit de la filiation a aussi été marqué par jurisprudence**, facilitant la contestation de la paternité et la suppression de la marque infâmante qui s'appliquait aux enfants nés hors-mariage en faisant **disparaître distinction entre enfant légitime et enfant naturel / adultérin.** PACS.

Droit aussi **marqué par découvertes scientifiques.** Droit de propriété étendu aux choses incorporelles (**marques, logiciels**). Droit des personnes **influencé aussi par la biologie.** **Premières lois « bioéthiques » de 1994** ont posé de grands principes pour assurer le respect du corps humain et de la dignité de la personne humaine.

NTIC ont eu des répercussions majeures dans de nombreux domaines : droit de la propriété intellectuelle, droit des contrats, droit du travail, droit de la preuve, droit des données.

Partie 3 : les sources du droit

Question déterminante pour les juristes. Designier quelles sont les autorités habilitées à créer du droit. Il s'agit aussi de hiérarchiser les normes entre elles. Les sources du droit sont en quelque sorte l'endroit où il faut puiser quand on cherche une réponse à une question juridique. Dans vision classique enseignée dans facs de droit, mes sources du droit sont organisées hiérarchiquement. On a emprunté à l'œuvre de Kelsen l'image qu'elles formeraient une pyramide.



D'autres sources sont plus discutées, comme la jurisprudence, les usages ou encore la doctrine. L'image de la pyramide donne une impression de stabilité alors que la coexistence des différentes sources conduit en pratique à une dynamique et à un dialogue entre les autorités juridiques. Mais ne dit rien de la question de la légitimité du droit : d'où le droit tire son autorité. Malgré tout, cette conception reste éclairante car montre aussi la verticalité du droit.

Chapitre 1 : les sources constitutionnelles

Section 1 : le bloc de constitutionnalité

= **ensemble des règles à valeur constitutionnelle**. Le bloc comprend les art 1 à 89 de la Constitution. Ces articles posent les règles relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics institués. Dans de nombreux pays étrangers, la constitution contient aussi directement dans ses articles l'énoncé de droits et principes fondamentaux. Pas le cas de la Constitution de 1958.

Dans une **décision historique du 16 juillet 1971, dite « liberté d'association »**, le CC a intégré dans le **bloc de constitutionnalité le préambule de la Constitution de 1958**. Ce préambule est riche, renvoie à **d'autres textes : Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, préambule de la Constitution de 1946 et la charte de l'environnement de 2004**.

Le préambule de la Constitution de 1946 renvoie lui-même à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et affirme l'existence de deux catégories de principes : **principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR) et les principes particulièrement nécessaires à notre temps** (principes politiques, économiques et sociaux comme égalité hommes/femmes, droit d'asile, droit à l'instruction, liberté syndicale, droit de grève, devoir de travailler, droit d'obtenir un emploi...).

La décision de 1971 a donc permis de constitutionnaliser tous ces droits et principes visés par le préambule. Cette décision a donné une portée nouvelle et importante au contrôle de constitutionnalité des lois. Elle a enrichi considérablement les normes de référence des juges.

Section 2 : le contrôle de constitutionnalité des lois

Contrôle confié seulement au **CC**.

Composition : au moins 9 membres. 3 nommés par président République, parmi lesquels le président du CC, trois par président de l'AN, et 3 par le président du Sénat. Mandat de 9 ans non renouvelable. Se renouvelle par tiers tous les trois ans.

Anciens présidents de la République y sont membres de droit à vie.

Dans la Constitution, rôle initial du CC conçu de façon restrictive. Principale fonction = veiller à la nouvelle répartition des compétences posées entre la loi et le règlement, et sanctionner les empiètements du législatif sur le réglementaire. Le CC participait de la volonté de rationalisation du parlementarisme.

Contrôle de la constitutionnalité des lois s'est développé. première raison = **décision du 16 juillet 1971**. **A permis de contrôler plus étroitement le contenu des lois. Auparavant, conformité des lois s'appréciait uniquement au regard des règles de fonctionnement des pouvoirs publics.** Les décisions de non-conformité étaient assez rares. A cela s'est **ajoutée la réforme de 1974**. Initialement, le CC ne pouvait être saisi que par le président de la République, le PM, le président de l'AN et le président du Sénat. Or, ces 4 autorités étaient souvent du même bord politique. Elles ne prenaient donc pas l'initiative de saisir le CC. Rôle du conseil accru par **élargissement de la saisine par groupe de 60 députés / sénateurs**. L'opposition peut contester la constitutionnalité des lois.

Le rôle du CC a encore été **renforcé par loi constitutionnelle du 23 juillet 2008** entrée en vigueur en 2010. Cette réforme a élargi les modalités de saisine du CC en autorisant dans le nouvel article 61-1 de la constitution la contestation de la constitutionnalité des lois par les justiciables. Procédure de la **QPC**. Auparavant, seule était possible la contestation de la loi avant son entrée en vigueur, avant sa promulgation par le président de la République. Contrôle a priori de la loi. Désormais, lorsqu'à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction il est soutenu par une partie qu'une loi porte atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit, le CC peut être saisi de cette question sur renvoi du conseil d'Etat ou de la cour de cassation. Cette procédure permet contrôle a posteriori de la loi et permet d'écarter la loi invoquée du litige en cours. Si le CC constate inconstitutionnalité de la loi, celle-ci est abrogée à compter de la publication de la décision du CC ou à une date ultérieure fixée par la décision.

Section 1 : les traités et accords internationaux

§1 La procédure d'adoption

Dans le droit français, un **traité** international est négocié et ratifié par le président de la République. Un **accord** international n'est pas soumis à la ratification du président qui est seulement informé de sa négociation.

Certains traités les plus importants (paix, commerce, ou qui engagent les finances de l'Etat) ne peuvent être ratifiés ou approuvés qu'en vertu d'une loi. Il faut une loi d'autorisation de ratification. Donc approbation de la ratification par le parlement.

Par ailleurs, le CC peut être saisi par le président de la République, le PM, 60 députés / sénateurs, le président de l'AN ou celui du Sénat pour vérifier qu'un engagement international ne comporte pas de clause contraire à la constitution. L'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international ne pourra intervenir qu'après ce contrôle. Si le conseil estime qu'une clause est contraire à la constitution, alors l'engagement ou le traité ne pourra être ratifié ou approuvé qu'après une éventuelle révision de la constitution. Ou alors, l'accord n'est pas soumis à ratification et n'entre pas en vigueur dans le droit interne.

§2 L'applicabilité

Un traité ou accord régulièrement ratifié est en principe d'applicabilité directe, c'est-à-dire qu'il peut être invoqué directement par les justiciables devant les tribunaux.

Seul l'Etat est obligé par le traité et doit respecter les objectifs et ses dispositions. Pour ce faire, il doit le cas échéant procéder à une modification du droit interne, afin de le mettre en conformité avec les obligations internationales. Les particuliers pourront éventuellement invoquer les règles de droit internes ainsi modifiées.

En principe, un accord / traité est d'applicabilité directe. Il crée directement des droits / obligations dans le patrimoine juridique des justiciables. Certains traités, par exception, ne créent d'obligation qu'à la charge des Etats signataires. L'Etat doit respecter les objectifs / dispositions du texte international et si nécessaire modifier son droit interne pour le mettre en conformité avec les obligations souscrites sur le plan international. Dans cette mesure, les particuliers peuvent s'appuyer sur les règles de droit interne ainsi modifiées.

§3 La valeur juridique des normes internationales

Selon l'art. 55 de la Constitution, les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication une autorité supérieure à celle des lois. Les sources internationales se trouvent donc dans la hiérarchie des normes en-dessous de la Constitution (bloc de constitutionnalité) mais au-dessus des lois nationales. Le parlement ne peut pas méconnaître un traité / accord international. En cas d'incompatibilité entre les deux normes, le traité prévaut sur la loi interne.

Le même article indique que l'autorité supérieure des traités est reconnue « *sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie* ». Il s'agit de la **condition de réciprocité**. En principe, un Etat signataire peut refuser de l'appliquer si l'autre partie ne le respecte pas lui-même. !! cette condition ne vaut pas pour tous les traités. Elle ne peut être utilisée pour traités relatifs aux droits

de l'Homme, ou pour les conventions de l'OIT (organisation internationale du travail) ou pour les traités européens.

Par ailleurs, le CC s'est déclaré incompétent pour contrôler la conformité des lois aux traités internationaux. Décision du 15 janvier 1975 sur la loi relative à l'IVG. Une loi contraire à un traité n'est pas nécessairement contraire à la constitution. **Caractère relatif et contingent** de ?? : relatif car dépend du domaine d'application de la loi par rapport au traité. Contingent car ce caractère dépend aussi de l'application du traité par l'autre partie en vertu de la clause de réciprocité. Or, le CC estime que les décisions qu'il rend dans le cadre de l'art. 61 de la Constitution ont un **caractère définitif et absolu**. Par cette décision IVG de 1975, le CC a investi les juridictions ordinaires de la mission de contrôler la conventionnalité des lois.

La cour de cassation a accepté d'opérer ce contrôle rapidement dans son arrêt Société des cafés Jacques Vabre de mai 1975. En revanche, le conseil d'Etat n'a accepté d'opérer ce contrôle qu'en 1989 dans son arrêt Nicolo.

Section 2 : les sources européennes

Il faut bien distinguer le droit de l'UE du droit issu du conseil de l'Europe.

§1 le système juridique de l'Union européenne

A. Les institutions de l'Union européenne

Origine dans la CEE crée par traité de Rome de 1957, 6 pays fondateurs. 27 Etats membres et plusieurs traités (Maastricht 1992, Amsterdam 1997, Nice 2001, Lisbonne 2007). Les traités en vigueur, le traité sur l'UE (TUE) traité constitutif de l'UE et le traité du fonctionnement de l'UE (TFUE). L'UE contient plusieurs institutions :

- Commission européenne : 1 commissaire par Etat membre, mission est de respecter l'intérêt général de l'UE, contrôle de la bonne application des traités, budget, représente à l'extérieur, pouvoir législatif car à l'initiative des projets de texte, acte législatif adopté que par proposition commission
- Conseil européen : chefs d'Etat et de gouvernement et le président du conseil. Il définit la politique de l'union, il fixe les grandes orientations, les priorités politiques et donne les impulsions nécessaire mais pas de pouvoir législatif
- Conseil de l'UE : comparé à un conseil des ministres représenté par des représentants de chaque Etat membres au niveau ministériel et peut engager son pays. Change selon le sujet traité.
- Parlement européen (PE) : composé de députés qui sont élus pour 5 ans au Suffrage universel direct depuis 1979. Il n'est pas encore l'authentique législateur de l'UE mais il a acquis un rôle plus important dans la procédure législative, il exerce un pouvoir de codécision avec le conseil de l'UE, aussi un contrôle politique et consultation. Il élit le président de la commission

Plusieurs juridiction :

- CJUE à Luxembourg : elle est compétente pour statuer sur les recours formé par les Etats membres, une institution de l'UE ou une pers physique ou morale en cas de violation d'un traité ou litige mettant en cause un Etat membre.
- Existe aussi un tribunal de première instance

B. Les normes européennes

Distinguer traités consultatifs des principes généraux qui sont au sommet de la hiérarchie. Puis ensuite les actes de droit dérivé qui dérivent du droit primaire. Dans cette catégorie se trouve plusieurs séries d'actes : les **règlements** qui ont une portée générale et sont obligatoires et directement applicable. Interviennent ensuite les **directives** qui lient les Etats membres quant à un résultat à atteindre en leur laissant une autonomie procédurale et institutionnelle quant aux moyens pour atteindre ces objectifs.

En principe les directives n'ont pas d'effet direct dans l'ordre juridique interne, elles doivent être transposées.

Les décisions sont obligatoires uniquement pour leur destinataire.

Les avis et recommandation ne lient pas leur destinataires.

En 2000, proclamation à Nice d'une **charte des droits fondamentaux de l'UE**. A la différence de la convention européenne des droits de l'homme, elle contient outre des **droits civils et politique** des **droits économiques et sociaux** mais sa portée est limitée, elle ne s'applique aux Etats que lorsqu'ils appliquent le droit de l'union. Certains Etats sont dispensés de certaines disposition (RU, Pologne)

§2 le droit du conseil de l'Europe

Créé en 5 mai 1949 à Londres, pour instaurer un espace démocratique et juridique commun en Europe, il comprenait à l'origine 10 membres, 47 aujourd'hui (dont Russie, Turquie, Ukraine), 820 millions d'habitants sont concernés par ce droit. Il a été adopté plusieurs convention, la plus importante : convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentale

A. Convention CEDH

Signée à Rome en 1950 et entre en vigueur en 1953, la France ne l'a ratifié qu'en 1974 elle contient une liste de droit et de liberté fondamentaux complétés par des protocoles additionnels (16 en tout). La convention est directement applicable est peut donc être invoquée par toutes personnes dans un litige.

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

B. La cour de Strasbourg : cour européenne des droit de l'Homme

Grande originalité de la convention, **système institutionnel de garantie**, autant de juge que d'Etat contractant, ils sont élus pour 6 ans et sont rééligible. Plupart des arrêts pris par 7 juges. Un comité de 3 juges filtre les requêtes. Une grande chambre de 17 juges s'occupe des affaires importantes.

§3 La procédure devant la cour

La procédure peut être engagée par tout Etat membre. En pratique, les Etats sont hésitant à utiliser un tel recours qui risque d'engendrer des représailles de l'autre Etat. Ce sont surtout les particulier qui saisissent la cour par le droit de recours. Tout individu peut se plaindre directement d'une violation de la convention. Souvent contre leur propre Etat. Mais doit être reconnu par les Etats au profit de leur nationaux.

France ne l'a reconnu qu'en 1981. Désormais le droit de recours individuel est obligatoire et ouvert à toutes personnes physiques sans condition de nationalité ni de résidence et aussi aux personnes morales. Une requête ne peut être présentée qu'après épuisement des voies de recours internes et

doit être présentée dans les 6 mois après la décision interne. Doit porter sur un droit protégé par la convention et doit être dirigé contre un Etat parti a la convention

§4 Les effets de la CEDH

Si la cour constate la violation d'un droit, d'une liberté protégée, elle ne peut pas annuler la décision ni ordonner des mesures ou émettre des injonctions à l'égard des Etats concernés. Toutefois les Etats se sont engagés à respecter la convention et se conformer aux arrêts de la cour. Question soulevée en France en principe du principe définitif de la chose jugée des décisions de justices. Possibilité de changer ce qui a conduit à la condamnation. Loi du 15 juin 2000 a institué une procédure de réexamen des décisions pénales à la suite d'un arrêt de la CEDH.

Article 41 de la convention 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 16ème protocole permet à la plus haute juridiction chaque pays d'adresser à la cour des demande d'avis consultatif sur l'interprétation ou l'application des droits et libertés définis. Permet un dialogue entre les juges, avis de la cour évite une condamnation. (Droit à la vie, légalité des délits et peines.... Très précis)

En France, la loi est souvent confondue avec le droit. On parle aussi du principe de légalité alors que meilleur terme = **principe de juridicité**. La loi demeure la **source symbolique du droit**. S'explique par affirmation des parlements au XIXe siècle et la volonté à ce moment-là de soumettre le pouvoir exécutif à la loi votée par le parlement.

La loi est souvent codifiée avec le souci de donner une meilleure visibilité et accessibilité au droit, mais elle est également de plus en plus **conurrencée par d'autres sources**. Elle s'est banalisée en raison du fort développement des sources constitutionnelles et internationales mais aussi du contrôle de constitutionnalité des lois. Si la loi demeure l'expression privilégiée de la volonté souveraine, c'est dans le cadre et le respect de normes supérieures et sous le contrôle du juge constitutionnel.

I. 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**. Ex : **les lois organiques** = lois qui complètent la **constitution**, la précisent, sont soumises à une procédure d'adoption particulière (contrôle automatique du CC). Elles ont une valeur supérieure aux lois ordinaires, se situent entre la Constitution et les lois ordinaires.



Certaines lois ont aussi un objet particulier. Ex : lois de programmation ; lois de finance ; lois de financement de la sécurité sociale. Mais leur valeur est identique à celle des autres lois. C'est une innovation importante de la Constitution de la Ve République, à savoir 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 qui sont prévues à l'art. 34 de la Constitution. En outre, dans certains domaines, la loi fixe les règles. Ex : droits civiques / garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (nationalité, Etat et capacité des personnes, détermination des crimes et délits et peines applicables...). Dans d'autres domaines, la loi ne fait que déterminer les droits fondamentaux. Le législateur doit s'en tenir à des principes généraux.

II. La procédure d'adoption de la loi

L'**initiative** des lois (ordinaires) appartient concurremment au **PM** et aux **membres du parlement**. Elle est toujours proposée par le PM lorsqu'elle émane de l'exécutif. On parle de **projet de loi** pour le PM, mais si le texte émane de parlementaires, on parle de **proposition de loi**. Les parlementaires ont également un pouvoir d'initiative des lois.

Pour les projets de loi, ils sont délibérés en conseil des ministres après avis du conseil d'Etat, qui porte sur leur conformité juridique. Ces projets de loi sont ensuite déposés sur le bureau de l'une des deux assemblées.

Tout projet ou proposition de loi doivent être examinés par les deux assemblées en vue de l'adoption d'un texte identique. En cas de désaccord (fréquent), si ce n'est pas adopté après deux lectures par chaque assemblée ou après une seule lecture dans le cas où le gouvernement a déclaré l'urgence sur

un texte, le PM  (cc) peut convoquer la réunion d'une commission mixte paritaire composée de députés et de sénateurs. Cette CMP tente d'élaborer un compromis sur les dispositions qui restent en discussion. Texte ensuite soumis au gouvernement pour approbation par les deux assemblées. Si pas adopté ou si la CMP ne parvient pas à l'adoption d'un texte commun, alors  peut, après une nouvelle lecture par les deux assemblées, demander à l'AN de statuer définitivement. **L'AN a le dernier mot**. En France, on a un régime parlementaire bicaméral et inégalitaire : prérogatives de l'AN sont plus importantes que celui du Sénat.

Il y a aussi le **fait majoritaire** : concordance entre la majorité parlementaire et le président de la République (≠ **cohabitations** de 1986 Mitterrand-Chirac, 1993-5 Mitterrand-Balladur, 2002 Chirac-Jospin).

Règlements = actes normateurs de portée générale et impersonnelle mais édictés par des autorités administratives.

Distinction entre ordonnances et règlements.

I. Les ordonnances

Art. 38 de la Constitution prévoit, en principe à titre exceptionnel, la possibilité d'une délégation du pouvoir législatif au gouvernement. Pour l'exécution de son programme, le gouvernement peut demander au gouvernement l'autorisation de prendre par ordonnance pendant une durée limitée et sur un objet défini des mesures qui relèvent normalement du domaine de la loi. Ces ordonnances sont prises en conseil des ministres, après avis du conseil d'Etat. Le gouvernement bénéficie d'une loi d'habilitation et ensuite peut prendre en conseil des ministres des ordonnances. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques si un projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui relèvent du domaine législatif. Elles font l'objet d'une loi de ratification qui donne alors valeur législative à l'ensemble de leurs dispositions. Avant l'adoption de cette loi, les ordonnances sont des actes mixtes qui contiennent à la fois des dispositions de nature législative mais aussi, le cas échéant, des dispositions de nature réglementaire.

De nos jours, le gouvernement utilise de plus en plus les ordonnances de l'art. 38 pour modifier rapidement des pans entiers de la législation. Ex : droit du travail, des contrats ou de la filiation. Les ordonnances permettent au gouvernement d'agir vite et efficacement. Inconvénient : raccourcit la discussion parlementaire, limite le poids de l'opposition, abolissent la distinction entre domaine législatif et réglementaire.

II. Les règlements au sens strict

Une des nouveautés de la Constitution de 1958 a été de fixer à la loi un domaine d'intervention. Le législateur n'est plus omnipotent. Domaine d'intervention qui, bien que large, est un domaine d'attribution. **Selon art 37 de la Constitution, tout ce qui n'est pas du domaine de la loi énuméré à l'art. 34 est du domaine du règlement.** Il a un domaine de principe (# domaine d'attribution). Catégorie ouverte. Si une loi intervient dans un domaine qui relève du règlement, ses dispositions peuvent être modifiées par décret. Si la loi en question est postérieure à 1958, le CC doit toutefois déclarer préalablement son caractère réglementaire. Au cours discussion parlementaire, le gouvernement peut s'opposer à l'adoption d'un art qui relève selon lui du domaine réglementaire.

On distingue les règlements en fonction de l'auteur de l'acte et par ordre de valeur décroissant. A savoir :

- les décrets du président de la République délibérés en conseil des ministres,
- les décrets simples du président
- décrets du PM
- arrêtés interministériels
- arrêtés ministériels
- arrêtés préfectoraux
- arrêtés municipaux

Il existe une grande variété d'autorités qui ont le pouvoir réglementaire. En principe, les ministres ne disposent pas de ce pouvoir, contrairement au président et au PM. Toutefois, ils peuvent être habilités sur délégation du législateur, du PM et disposent d'un pouvoir réglementaire interne, c'est-à-dire un pouvoir d'organisation de leurs services.

Place du règlement dans la hiérarchie des normes ? elle est subtile. Elle dépend du domaine dans lequel le règlement est intervenu. Tout d'abord, un règlement peut compléter et préciser une loi adoptée dans les domaines définis par l'art. 34 où la loi ne fait que déterminer les principes fondamentaux. Il s'agit alors d'un **règlement d'application de la loi**, dont la 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 les domaines qui ne relèvent pas de la loi. Règlement de l'art. 37. Ces règlements sont pris en dehors de toute habilitation législative. En apparence, on peut penser qu'ils se trouvent au même niveau que la loi. En principe, une loi ne peut pas les modifier. Toutefois, ces règlements, même autonomes, doivent être conformes à l'ensemble des lois en vigueur. Les lois ont bien une valeur supérieure aux lois, mêmes autonomes. Juridiquement, le terme « autonome » signifie que ces règlements peuvent intervenir en-dehors de toute habilitation du législateur, autonomie de création.

Par ailleurs, il arrive aussi que le gouvernement délègue son pouvoir réglementaire à des **autorités administratives indépendantes** (AAI). Ex : l'AMF (autorité des marchés financiers), le CNIL, le CSA, le défenseur des droits. Dans leurs domaines de compétence, ces autorités ont un pouvoir réglementaire délégué. Elles peuvent édicter des décisions qui s'imposent aux administrés et dispose aussi d'un pouvoir de sanction.

Constituée par les décisions des juridictions qui ont autorité sur des questions de droit données.

Elle forme un ensemble de principes juridiques dégagés par les juges. En France, en raison de la hiérarchie juridictionnelle, la jurisprudence émane principalement des juridictions suprêmes de chaque ordre : la conseil d'Etat, la cour de cassation et la cour constitutionnelle.

En France règne une certaine conception de la séparation des pouvoirs, qui minore le pouvoir des juges. Le pouvoir législatif est chargé d'édicter la loi alors que le pouvoir exécutif est chargé de l'appliquer sous le contrôle du pouvoir judiciaire qui est aussi une autorité d'exécution. Montesquieu avait théorisé la séparation des pouvoirs comme 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 est d'appliquer la loi, règle générale et abstraite, aux cas particuliers qui lui sont soumis. Les parlements de l'AR, qui avaient un rôle juridictionnel, ont souvent abusé de leur pouvoir pour empêcher certaines réformes voulues par la monarchie, les révolutionnaires se méfiaient des juges qui appartenaient à la noblesse de robe et qui avaient un pouvoir réactionnaire. Ont repris à leur compte les idées de Montesquieu qui bloquent le pouvoir / rôle des juges.

On retrouve cette méfiance dans le code civil de 1804, qui interdit les arrêts de règlement, c'est-à-dire les décisions par lesquelles les juges entendent poser une règle nouvelle générale applicable dans tous les litiges futurs. Autrement dit, les décisions par lesquelles le juge voudrait faire la loi. Art 5 code civil : « *il est défendu au juge de 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 les principes généraux applicables au-delà du litige qu'ils ont à trancher, on leur a aussi dénié tout pouvoir créateur.

De nos jours, il est admis qu'à certaines condition la jurisprudence est une source du droit.

I. Le pouvoir normateur des juges

La fonction de juger implique la création du droit. L'implication comme règle générale à un cas concret, précis, n'est jamais une opération méthodique. Elle nécessite non seulement d'apprécier les faits, de les sélectionner. Elle nécessite aussi d'interpréter les textes (la loi). 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 et de façon définitive. Tôt ou tard, les juges sont confrontés à des cas particuliers où ils peuvent hésiter sur la solution la plus conforme au droit applicable, d'autant que les parties ont des ?? différentes. Les difficultés d'application surgissent précisément à l'occasion de la confrontation d'intérêts divergents. Le juge doit trancher en faveur d'une interprétation. A cette occasion, cette interprétation vient compléter la règle de droit applicable.

Il arrive qu'un texte ne soit pas clair, voire qu'il soit lacunaire. Le juge ne peut pas refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, insuffisance de la loi. On peut alors parler de **vide juridique**. Pas de texte, qui de façon claire qui donne d'emblée une solution à tel cas. Aucune règle ne vient s'appliquer de façon évidente à un cas particulier. C'est pourquoi le droit comporte de nombreux principes généraux qui peuvent toujours être invoqués dans un litige. Les juges peuvent s'appliquer sur ces règles pour donner une réponse concrète dans un litige où les textes en vigueur ne livrent pas de solution de façon évidente.

La jurisprudence non seulement s'appuie sur ces règles gales, mais elle en énonce elle-même de nouvelles. Les juges du conseil d'Etat / cour cassation / CC rendent des décisions de principe qui contiennent un chapeau ou un considérant de principe. Ex : le conseil d'Etat a ainsi dégagé de nombreux principes généraux du droit. Le juge administratif constate l'existence de ?? et le respect

s'impose aux autorités administratives. Ces principes résultent d'une œuvre constructive de la jurisprudence, réalisée pour des motifs supérieurs d'équité, afin notamment d'assurer la sauvegarde des droits et libertés des citoyens.

!! si on parle de sources non écrites du droit, cette expression peut être trompeuse. La jurisprudence figure bien dans des documents écrits, mais les principes ou les règles qui se dégagent de ces textes n'ont pas été formulés ou écrits comme tels au préalable à la manière des lois ou des règlements. Les principes généraux du droit (PGD) sont dégagés par le juge administratif à partir de la masse des textes, passés ou en vigueur, mais aussi des conceptions politiques, éthiques dominantes dans notre système juridique.

Revirements de jurisprudence : arrêts qui ont rompu avec la jurisprudence antérieure. Or, si l'état du droit est différent et après un arrêt de ces juridictions, c'est bien la démonstration que cette décision de justice a été source de droit. La cour de cassation a même estimé, dans 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 ».

Décisions de justice sont des normes, même s'il y a un principe d'autorité relative de la chose jugée, c'est-à-dire que la chose jugée 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.

II. Les limites du pouvoir normateur des juges

Le pouvoir normateur des juges ne signifie pas pour autant qu'ils peuvent faire la loi. On peut se référer au philosophe du droit Ronald Dworkin (1931-2013), qui compare le travail des juges à celui d'un écrivain participant à un roman collectif. Chaque juge doit à son niveau rédiger un chapitre à la suite du précédent. Il doit tenir compte des intrigues et des personnages déjà installés. Une partie de la doctrine juridique e ?? que les juridictions supérieures devraient s'inspirer du modèle américain ou celui de la CEDH pour affirmer plus nettement leur pouvoir créateur.

§1 Les limites dans la création des règles jurisprudentielles

Officiellement, les juges ne sont que les interprètes de la loi. Ils n'ont pas toute liberté dans le contenu des règles qu'ils créent. En principe, ils ne peuvent pas faire une distinction là où la loi ne distingue pas elle-même. Si une loi pose une règle en termes généraux, il n'est pas permis de l'interpréter comme posant une distinction au sein de la catégorie générale. Quand un texte traite de la responsabilité du fait des choses, il n'est pas permis au juge de poser un régime différent selon le type de chose.

Il y a le principe et la pratique. Ces exigences n'empêchent pas les juges en pratique d'instaurer / créer des distinctions non prévues formellement par le législateur, en utilisant des subterfuges. Par exemple, ils peuvent poser des sous-distinctions qui s'insèrent dans la distinction principale. Ils peuvent aussi concilier une règle avec une autre règle de même valeur. Les juges ne se posent qu'une limite : ne posent pas eux-mêmes de seul / montant qui relève uniquement du pouvoir législatif. Plus généralement, les juges font comme si ils ne faisaient qu'interpréter la loi. Par ex, ils n'évoquent jamais, sauf cas rares, leur propre jurisprudence antérieure, comme si elle n'était pas source du droit. Mais c'est une fiction. Elle est d'ailleurs positive car elle oblige les juges à motiver leur décision par un raisonnement susceptible d'être contrôlé.

§2 Les limites tenant aux compétences du juge

Le CC veille à ce que le législateur ne se décharge pas de sa propre compétence sur les juridictions en adoptant des dispositions volontairement trop vagues / imprécises. Dans décision du 21 avril 2005, le

CC a déclaré non conforme à la constitution les dispositions de portée normative incertaine. Le CC a affirmé un principe de clarté de la loi ainsi qu'un objectif de valeurs constitutionnelles d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi qui imposent au législateur d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques afin de protéger les sujets de droit contre une interprétation inconstitutionnelle ou contre le risque d'arbitraire. Le législateur ne peut ainsi reporter sur les autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la constitution qu'au seul législateur (à la loi). Dans le cas inverse : **cas d'incompétence négative**.

De plus, si le juge dispose toujours d'une marge d'interprétation, c'est sous le contrôle du législateur, voire du gouvernement. Si ces derniers désapprouvent une jurisprudence, ils peuvent faire voter une loi qui modifie la jurisprudence. Pas d'effet rétroactif pour la loi cependant.

§3 Les limites de l'application de la jurisprudence dans le temps

La loi peut définir son champ d'application dans le temps. La jurisprudence quant à elle est par nature rétroactive. Officiellement, le juge ne fait qu'interpréter la loi. Son interprétation est donc censée être déjà contenue dans la loi. Elle s'applique donc sans pb à des faits antérieurs à la décision du juge. Si la jurisprudence est constante, cette rétroactivité ne pose pas de pb de sécurité juridique. Les justiciables connaissent la règle de droit applicable. En revanche, quand le juge procède à un revirement de jurisprudence et qu'il met immédiatement en œuvre la nouvelle règle, les justiciables ne pouvaient s'y attendre. 2 techniques peuvent être mobilisées pour neutraliser cet inconvénient :

- Les juges peuvent annoncer la règle nouvelle tout en trouvant une raison pour ne pas l'appliquer à l'espèce. Ex : en estimant qu'une des conditions n'est pas remplie en l'espèce, comme ça le requérant n'est pas lésé.
- Les juges (administratifs) se sont reconnu le pouvoir de moduler dans le temps leurs propres décisions. Ils y procèdent notamment en cas de revirement de jurisprudence qui s'applique pour l'avenir à une date ultérieure. Le conseil d'Etat (puis la cour de cassation) procèdent ainsi au motif explicite que l'application immédiate d'une nouvelle règle dans une instance en cours conduirait à priver les justiciables du droit à un procès équitable au sens de l'art 6 §1 de la CEDH.

Il n'en demeure pas moins que notre époque se caractérise par une montée en puissance du rôle des juges qui assument au quotidien le fonctionnement concret de notre système juridique. Ce phénomène a plusieurs explications. Tout d'abord, le mythe légicentriste (primauté de la loi) est de moins en moins partagé. La loi s'est banalisée en raison du développement de normes supérieures constitutionnelles / conventionnelles auxquelles les juges recourent de plus en plus. De même le contrôle de constitutionnalité (a priori et a posteriori) de la loi s'est développé, et conduit à censurer la loi auquel s'ajoute le contrôle de conventionnalité de la loi par les juges ordinaires qui peut conduire à écarter l'application de la loi. A cela s'ajoute la juridicisation de la société, avec recours plus systématique au droit et à une explosion des contentieux. Mais si tout cela est vrai, il y a une autre raison plus profonde qui tient à l'acte même de juger. En vérité, les textes de droit ne contiennent pas la norme qui détermine la solution des cas à traiter. Appliquer une norme quelle qu'elle soit, c'est aussi construire, produire la norme et pas seulement l'appliquer mécaniquement de façon automatique et neutre. Si le texte à appliquer n'est pas rien, il n'est pas tout. Entre le texte et la décision concrète du juge, il y a une opération productive du droit. Le juge saisi d'un litige doit en effet sélectionner et apprécier les faits de ce litige. Il doit aussi rechercher les textes applicables et déterminer leur signification. Il doit aussi confronter les faits et les textes. En outre, les juges prennent aussi en compte le contexte du litige, ainsi que les conséquences possibles de sa décision. Enfin, le juge doit aussi justifier sa décision juridiquement et matériellement (éléments de droit et de fait). Ce sont là autant

d'étapes qui forment à la fois pour le juge un **travail sur les textes** et un **travail de production de textes**. A cet égard, le but en réalité est moins de connaître les conditions de vérité des énoncés juridiques que d'avoir une réflexion sur l'agir juridique.

!! pas question de penser que le droit n'est qu'une mystification / habillage du pouvoir. Il s'agit avant tout de domestiquer le pouvoir et la violence sociale toujours présente dans nos sociétés. C'est le rôle des juges qui agissent aussi en pacificateurs des conflits.

Chapitre 6 : les usages

Pratiques, façons de faire habituelles qui ont acquis une portée normative. Formation du droit peut être spontanée et non voulue par une autorité.

Section 1 : les différents types d'usages.

Usages d'abord géographiques, liés à un territoire donné. Ex : art 663 du code civil : on doit tenir compte des usages locaux constants et reconnus pour déterminer la hauteur des clôtures entre propriétés voisines.

Il y a aussi des usages professionnels. Ex : le code de 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 aussi propres à des professionnels du droit (notaires, avocats...). On parle alors plutôt de pratiques.

L'usage prend le nom de coutume quand il a un degré de généralité plus élevé et qu'il s'applique historiquement à tout un territoire.

Section 2 : la valeur juridique des usages.

Ils tiennent parfois leur valeur juridique d'une délégation de la loi. Pour régler une question, le législateur renvoie aux usages. Parfois, délégation est implicite. Pour apprécier des notions-cadre ou des standards d'interprétation, on recourt aux usages en la matière. Ex : délai raisonnable, notion de bonnes mœurs...

On dit classiquement qu'un usage ou une coutume acquièrent force juridique quand la pratique considérée comme constante (élément matériel de la coutume) et que les indivis estiment que cette pratique est obligatoire (élément psychologique de la coutume).

Chapitre 7 : la doctrine

Ce terme 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) et la doctrine organique, c'est-à-dire celle qui émane des membres des juridictions (conseil d'Etat, peuvent écrire des articles / ouvrages...), ou un auteur isolé et reconnu.

Historiquement, en droit romain, la doctrine était formellement une source de droit par délégation de l'empereur. Ce n'est plus le cas aujourd'hui. La doctrine est devenue une source d'inspiration pour les différentes autorités juridiques. Une opinion juridique vaut surtout par l'autorité et la pertinence des arguments de son auteur. Le rôle de la doctrine en droit est très important. Tout d'abord, la doctrine permet de porter à la connaissance des citoyens, des justiciables et des autres juristes des éléments du droit applicable 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. Elle a un rôle de critique des textes et une force de proposition.

La doctrine contribue à la systématisation du droit : construit et reconstruit en permanence les concepts, les catégories du droit pour intégrer les règles nouvelles mais aussi pour parfaire la cohérence et la complétude du système juridique, qui apparait comme garantie d'un droit juste / rationnel.

La doctrine n'est jamais neutre. Certains considèrent que la démarche de la doctrine peut être scientifique en étant suffisamment neutre et objective. Sans doute. Cependant, tout commentaire d'une loi ou d'une jurisprudence, toute analyse d'un régime juridique, même quand il n'y a pas de jugement de valeur, est au minimum une forme de légitimation de ces textes. Dans certains débats de société récents, ex : 2013 mariage homosexuel, IVG légalisé... toute solution exprime un choix en valeur ou un choix politique même minime. Donc il y a une décision d'ordre axiologique ou politique.

CONCLUSION

Professeure 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. »