



# Les Fiches de la Corpo

# Les Fiches de la Corpo

Chers étudiants, ça y est, le semestre touche à sa fin. Mais pour bien profiter de l'été et éviter les rattrapages, la case des partiels semble inévitable !

Depuis maintenant 85 ans la Corpo Assas accompagne les étudiants dans tous les domaines de la vie universitaire, et vous propose notamment des Fiches de cours. Ces condensés de cours guideront, encadreront et rythmeront vos révisions des partiels. Ils ne sauraient évidemment se substituer aux exigences universitaires de recherche personnelle.

Effectivement, ces fiches sont là pour vous orienter, elles sont faites par des étudiants et ne remplacent pas une présence assidue en cours et en TD ainsi que l'apprentissage régulier et approfondi des différentes matières.

Si jamais il vous venait des questions, n'hésitez pas à nous envoyer un message sur la page Facebook Corpo Assas ou à Alice Faracci, Manfred Coudert, Titouan Tardy et Iris De Laporte.

➤ **Comment valider votre année ?** Pour les L1 :

Il faut tout d'abord rappeler que toutes vos notes se compensent. Pour valider de la manière la plus simple votre année, il vous faut valider vos blocs de matières fondamentales mais aussi vos blocs de matières complémentaires. Cependant, le calcul peut s'avérer plus complexe...

Chaque fin de semestre est marquée par des examens qui constituent l'épine dorsale de la validation de votre année. Bon nombre d'autres possibilités vous sont proposées pour engranger un maximum de points et limiter ainsi l'impact de vos partiels. Chacun de vos chargés de TD va vous attribuer une note sur 20 à l'issue du semestre. Vos TD de matières fondamentales comptent donc autant que l'examen écrit, lui aussi noté sur 20. Cet examen s'effectue en 3h et nécessite un exercice de rédaction. Sur un semestre, une matière fondamentale peut donc vous rapporter jusqu'à 40 points. Seuls 20 points sont nécessaires à la validation de la matière. Pour valider votre bloc de fondamentales, il vous faut donc obtenir 40 points en additionnant vos notes de TD et vos notes aux partiels. Si toutefois vous n'obtenez pas ces 40 points, vous repasserez en septembre,

lors de la session de rattrapage, la ou les matières que vous n'auriez pas validée(s).

**Attention** : le passage par septembre annule votre note de TD obtenue dans la matière. Pour les L2 :

Le principe est similaire, à la différence qu'il y a plus de matières fondamentales et plus de matières complémentaires.

Conclusion simple : travailler toutes les matières un minimum en mettant l'accent sur les TD et les matières fondamentales (les plus gros coefficients) vous permettra de maximiser vos chances de valider votre année du premier coup et ainsi éviter l'écueil des rattrapages de septembre.

➤ Système de compensation et session de septembre

Si, au sein même des unités d'enseignement, les matières se compensent, les blocs peuvent aussi se

compenser entre eux à la fin de l'année. Ainsi, si vous obtenez une moyenne générale sur l'année de 10/20, votre passage est assuré.

En cas d'échec lors des sessions de janvier et de juin, une seconde chance vous est offerte en septembre.

**Attention**, contrairement aux idées reçues, les rattrapages ne sont pas plus faciles, ils sont connus pour être notés plus sévèrement. Toutes les matières des blocs non validés où vous n'avez pas eu la moyenne sont à repasser. S'il s'agit d'une matière à TD, la note de TD est annulée (même si vous avez été défaillant), de sorte que la note obtenue en septembre compte double (8/20 revient à 16/40). Les points d'avance acquis lors de l'année (points au-dessus de la moyenne lors de la validation d'un bloc) sont valables après les rattrapages et permettent donc la compensation finale comme décrite précédemment.

A noter que le jury peut vous accorder quelques points pour l'obtention de votre année, notamment dans le cas d'un étudiant sérieux en TD... A bon entendeur !

Pour les L1, le passage en deuxième année peut aussi se faire en conditionnel, pour cela il vous faut valider les deux unités d'enseignement fondamental et une unité d'enseignement complémentaire tout en sachant que l'autre unité complémentaire sera à repasser en L2.

## **AVERTISSEMENT**

Il est important de rappeler que les Professeurs et Maitres de conférence ne sauraient être tenus responsables d'une erreur ou d'une omission au sein des fiches de cours proposées, puisque ces dernières sont comme dit précédemment, réalisées, relues et mises en page par des étudiants appartenant à la Corpo Paris II.

Le Professeur dont le cours est l'objet n'en est pas l'auteur donc même s'il autorise sa diffusion, il ne cautionne en aucun cas son contenu. En conséquence de quoi, la Corpo Paris II ne certifie en aucun cas la concordance des fiches avec le cours d'amphithéâtre.

Seul le cours dispensé à l'oral en amphithéâtre est utilisé comme référence pour les examens, sauf précision donnée expressément par le Professeur. Il donc est impératif de ne manquer aucun cours magistral afin d'obtenir les meilleures notes possibles aux examens. Les fiches présentées ici ne sont qu'une aide et ne correspondent en aucun cas au cours complet.

## **REMERCIEMENTS**

La Corpo Paris II souhaiterait remercier sincèrement l'intégralité des professeurs ayant permis et autorisé la diffusion de ces fiches de cours et d'avoir ainsi offert aux étudiants une aide précieuse à la réussite de leur examens.



# INTRODUCTION A L'ÉTUDE DU DROIT ET DU DROIT

## CIVIL

<b>Titre 1: Identification par la théorie du droit</b>	<b>4</b>
Chapitre 1: La définition du droit	4
● Section 1: Définition positive, le droit en soi	4
A. Un ensemble de règles de conduite en société	4
B. Un ensemble de prescriptions générales	6
C. Sanctionner par une autorité publique	6
● Les doutes de l'approche moderne	8
A. Des doutes sur la sanction	8
B. Les doutes sur l'appréhension de droit comme un ensemble de règles	10
● Section 2: Une définition négative: le droit par opposition à des figures voisines	11
A. Règle de droit et règle morale	11
B. Droit et religion	13
C. Droit et usages sociaux	14
A. Droit et justice	15
B. Droit et équité	17
Chapitre 2: Fondement du droit	18
● Section 1: Le positivisme	18
A. Le positivisme normativiste	19
B. Le positivisme sociologique	19
● Section 2: L'école du droit naturel	20
A. Le droit naturel classique	20
B. Le droit naturel moderne	21
● Section 3: Éléments de réflexion	21
A. La définition du droit	21
B. L'obéissance ou désobéissance civile	21
C. Le rôle du juriste	21
A. Les critiques du jusnaturalisme	22
B. La critique du positivisme	22
A. Critique des critiques	22
B. Les divergences irréductibles	22
Chapitre 3: La cartographie du droit interne	23
● Opposition entre le droit interne et le droit international	23
● Summa divisio (division suprême)	23
A. Droit public	23
B. Droit privé	23
Section 1: Cartographie du droit public	23
Section 2: Cartographie du droit privé	24
Section 3: Le droit pénal ou le droit mixte	24



A. Règles de droit ayant pour objet de punir les infractions pénales	24
<b>Titre II — Identification par l’histoire et la géographie (relativité du droit)</b>	<b>25</b>
Chapitre I — Identification par l’histoire du droit	25
• Section 1 — L’« invention du droit en Occident » : le caractère fondateur du droit romain	25
• Section 2 — L’évolution (à grands traits) du droit en France	26
§. 1 — Avant le Code civil	26
§. 2 — Après le Code civil	27
Chapitre II — Identification par la géographie des droits	31
• Section 1 — Le droit, un phénomène culturel	31
• Section 2 — Les familles de droit dans le monde, le droit comparé	31
<b>Titre III — Identification par les sources du droit</b>	<b>32</b>
• Section préliminaire : sources matérielles et sources formelles du droit	32
§ 1 — Définitions	32
§ 2 — Politique juridique et technique juridique	32
§ 3 — Importance des sciences auxiliaires du droit	33
<b>Sous-titre I — Les sources internes</b>	<b>33</b>
Chapitre I — Les sources écrites (la loi lato sensu)	33
• Section 1 — La Constitution	34
§ 1 — Le contenu de la Constitution	34
§ 2 — Le rôle de la Constitution	34
• Section 2 — La loi (stricto sensu)	35
§ 1 — La place de la loi	35
§ 2 — L’élaboration de la loi	37
§ 3 — Entrée en vigueur et fin de la loi	38
• Section 3 — Le règlement	38
Chapitre 2 : les sources non écrites	39
• Section 1 : la coutume	40
Paragraphe 1 : La notion de coutume	40
Paragraphe 2 : La place de la coutume	40
• Section 2 : la jurisprudence	41
Paragraphe 1 : La nature de la jurisprudence	41
Paragraphe 2. La place de la jurisprudence	43
Paragraphe 3. Les caractères du droit prétorien	44
• Section 3 : la doctrine	45
<b>Sous-titre 2 : les sources internationales</b>	<b>46</b>
Chapitre 1 : les sources internationales en générales	47
Chapitre 2 : Les droits européens en particulier	47
• Section 1 : Le droit de la convention européenne des droits de l’Homme	47
• Section 2 : Ordre juridique de l’Europe de Bruxelles	48
Chapitre préliminaire : application et interprétation du droit	49
• Section 1 : L’application	50
• Section 2 : L’interprétation	51



Paragraphe 1 : la nécessité d'interprétation	51
Paragraphe 2 : les méthodes d'interprétation	51
<b>Titre 1 : L'application spontanée du droit : la pratique sociale du droit</b>	<b>52</b>
Chapitre 1 : L'application de la règle dans l'espace et dans le temps	52
• Section 1 : l'application de la règle dans l'espace	52
Paragraphe 1 : conflits entre règles internes	52
• Section 2 : les conflits de la loi dans le temps	58
Paragraphe 1 : Les conflits des lois (règles écrites) dans le temps A. Cartographie des situations conflictuelles	58
Paragraphe 2 : Les conflits de règles prétoriennes dans le temps	60
Chapitre 2 : les contraintes et les bienfaits de la règle	60
• Section 1 : les contraintes de la règle : le respect des prescriptions	61
• Section 2 : les bienfaits de la règle : les droits subjectifs	61
Paragraphe 1 : notion et débats autour du droit subjectif	61
Paragraphe 2 : classification des droits subjectifs	61
<b>Titre 2 : l'application contentieuse du droit</b>	<b>62</b>
Chapitre 1 : institutions judiciaires	62



Introduction:

Le droit civil, étymologiquement renvoi au droit des citoyens, donc aux personnes physique. Il traite de la relation entre citoyens, entre deux personnes privées. Le droit civil à pour objet de régler les difficultés suscitées entre deux personnes physiques. La première construction intellectuelles des grandes règles a été faite relative aux conflits interindividuels (du moins en occident). On a ordonné et créé les règles d'abord pour des problèmes entre des personnes. L'intellectualisation est d'abord venu des conflits interindividuels. Ceux qui l'on théorisé se sont d'abord les Romains. Nous sommes les héritiers du droit romain (IIe siècle av. J.C.). Ce qui a imprimé une marque définitive sur notre droit. Les modèles de méthodes et de vocabulaires se sont développer au sein du droit civil. C'est la raison pour laquelle l'introduction au droit se fait parallèlement au droit civil.

Introduction: Intro Ducere: Intro (dedans, projection vers l'intérieur), Ducere (conduire), donc conduire vers l'intérieur, dans le droit.

Les deux significations du mot droit:

1. Droit objectif: La matière, la discipline du droit. Le droit est l'ensemble des règles qui vont gouverner/régir la vie en société. Regroupement de règle qui se saisit dans toutes les dimensions de ma vie sociale.
2. Droit subjectif: Désigne une prérogative individuelle reconnue à une personne. Pouvoir à votre disposition de faire quelque chose. La prérogative du sujet, de l'individu. Prérogative reconnue par l'ordre juridique, donc reconnue par le droit objectif. Tous les droits subjectifs puisent leurs origines dans les règles de droit objectif.

Convention: mettre D majuscule au droit objectif et d minuscule au droit subjectif.

« Si le Droit (objectif) nous permet de faire quelque chose, nous avons le droit subjectif de le faire » - (Carbonnier)

Vision alternative: la hiérarchie pourrait être inversée. On pourrait dire que le point de départ sont certains droits subjectifs (1789). Dans la perspective du juste naturaliste, on a plutôt tendance à dire que l'Homme naît naturellement (indépendamment de toute structuration institutionnelle) nu avec des droits inaliénables. Dans cette perspective, le droit subjectif est premier dans la hiérarchie.

## Livre 1: Identifier le droit

Éric Emmanuel Schmitt: « Les questions les plus intéressantes restent des questions, elles enveloppent un mystère, à chaque réponse on doit joindre un peut-être, il y a que les questions sans intérêt qui ont une réponse définitive ».

Rabelais - « science sans conscience n'est qu'une ruine de l'âme »

Ressources servant l'enquête de ce qu'est le droit: Théorie du droit, histoire et géographie, phénomènes de naissance de règles du droit





# Titre 1: Identification par la théorie du droit

## Chapitre 1: La définition du droit

Départ étymologique: Droit provenant du la Latin Directum (ce qui est juste). Le mot Directum vient de l'adjectif Directus (désigne matériellement une chose sans courbure). De Directus émerge l'image de la règle, de la conformité à un modèle et donc simultanément d'un modèle préexistant. Le droit serait donc un modèle abstrait de comportement: un modèle de représentation, il n'existe pas concrètement mais plutôt idéalement. Définition d'essai qui en découle: « le droit est un ensemble de règles de conduite en société dont le respect est imposé par une autorité publique »

### ● Section 1: Définition positive, le droit en soi

*§1 Les éléments constructif du droit dans l'approche classique*

#### A. Un ensemble de règles de conduite en société

Règles à vocation sociales: dont le but va être quelque chose pour le corps social (pour organiser la société)

##### 1. Une règle de conduite

Modèle de comportement, modèle de conduite abstrait. But: indiquer un modèle à suivre, d'imposer la conformité à un modèle de comportement en société posé a priori. Le droit consiste à décrire idéalement un règle (c'est à dire un modèle de comportement) projeté dans le future et donc pas, a contrario, un comportement présent. Le droit ce n'est pas dire ce qui est est ou a été mais plutôt ce qui doit être. Opposition du Sein (être) et Sollen (devoir être), le droit relève que du Sollen. Cette distinction nous amène à considéré le domaine de compétence du droit. Le droit est en rupture avec les sciences dures (sciences d'observation fatale: qui relève de la nature, du Sein). En droit, nous sommes dans l'ordre de la décision plutôt que celui du constat. De cette distinction découle la distinction entre le monde concret et le monde du droit (celui décrit dans les codes, qui est un monde d'abstraction), la distinction entre l'ordre matériel et l'ordre juridique. Le but étant que le monde réel colle le plus possible au monde idéal. La règle est un modèle abstraitement définit et conçu comme une prescription. Le droit ne décrit pas ce qui est, il ordonne ce qui doit être.

##### 2. Une règle de conduite sociale

La dimension sociale du droit fait partie de sa définition. Le droit serait une règle du jeux social. Le droit émerge d'un besoin pratique. L'être humain vit en société et la collaboration entre nous tous est source de frictions et appel à l'organisation. Le droit c'est forcément régir un groupe humain

À un moment, lorsqu'en présence d'une interaction humaine deux choses émergent:

(1) une direction projetée des comportement (les règles),

(2) une instance de gestion des conflits (le juge) qui sera en charge d'appliqué la direction projetée.

On pose des règles de droit pour organiser la vie en société, pour éviter le désordre, pour éviter l'anarchie. La loi existe pour contrer l'état de nature.



A) Règles de conduite entendues comme une ensemble de prescription générales impersonnelles: règles de conduite qui ont pour visée d'organiser une vie en groupe. Certaines théories émettent l'idée que en dessous de 150 individus une organisation formelle ne serait pas requise. Par forcément vrai car même dans de petits groupes, certaines règles se forment pour dirigé la vie en communauté (donc une certaine forme de droit). Le droit: comme organisation institutionnelle est forcément observée lorsqu'un groupe comporte plus de 150 individus. Par conséquent, le regroupement va spontanément faire apparaître le droit, pour le structurer et l'organiser.

Première observation: on arrive à bien observer la régler de droit par sa finalité: visé organisationnelle (par son but), donc la meilleur définition est une définition téléologique (Aristote) du droit.

Deuxième observation: organisation du groupe social: de façon modeste: a minima assurer un ordre minimum (en négatif: d'éviter l'anarchie, l'état de nature primaire) donc de permettre une cohabitation paisible (sans agressions physiques). On peut aussi envisager une vision un peu plus grande (ex. Code du travail, code...) : harmonie des rapports sociaux qui permettrait aux individus de bien se comporter les uns vis à vis les autres (de façon juste). On glisse vers une conception de la vie sociale qui vise des rapports juste, donc en définitive les règles de droits seraient des normes mise en place dans la poursuite du bien commun. Ce faisant, on arrive à un point de réflexion: ceux qui créer les normes vont donc voir donner les commandements généraux au nom de l'atteinte d'un bien commun et donc on ferait difficilement l'économie d'une réflexion sur ce qui est juste, sur les valeurs à mettre de l'avant. Le corps social a une grande ambition pour tendre vers le juste, vers le bon. Une autre question émerge: est-ce qu'une norme morale devient trop contraignante et liberticide?

Deux aspirations principales:

1. L'ordre
2. La justice: justice social au sens le plus large possible (justice pour tous, conception ensemble du bien commun)

Complexité philosophique de l'accord sur des idéaux (bon et juste). Complexité concrète: contraindre les gens à suivre le comportement idéal (problème de l'administration pratique). Exemple d'un dispositif crucial qui est révélateur des limites des ambitions du droit: la règle de la prescription: l'écoulement du temps vient annuler le droit premier (le droit a donc privilégier l'ordre face à la justice. Lorsque l'état de fait est trop établi, on a plus à perdre en perturbant l'ordre pour rétablir la justice, donc on opte pour le statut quo. Formule de Goethe «Ma nature est ainsi faite que je préfère une injustice à un désordre ».

## **B. Un ensemble de prescriptions générales**

Les règles de conduite sont des règles générales et impersonnelles. On oppose généralement à individuel: cela concerne un groupe d'individus dans l'abstrait (en opposition à un individu concret).

Il n'est pas tout à fait exact de dire qu'elles concernent tout le monde: elles sont ciblées sur des groupes de personnes souvent distingués selon leur nature (ex. Sociétés par actions, les consommateurs, le locataire).

Il y a néanmoins certains cas dans lesquels un groupe peut être composé d'un seul individu mais ça reste une personne abstraitement déterminée.



Il ne doit donc pas s'agir d'un commandement nominatif. Impersonnel, c'est à dire, il s'agit d'un commandement non-nominatif, non-individualisé. En ce sens elle vise abstraitement un groupe d'individus et par là on voit très bien que la règle de droit s'oppose à la décision.

La décision individuelle est un commandement visant un individu nommé, identifié personnellement et donc la décision puise tous ses effets par le seul ordre qu'elle applique à la personne visée.

Exemple: décision M. Dupont est autorisé par la mairie de Paris à construire une immeuble de 30 mètre sur la parcelle 43 ou M. Durand est nommé ambassadeur de France en Espagne ou encore les jugements, les décisions de justice rendus par un juge, un juge ne peut que dire M. Dupont versera 10000 euro à un tel.

La règle générale et impersonnelle est construite sur un mode hypothétique, les règles de droit consistent en des formules hypothétiques. Ce sont des commandements, conçus dans l'abstrait pour pré identifier toute une série de cas concrets à venir, appelés à se répéter dans l'avenir (la formule hypothétique est bâtie sur la structure logique du «si..., alors...» donc le syllogisme).

La règle de droit s'identifie par sa nature syllogistique. En philosophie générale, on donne l'exemple de Socrate: tous les hommes sont mortels (majeur), Socrate est un homme (mineur: cas concret) donc Socrate est mortel (conclusion: application de la prescription au cas concret). Reprise de la forme du si..., alors: si un bien à été vendu, alors il doit être rendu au domicile de l'acheteur.

## **C. Sanctionner par une autorité publique**

On utilise le mot sanction dans le sens de méthode contrainte et pas forcément une punition. Le mot sanction à toutes mesures de contraintes, la sanction doit être conçue comme le respect forcé de la règle assurée par une autorité publique.

### **1. Une sanction**

La sanction doit se comprendre comme toute mesures contraignantes au respect de la règle.

→ Toutes mesures de contraintes extérieures pour imposer le comportement prescrit, pour le corriger et parfois pour le punir.

En effet, il existe tout un éventail de mesures: les contraintes physiques (ex. saisi d'un bien), les privations de droit (retirer les droits subjectifs ex. Retirer une créance: la nullité d'un contrat), l'attribution d'un droit (attribution d'un droit à une somme d'argent) et les punitions (où le but n'est pas de rétablir la légalité, le but est de châtier), c'est donc l'imposition d'une douleur (liberté ou patrimoine: la prison ou les amendes).

Toutes ces mesures de contraintes vont être la marque caractéristique de la règle de droit, c'est plutôt la susceptibilité à ou la perspective d'une possible sanction. Toutes les règles de droit, au quotidien, ne sont pas forcément mises en force dans leur exécution (pas nécessairement une mise en œuvre effective). Elles sont bien souvent appliquées spontanément (la voiture s'arrête d'elle-même au feu rouge). A contrario, une règle de conduite (ordre, prescription), qui n'est pas susceptible de sanction, on a tendance à considérer que ce n'est pas une règle de droit. En absence de sanction, nous ne serions pas en présence d'une règle de droit selon l'approche classique « une règle de droit sans sanction c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas » (Herring).



Ce qui caractérise la règle de droit est que son respect peut être imposé par une autorité publique. On a donc tendance à identifier la règle de droit par sa sanction, elle parvient à organiser le corps social et y parvient puisqu'elle a les moyens. Seule la sanction permet d'atteindre le but organisationnel qui définit la règle de droit (elle a besoin de la force contraignante pour que les comportements correspondent à l'idéal établi).

« Le droit à cet attribut qu'est l'épée » (Carbonnier)

## 2. Une sanction par une autorité publique

Certaines règles ont des sanctions mais ne sont pas des règles de droit (ex. Règles morales - remords, tourments - ou règles religieuses - excommunication, culpabilité vis à vis dieu). Il faut pour identifier la règle de droit, identifier l'autorité qui la sanctionne. La sanction par le groupe social, consistant à ordonner le respect de la règle, est ce qui permet d'identifier la règle de droit. Le groupe social étant ici considéré comme un groupe de personnes organisé et reconnu par ses membres comme étant détenteur de l'autorité légitime. C'est parce qu'il est détenteur de l'autorité légitime, que ce dernier détient le monopole de la contrainte physique. Max Weber: groupement politique qui revendique avec succès le monopole de la contrainte physique légitime. La définition de Max Weber ne vaut que pour l'État et en effet la plupart des règles qui nous gouvernent sont produites par l'État. Cependant aujourd'hui le consensus est que le droit n'est pas uniquement national (ex. Droit non nationaux: supra-nationaux: règlements européens et même règles universelles). Les autorités publiques donc il est question regroupe toute autorité d'un groupe social ne reconnaissant ainsi et en déléguant ce pouvoir normatif.

Exemple de l'ordre mafieux: organisation avec une très grande similarité à l'organisation étatique (décalque parfait de l'organisation juridique étatique) produisant des règles générales et impersonnelles imposées par une autorité publique. Donc à la définition on pourrait rajouter le critère de légitimité, la question alors devient celle de la définition de la légitimité (possiblement un groupe dont la volonté organisatrice est portée par le bien commun et la justice et donc on retombe sur la question de la finalité du droit et donc du débat entre droit positif et droit naturel).

Formule de Saint Augustin « enlève le droit et alors qu'est-ce qui distingue l'État d'une bande de brigands ». Il faut donc forcément vérifier que le droit a en vue le bien commun. Autre exemple: Cicéron.

Dans les critiques modernes faites sur la définition moderne: le droit ne se limite pas à des règles de conduite et ne se limite pas aux règles sanctionnées par une autorité publique.

### ● Les doutes de l'approche moderne

Certains éléments de la définition classique sont affinés par l'approche moderne, qui a surtout comme objectif d'élargir la définition classique en ouvrant les critères de la juridicité. Cette approche va appuyer sur la sanction et de l'approche déontique du droit

#### A. Des doutes sur la sanction



Certains auteurs disent en substance que ce qui permet de reconnaître une règle de droit ce n'est pas cet attribut qu'est la sanction. Justement parce que la sanction n'est qu'un attribut, donc une caractéristique non-essentiel. On pourrait donc imaginer des règles de droit qui n'ont pas de sanctions imposées par une autorité publique. La pensée résumée : Ce n'est pas parce qu'une règle est sanctionnée par une autorité publique, qu'elle est une règle de droit; c'est parce qu'elle est une règle de droit, qu'elle est ou doit être sanctionnée par une autorité publique. La sanction ne participe donc pas de la nature de la règle de droit, elle est seulement un effet possible de celle-ci. Ce qui identifie la règle de droit c'est sa substance, donc celle qui ont une nature proprement juridique. En effet, il est difficile de nier qu'il existe des règles unanimement reconnues comme des règles de droit qui n'ont pas de sanctions.

Exemples:

(1) l'existence des règles de droit supplétive en opposition aux règles impératives (pas bon). Règles impératives (ex. Santé et alimentation d'un enfant, salaire minimum): règles générales et impersonnelles auxquelles il est impossible pour les individus de déroger. Ces règles s'opposent aux règles supplétives (supplétives de volontés), ce sont des règles de droit qui ont pour particularité de pouvoir être écartées par la volonté individuelle (les individus sont libres d'éviter leur application, par choix ils peuvent y échapper). Ce sont dans l'écrasante majorité des cas, des règles qu'il est possible d'écarter par contrat (ex. Une règle dit que la chose vendue doit être délivrée à l'endroit où la chose se trouvait au moment de l'échange de consentement, cependant cette règle est une règle supplétive de volonté donc les parties sont libres d'écarter la règle s'il le souhaite). Il existe une exception dans le cas des succession où certaines lois viennent établir la répartition de la succession, cependant dans une certaine mesure (que pour une portion), ces règles sont supplétives en ce sens que le decujus peut écartier les règles imposées par le juge. L'analyse n'est pas exacte dans le sens que la règle supplétive est établie hypothétiquement. Dans les conditions, en ce qui concerne les règles supplétives, existe toujours un « si les parties en ont pas voulu autrement », la volonté des individus est donc un pré-requis de son application.

(2) Règles internationales publiques. Il y a des ensembles de normes qu'un très large consensus d'auteurs reconnaît comme étant indéniablement des règles de droit et dont il est certain qu'elles ne sont pas assorties d'une sanction par une autorité. Le droit international public se sont les règles internationales entre nations (les règles du jeu entre États), qui viennent discipliner la rapport des États qui viennent composé le monde. Beaucoup des règles viennent de traités internationaux et une part de ces règles vient d'un consensus international (savoir vivre international). La plupart de ces règles sont non codifiées (mais tout autant valide). Les rapports internationaux seraient gouvernés par des coutumes internationales (ex. Pacta sunt servanta: on ne viole pas un accord qu'on a donné ou le respect de l'intégrité territoriale d'un État). Ces règles ne sont cependant pas sanctionnées par une autorité publique légitime. Pour l'instant l'appareil de sanction est si faible qu'il est difficile de dire qu'il existe (ex. Invasion russe de l'Ukraine).

(3) La constitution: Si le président de la république décide de ne pas promulguer les lois (ex. 1986 élections législatives), mais il n'existe aucune sanction prévue en cas de refus.

La nature même de la règle: la règle possède un contenu juridique. Il existerait donc une essence du droit, des règles de comportement qui relèveraient du droit par nature: toute prescription visant à organiser la société de façon juste (bien organiser la société), qui vise à la mise en place et à la défense du bien commun. On retombe donc encore une fois sur la question de la finalité du droit. Une sorte de



prescription qui pousse vers l'amélioration de la société et de l'individu. On bascule donc dans l'école du droit naturel où on se heurte à la règle morale qui peut être très difficile à distinguer de la morale (morale sociale plutôt qu'individuelle). Le fait de retirer la sanction empêcherait de distinguer la règle de droit de la morale ou la politesse.

Carbonnier: Une même règle de comportement peut aussi bien être une règle de droit, qu'une règle morale, qu'une règle morale, qu'une règle de bonne moeurs (ex. l'interdiction de fumer). Il existe même des règles qui changent de nature (ex. Règle de céder sa place à une personne âgée ou femme enceinte dans un bus), et passent d'une règle de savoir vivre/politesse à une loi. Donc par nature rien ne permet de distinguer une de ces règles d'une règle de droit sauf la sanction. Dans l'écrasante majorité des cas c'est la sanction qui permet d'identifier la règle de droit.

Deuxième réponse possible: approche sociologique: la règle de droit est la prescription dont on va observer de fait qui sont spontanément respectés par le corps social destinataire (suivis d'effet). C'est par le fait même d'imitation, d'observation qu'on constate la règle de droit. Il faut regarder s'il arrive de fait à organiser la société. Cette approche comporte l'avantage d'une neutralité supérieure. Le courant de sociologie du droit va avoir tendance à observer une règle de droit à chaque fois qu'il y a pratique généralisée (tout le monde suit le comportement donc il existe à l'état idéal comme une norme de fonctionnement). Cette conception retire le besoin de la sanction. Problème de cette appréhension sociologique: de proche en proche on risque de définir le droit sur la seule base de comportements répétitifs. On va identifier le droit à différents phénomènes sociaux d'influences. Cela amène certains auteurs à reconnaître du droit dans des phénomènes intermédiaires (ex. Recommandations du comité d'éthique ou de la softlaw/droit mou: notamment du côté des entreprises). Question concernant cette approche: qu'advient-il des influenceurs (émetteur qui prononce un comportement qui sera adopté généralement)? Le danger est d'arriver à une trop grande dissolution du droit.

Dabin: Il est intéressant de considérer que lorsqu'on regarde les différents modèles sociaux, on raisonne toujours par rapport à un modèle parfait, dans lequel il y a toujours des sanctions. La loi sans sanction serait donc une loi imparfaite.

Conclusion sur le critère de la sanction: réflexion perso.

Pour le Professeur Génicon, il est certain que la sanction soit le critère absolu d'identification du droit en reconnaissant qu'il y a des règles de droit qui n'ont pas de sanctions. En revanche, il lui semble que la sanction est révélatrice, elle est une indication du réel critère du droit. Elle traduit (révèle certainement) une intention d'organiser le corps social (volonté de discipliner social). Ce serait donc le but (organisation social) qui permettrait de distinguer la règle juridique de toutes autres règles. L'absence de sanction serait donc la traduction de fait que les circonstances ou le cadre rendent son existence impossible mais dans ces cas le but peut être clairement défini (ex. Droit international)

## **B. Les doutes sur l'appréhension de droit comme un ensemble de règles**

La règle de droit serait toutes règles qui émanent d'une autorité publique (légitime?), même si elle n'est pas sanctionnée pourvu qu'elle soit pensée et voulue comme obligatoire par cette autorité publique qui entend organiser le corps social.

Le deuxième doute qu'émet l'approche moderne: doutes sur l'appréhension du droit comme un ensemble de règles. C'est une critique globale qui vise à frapper en plein cœur l'égalité implicite de



droit égale règles. Le droit ne se limiterait donc pas à un ensemble de règles. C'est une critique de l'approche déontique et une critique qui entend promouvoir une vision organique du droit (l'image du droit serait plutôt celle d'un organe ou mécanisme).

### 1. Critique de l'approche «déontique»

L'approche déontique entend ramener le droit à un ensemble de prescriptions, où il s'agit d'imposer une action ou une abstention. La réplique formulée est de dire que l'ensemble des disciplines du droit est beaucoup plus riche. L'ensemble des droits subjectifs indiquent que le droit est plus qu'un ensemble de barrières qui se lèvent ou qui s'abattent. La mécanique de la prescription acquisition se ramène assez mal au système de barrières. Au-delà de ça, la critique moderne met en évidence que le phénomène juridique, le droit, ne consiste pas en un recueil inactif de prescriptions ou de commandements. C'est un phénomène beaucoup plus riche s'apparentant à une sorte de machinerie complexe.

### 2. Critique de la réduction du droit à un recueil de règles (droit et ordre juridique)

Chez les grecques et les romains il n'était pas certain que le droit soit un ensemble de règles, la conception était plutôt jusnaturalis. Le droit n'était pas un ensemble de règles mais plutôt un effort (intellectuel et institutionnel) pour tendre vers le juste. Le droit était définie par les anciens comme la recherche du juste (perfectionnement de justice globale), rendre à chacun le sien. Le droit romain était un droit prétorien (approche c). La définition n'a donc pas toujours été celle d'un ensemble de règles. Critique moderne: le droit n'est pas une collection de règles, il se conçoit comme un ordre juridique (système en action, cad. un ensemble d'éléments interagissant et coordonnés pour diriger les comportements sociaux). Le droit est cette activité coordonnée faite d'édiction de règles, d'interprétation de ces règles, d'application de règles par des agents d'autorité publique (à commencer par le juge mais aussi huissier, police, notaires), qui au final disciplinent la vie sociale. Dans cette perspective globale/organique, la règle de droit n'est qu'une composante parmi d'autres (néanmoins un des éléments les plus majeurs sinon le plus). L'approche classique aurait donc confondu le droit et un des ses instruments. Finalement, ce serait l'ordre juridique qui serait le droit, le code ne serait qu'un instrument.

Aldo Schiavone « disciplinadamente sociale »: réduire le droit à un ensemble de règles serait trop réducteur. La contre-critique serait de dire que dans la critique moderne on confondait droit et politique.

## ● Section 2: Une définition négative: le droit par opposition à des figures voisines

### *§1 Droit et autres phénomènes normatifs*

Notion de norme: figure générale. On pourrait dire dans un premier regard que dans cette notion on vise toute règle de comportement. Cependant toutes les règles de conduite ne sont pas des normes



juridiques. Le groupe social n'est pas régi que par le droit, il est aussi régi par des normes non-juridiques (ex. Règles morales, règles de politesse, règles religieuses). Selon Carbonnier: les phénomènes du non-droit, qu'il voyait comme un soulagement du juriste (permet d'éviter la cristallisation juridique). Le droit sera confronté aux autres ordres normatifs et à des notions philosophiques que sont les aspirations humaines à la justice et l'équité.

## A. Règle de droit et règle morale

### 1. Distinctions entre le droit et la morale (diff finalité et de sanction)

Morale: ensemble de préceptes de vie, préceptes désignant le bien vivre, tendants à une amélioration de l'être humain, de l'individu, à faire grandir intellectuellement l'homme, à le faire progresser, à faire croître l'homme en vertu (d'être un honnête homme).

Le respect des règles morales s'identifie par le bien vivre. L'approche classique amène à dire que les deux se distinguent par leur finalité et la sanction

#### a. Différences de finalité

Le droit ne vise pas à dire ce qui est beau et bon comme la morale, il dit simplement ce qui est possible et impossible à faire en société. Le droit n'a pas pour objectif de faire croître la vertu, il vise à organiser le groupe social (cohabitation paisible). Le droit à une finalité collective plutôt qu'individuelle.

La morale aurait une finalité différente: celle du perfectionnement de l'être humain. Elle répond à une quête de sagesse et de vertu personnelle que le droit ne partage pas. En vérité l'opposition de finalité est discutable parce qu'on peut facilement comprendre qu'un corps de règle emprunte au moins pour partie des notions d'un autre corps. L'essentiel de règles modernes visent à faire de vous quelqu'un de bien par rapport aux relations entre individus. La morale a une visée altruiste en essence, la morale n'a pas qu'une visée individuelle (elle vise le bien collectif).

Aphorisme « acquiert la paix intérieur et des milliers autour de toi seront sauvés »: si chacun fait un effort d'être un homme bien le bien-être social collectif serait atteint.

Si on regarde le côté du droit, il épouse pour partie la finalité de perfectionnement individuel.

Lorsqu'on intègre à la finalité du droit, la justice, on intègre des données morales car en visant le perfectionnement collectif du corps social on vise le perfectionnement individuel. Cela se traduit par des règles d'organisation sociale qui font en sorte qu'il y ait une amélioration individuelle. Certains vont maintenir que le droit devrait être amoral, en s'écartant des choix axiologiques. Ce à quoi d'autres répondent que c'est une aspiration vaine car implicitement l'organisation collective comprend des choix axiologiques.

Même en considérant que le droit moral est impossible, on peut dire qu'il existe différents niveaux de moralité en matière de droit. Il y a probablement des règles de droit sans contenu moral net (ex. Loi de publicité des frontières, règles de police administrative). Les règles de droit sont une forme de finalité morale, les exigences axiologiques contenues dans une règle de droit sont bien moindres qu'une règle morale. Si le droit contient une finalité morale il faut quand même constater que les ambitions de vertu, les exigences de morale sont bien loin des règles morales car l'objectif du droit est seulement





d'assurer une cohabitation des individus tandis que le but de la morale est d'atteindre la perfection de l'humain.

Roubier « le droit prescrit selon le degré de moralité qu'exige l'intérêt social »  
« l'idéal de bonne organisation sociale qui est celui du droit conduit moins loin que l'idéal de perfectionnement individuel qui est celui de la morale ».

Au fond le droit se contente d'un minimum éthique, sous-entendu ce seul minimum éthique requis pour assurer la cohabitation.

Paul constate que « ce qui est permis par le droit n'est pas toujours conforme à la morale ».

## b. Sanctions

Là aussi dans l'approche classique la distinction est évidente:

1. Droit: la contrainte par une autorité publique
2. Morale: n'est pas sanctionnée par une contrainte de l'autorité publique On est encore confronté à des frontières. La morale n'est pas complètement dénuée de sanctions (ex. La culpabilité et la réprobation sociale). Ici on peut ressortir la question du but puisque la distinction de la sanction par une autorité publique est insuffisante. On en revient donc au critère de la finalité qui lui non plus n'est pas satisfaisant. Donc la réalité est que les règles sont plutôt placées sur un continuum qu'étant possible de distinguer avec des frontières clairement établies.

## 2. Rapport entre le droit et la morale

### a. Lorsque le droit s'approprie une règle morale

Le droit enrôle la règle morale pour la transformer en règle de droit (ex. Règle relative à l'alimentation des enfants). Le droit observé par une économie de moyen qu'une règle qui sont acceptés par la population vont être de très bonnes règles d'organisation sociale (intégration naturel). Cela reflète un certain but de pragmatisme fonctionnel. Très souvent on considère que pour qu'une règle de droit fonctionne, il faut qu'elle soit comprise, implicitement intégrée, qu'elle s'aligne avec le sens moral individuel. Si on reste fixé sur le but premier du droit, la cohabitation paisible, le droit a tout intérêt à ce que les atomes qui composent la société soient des bons individus. Le droit a intérêt à être en présence de bon citoyens pour avoir une bonne société. Le but va donc parfois avoir un but pédagogique pour atteindre son but premier. Le problème réside dans le fait que ce faisant le droit va imposer des jugements de valeur et le risque devient donc celui d'un droit liberticide (art d'un dosage qui exige suffisamment de l'individu pour en faire un bon citoyen sans porter trop grande atteinte à sa liberté, donc dans la seule mesure nécessaire de l'atteinte de son objectif, pour ne pas basculer dans un état totalitaire). Toute société juridique formalise des choix moraux. Il est plus facile de puiser dans cette morale lorsqu'elle s'inscrit dans le corps social (unité morale du corps social, un consensus moral). La tentation est forte que le droit se retire de choix moraux lorsque la population est fragmentée sur une question morale.

### b. Lorsque le droit s'en remet à la morale

Cette fois le droit en transforme par une règle morale en règle de droit, il délègue son pouvoir normatif/régulateur à la morale sans lui même formuler une règle de droit. Le droit utilise donc la morale comme auxiliaire dans la régulation sociale.



Exemples:

(1) le renvoie aux bonnes mœurs (art. 6 du C. Civ. 1804 « on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public [règles impératives] et les bonnes mœurs »).

La morale est par nature évolutive (ex. Concubinage: contraire au bonne mœurs devenu courant, le contrat le claque: était immorale devenu morale). Pour appliquer l'article 6 il faut toujours avoir une idée de la morale (consensus de la majorité). C'est principalement les juges qui sont indirectement chargés de définir le consensus moral d'une société donnée à un moment donné.

(2) concept de faute (art. 1240) toute personne commettant un faute doit verser une réparation à un dommage causé à autrui (la condition est la faute, il faut donc établir ce qu'est une faute). Établi par la comparaison du comportement normalement diligent au comportement effectif.

## **B. Droit et religion**

Le rapport est difficile à établir uniquement lorsqu'on considère la religion sous l'angle de source de règles de conduite (notamment au travers des prescriptions religieuses). En vérité, c'est qu'un type de règle de morale, de morale religieuse (donc sensiblement le même raisonnement que le rapport entre le droit et la morale). Comme élément de distinction s'introduit à la sanction: sanction de dieu (condamnation aux yeux de dieu et le regard réprobateur de la communauté religieuse en question). Observations spécifiques:

### **1. Opposition de finalité**

Le droit vise une organisation sociale. La religion est proche de la morale mais correspond à l'aspiration d'une relation parfaite avec Dieu.

### **2. Opposition de sanction**

Le droit, lui, à une sanction physique qui correspond à celle de l'autorité publique.

#### **1. Un rapport d'influence**

Lorsqu'une religion est majoritaire de façon écrasante dans un pays, elle est une donnée sociale évidente qui va façonner la morale sociale et va donc fortement influencer le droit (soit par appropriation ou par délégation).

Exemple de l'implication de la religion dans le code civil: la règle du consensualisme (en opposition au formalisme qui l'unique forme considéré en droit romain): un contrat acquiert force obligatoire dès lors qu'on établit que les deux contractants sont tombés d'accord sur des engagements peut importe la forme dans laquelle s'est manifestée la volonté. Les évangiles « ne jurez pas, que votre oui soit oui, que votre non soit non ».

Exemple de délégation: art. 6 Code Civ. 1804.

#### **2. Un rapport de conflit**



Le risque de conflit apparaît quand la morale sociale se sépare de la morale religieuse. Historiquement, la morale sociale était la morale religieuse. En droit positif, la loi de 1905: la France repose sur un principe de laïcité (a minima l'État ne reconnaît aucune relation, mais va plus loin, l'État est areligieux et ne reconnaît aucune conviction religieuse). Le principe de laïcité implique que la règle de droit ne s'incline jamais devant une règle religieuse, il n'est donc pas possible d'éviter la force de contrainte de la règle de droit en référant à une conviction religieuse (le précepte religieux n'a jamais la valeur d'une règle juridique opposable). Dans les états où la règle de droit et la règle religieuse est la même (état confessionnel ou théocratie, il existe une distinction entre les deux), cette scission n'est pas possible.

Exemple de théocratie: Iran,  
exemple État confessionnel: Maroc,  
État non laïque : Liban.

Question de l'obéissance à la loi, la désobéissance civile (que faire lorsque en conscience l'état impose un règle inique), la question de la résistance à la loi injuste. De là on peut considérer que le droit formel viol le droit (au sens absolu). La conviction religieuse va typiquement de paire avec le jus naturaliste, voulant donc dire que le droit formel peut violer le positif, dans quel cas il faudrait violer le droit positif et respecter le droit naturel. Le risque est que la désobéissance civique mène à l'anarchie, donc la négation du droit.

### **C. Droit et usages sociaux**

Les règles de vie en société sont perçues comme non juridiques par le corps social lui-même parce qu'elles relèvent du savoir vivre, de la politesse, de l'usage, de l'honneur (ce qui est convenable de faire). Les règles de bienséance

Exemple: la façon de dresser la table ou tout autre règle de politesse à table.

Ce sont des règles qui peuvent avoir un très haut degré de précision. Il y a des règles de comportements sociaux qui ont un très haut niveau de technicité.

Deuxième exemple, les règles de politesse comme arriver à l'heure à un rendez-vous ou les règles de mode. Ou même les traditions familiales: tradition de donner le prénom du père au fils aîné. La langue, la codification de la langue française.

#### 1. Dissociation entre convenances sociales et droit

Ces règles sont peut-être plus difficiles à distinguer du droit, entre autres car nous avons beaucoup de mal à déterminer une finalité distincte de celle du droit, qu'est celle de la discipline sociale. Très souvent, c'est la sanction qui devient le révélateur d'une volonté consciente et réfléchie des autorités formatrices de normes que cette règle doit être obligatoire et donc être susceptible d'une mesure de contrainte. Les frontières peuvent être assez poreuses, il est difficile d'identifier l'obligatorité. Cette difficulté est associée à la gradation du droit (continuum de la convenance sociale à la règle de droit). Les conventions sociales peuvent devenir des règles de droit (ex. Céder sa place dans les transports en commun). L'absence de la nature obligatoire ouvre à un choix.

#### 2. Remarques finales:

La tendance importante accordée à la conformité (compliance) en droit.



b. Le non-droit: Carbonnier avait à l'esprit le rapport entre les règles de droit véritable et les convenances sociales. Il est important que le droit soit concurrencé par d'autres ordres normatifs que le droit (que le droit n'ait pas le monopole normatif). Le droit à une rigidité, il introduit une tension dans la sociale (généralement le basculement vers le droit marque aussi le basculement d'un rapport de discussion, de négociation à un rapport d'affrontement).

Que signifient les conquêtes du droit? Que signifie que les règles de politesses deviennent du droit? D'un côté ça reflète une prise en charge sociale (positive), mais de l'autre ces conquêtes refléteraient les échecs sociaux, l'incapacité à adhérer à des règles de politesse.

## §2 Droit et valeurs idéales

### A. Droit et justice

La justice n'est pas définie par un ensemble de règles de conduite, c'est la poursuite d'un but. Le risque de confusion est le suivant :

a. La justice est un idéal vers lequel les comportements doivent tendre. Par la même on empiète sur la finalité du droit

b. Dans une certaine définition du droit, précisément, certains définissent le droit comme les règles de comportements qui visent la justice (certains définissent le droit en référant la justice). L'adage de Celse adopte une approche jusnaturaliste: il définit le droit comme «l'art du bon et du juste » « ius est ars boni et aequi », on refuse de ramener le droit à un ensemble de règles, plutôt un effort constant/permanent d'atteindre le juste et le bon (contraire à l'approche déontique).

#### 1. Définition de la justice

Justice est un mot polysémique: librement interprété et réinterprété.

a. Justice comme judiciaire: adjectif se rapportant au juge ou juridiction. La justice comme synonyme d'institution judiciaire: l'ensemble des cours et tribunaux (le juge).

b. Justice comme Juridique: Adjectif du mot droit au sens positiviste (droit déontique)

c. Justice comme Juste: correspond à la recherche de juste, justice comme valeur idéale, sens philosophique. Adjectif de justice. Un idéal (d'équilibre) dans les rapports humains. Chacun reçoit ce qui lui est dû et à sa place donc chacun est heureux (Mazeaud).

La justice émerge de la rivalité causée par une situation de ressources limitées dans une situation sociale qui impose donc une distribution. La justice serait donc un accès satisfaisant aux ressources pour tous. La justice c'est résoudre le problème de la concurrence et le substituer par l'harmonie des rapports atteint par une distribution satisfaisante. « Suum cuique tribuere » à rendre chacun le sien: que chacun reçoive ce qu'il mérite (ce à quoi il a légitimement droit). Chez les romains, confusion totale entre le droit et la justice.

Ulpien: « la justice est volonté constante et continue de rendre à chacun le sien ».

Comment identifier le juste (cœur de la philosophie morale).



d. Aristote: Justice distributive et justice commutative

i. Justice distributive: justice générale du groupe. Vise la distribution des ressources, vise l'égalité proportionnelle, géométrique (ex. Les impôts). Repose sur l'idée d'une distribution au regard (à proportion) des mérites de chacun

ii. justice commutative: interindividuelle, une justice de l'échange, une justice arithmétique (ex. Le contrat). Déjà Aristote introduit différentes perceptions possible de la justice. Des définitions qui connaîtront toutes les influences de la morale.

e. Passage des évangiles: les ouvriers de la 11e heure: exemple où le droit serait injuste (pas les mots du prof)

Conclusion: La justice est une recherche de l'équilibre (entre les individus)

La justice en fait se ressent au mieux dans l'idée d'un traitement identique des situations identiques.

La contre-épreuve de la justice est deux poids, deux mesures

## 2. Différences entre le droit et la justice

Définition classique du droit: ensemble de règles générales et impersonnelles imposées par une autorité publique et susceptibles à la sanction

La justice: Pas un ensemble de règles générales et impersonnelles

Conclusion:

- Le droit serait un instrument de justice. La justice serait un fin et le droit un moyen.

- Si on établit la justice comme finalité du droit, confusion entre droit et justice s'en suit inévitablement.

- Si l'on considère que les règles de droit ont pour but la justice, cette perspective du droit aura une influence substantielle sur le contenu du droit, sur les règles de droit. C'est alors que la distinction entre droit et justice disparaît.

-Réflexion de Roubier: « les hommes ont une foi ardente dans l'existence de la justice et leur cœur ne se résigne jamais à un divorce entre ce qui est juste et ce qui est juridique ». L'injustice ne pourrait être le but du droit. Finalement le résultat du droit ne pourrait être injuste, il pourrait néanmoins ne pas imposer une justice au sens absolu.

## B. Droit et équité

1. Certains utilisent le mot équité comme le mot justice. Chez les juristes, il y a plutôt tendance à être utilisé dans un sens plus étroit: dimension plus stricte de la justice qui serait la justice individualisée dans un cas particulier. Il y a une tendance à définir l'équité comme une réaction de justice individualisée contre une règle générale et abstraite (Voir Mazeaud). Confrontation d'un cas atypique et particulier à une règle générale. L'équité serait un « joker » de la justice à la règle générale et abstraite qui aboutirait à une conclusion choquante.

a. L'équité serait donc la confrontation du droit, demande à ce qu'on écarte la règle dans un cas d'espèce



- b. Formule de Cicéron « summum jus, summa injuria » droit ultime (poussé au paroxysme de ses exigences), blessure maximale (préjudice le plus intense qui soit)
- Application aveugle des règles générales et abstraites mène à l'injustice.

Le règle de droit est forcément imparfaite, imprécise, basée sur des préjugés, sur la norme. Elle expose donc le risque d'être confrontée aux cas qui ne tombent pas dans le cadre découpé par le droit (ex. Jardin public: interdiction de marcher sur la pelouse ne prévoyant pas le contexte où on devrait le faire pour sauver une vie).

- c. L'équité serait donc une soupape de sécurité

- Aristote: la juste rectification du juste rigoureusement légale
- Grotius: l'équité corrige la loi dans ses déficiences du à son universalité
- Henri De page: « Le droit représente le juste (la justice) dans ses exigences collectives », il peut donc se tromper au cas individuel

- d. L'équité est aussi le cauchemar du juriste

- Le droit prévoit lui même une soupape de sécurité (pouvoir d'accommodement pour laisser respirer l'équité)
- Formuler par Hugo: les Misérable: Javert « La possibilité d'une larme dans l'oeil de la loi »

- e. Dangers de l'équité

- Caractère arbitraire: renvoi à la subjectivité du juge
- Risque de l'injustice d'une inégalité de traitement: ruine le principe d'un traitement général et impersonnel qui garantit l'absence de deux poids deux mesures. C'est par la généralité et l'impersonnalité de la règle qu'on atteint l'objectif de la justice: traitement identiques de situations identiques 3. Désordre social: ruiner la prévisibilité des traitements juridiques puisque tout dépendrait des circonstances et de l'arbitraire. Nul ne doit ignorer la loi.

Exemple des parlements d'ancienne France: « dieu nous garde de l'équité des parlements ». Les parlements étaient en rivalité constante avec le roi, ils prétendaient trancher en écartant la règle de droit en tranchant sur l'équité. De fait, l'accumulation de décisions avec traitements différenciés faisait que dans le commun on se méfiait beaucoup de « l'équité des parlements ». Aujourd'hui on voit une tendance que les juges prennent un certain essor: application des droits fondamentaux et libertés.

Conclusion soulignant la relativité du droit:

La définition a varié dans le temps (relative dans le temps), dépend de la subjectivité d'une époque. Tout est une question de montée de la juridicité dans les comportement

Relativité dans l'espace: la définition du droit proposée est naturellement teintée d'un contexte occidentale Certains disent que le mot droit n'est pas traduisible dans certaines langues (notamment dans des organisations tribales: dans lesquelles le même mot réfère à la morale, la religion et au droit). La langue révèle une réalité, si le mot droit n'existe pas ça reflète un autre ordre. Du côté de l'extrême orient (chine et japon), au départ, les premiers observateurs n'arrivaient pas à identifier l'expression du droit.

La société est régie par l'harmonie: tout comportement portant atteinte à l'harmonie serait déviant. Donc on ne suivrait pas de règle, on ne ferait qu'éviter de rompre à l'harmonie.



Le procès est très mal vécu en société car il attesterait d'un échec de trouver l'harmonie. L'équivalence de ce que serait le droit serait plutôt des mœurs de respect d'autrui (pas traduit exactement sur le mot droit). C'est beaucoup moins vrai dans l'histoire récente, mais reste qu'il s'est construit différemment. 2. Certain conclu en disant que le droit est ce que le corps social dit être du droit.

## Chapitre 2: Fondement du droit

### ● Section 1: Le positivisme

#### *§1 Idées générales*

A. Refus de la reconnaissance d'une règle de droit ailleurs que dans les règles édictées et imposées par l'autorité publique pour régir la société à un moment donné et à un endroit donné. Le droit est uniquement dans les manifestations matérielles.

1. Certains vont ajouter que l'autorité qui émet le droit est souveraine pour définir le contenu de la règle (une sorte de pouvoir arbitraire): *ius est quod ius un est* : le droit est ce qui est ordonné.

2. Le positivisme va rejeter toute métaphysique juridique

B. La substance de la règle de droit est totalement indifférente et donc le but est hors propos pour définir le droit.

- Interdiction de recherche d'intention

C. Frontière entre droit et la moral sont beaucoup plus claires

- Seulement un critère: commandant prononcé par une autorité

- Si l'on vient à s'interroger sur le caractère moral d'une règle, on sera sorti du droit.

- Ripert: « le positivisme juridique est impuissant à nous donner le mot de l'énigme (d'où vient la règle), il y a une question qui reste sans réponse, mais cette réponse la science juridique ne saurait la fournir et c'est dans le domaine supérieur de la religion et de la morale que les esprit curieux ou inquiets doivent aller la chercher ».

#### *§2 Deux variantes du positivisme*

Contexte: Auguste Comte (fin du XIXe siècle) Accélération de la modernisation technologique et technique (triomphe des sciences dures) Cette tendance déteint sur les sciences humaines, transfert de la méthode scientifique issue des sciences dures. Faire une science du droit qui aurait été un parent de la philosophie. Les sciences humaines doivent adopter les méthodes et le vocabulaire scientifique Les juristes devraient faire du droit comme les scientifiques: observation objective des faits avec une grande neutralité axiologique (jugements de valeurs).

### **A. Le positivisme normativiste**

Kelsen (la théorie pure du droit): Pure dans le sens de toute métaphysique, de toute approche axiologique, pure de tout biais moral, de tout biais religieux. Rejet de la métaphysique: le droit est



épuré de toute idéologie politique. Le droit apparaît comme un monde clos sur lui-même. « Jus esquad jusum es » : le droit est ce qui ordonné.

Dans cette perspective, la seule question qui se pose pour une règle de droit est la question de sa validité. Il développera donc la hiérarchie des normes (ou pyramide des normes) où pour Kelsen la question de la validité se résout par une validité purement procédurale par observation de la hiérarchie des normes: une règle est valable si on a respecté sa procédure de fabrication (procédure elle-même élaborée par l'ordre juridique d'où le système clos). En partant d'une norme suprême définissant et permettant l'émission de normes inférieures (chaîne de validité), le droit va être composé de toutes ces normes composés via cette pyramide des normes. Cette théorie est complètement élaborée en reposant sur le présupposé d'une norme fondamentale (qui n'est pas définie)

## **B. Le positivisme sociologique**

Démarche qui vient des sociologues du droit. Ne se limite pas à une vision théorique du droit, le droit on peut l'observer à travers le comportement des individus.

Émile Durkheim: la réalité du droit n'est pas dans la masse abstraite des prescriptions, mais plutôt dans l'observation de la réalité pratique, dans l'observation de la réalité sociale, dans l'étude des comportements du corps social, tel qu'il réagit réellement aux normes abstraites et tel qu'il élabore ces normes. Il faudrait considérer l'effet de la norme. On reste dans le positivisme car le droit s'observe scientifiquement dans les corps sociaux tel qu'on va l'observer avec un regard neutre. Le sociologue du droit doit mettre à part tout biais qu'il pourrait avoir vis à vis son observation du corps social. Le droit serait tout de même uniquement ce qui est objectivement/factuellement observable.

a. L'école historique allemande (Savigny): Le droit est sécrété par le peuple agissant pratiquement inconsciemment (droit émane de la conscience du peuple). Le vrai droit résiderait donc dans la coutume. Le droit pense, conçoit et incarne les règles de comportement. Savigny sera un des plus grands ennemis de la codification française car ce serait cristalliser le droit qui serait une évolution populaire permanente.

b. Le réalisme américain (sociological jurisprudence): prône une approche ultra pragmatique du droit: désordre à identifier au fur et à mesure qui s'inscrit. Le droit se manifeste dans les faits sociaux. Il influence énormément l'enseignement du droit.

c. Le marxisme: vision du droit comme la sécrétion des ordres par la classe dirigeante. Le droit ne serait qu'un instrument d'oppression.

## **● Section 2: L'école du droit naturel**

### *§1 Idées majeurs*

Le droit positif n'est qu'une réglementation contingente dont le contenu doit être déterminé par référence à un ordre idéal préexistant qui le surplombe et qui est l'expression parfaite de la justice. Les jus naturalistes croient à un ordonnancement parfait de la nature permettant un ordonnancement parfait du corps social (où tout revient dans les proportions parfaites à chaque individu). Cet ordonnancement idéal serait le droit naturel. L'idée est que quelque part existe le schéma parfait de





l'ordonnement qu'il suffirait de copier. Ceux qui élaborent les lois doivent puiser dans le droit naturel pour élaborer des règles positives. Le droit naturel est la source véritable et doit être la source du droit positif. Tout le droit est une forme de quête permanente de cet idéal qu'il suffirait de recopier. Dans cette perspective, le droit positif et le droit naturel s'inscrivent dans un rapport hiérarchique. A maxima le droit positif doit être un recopiage du droit naturel et a minima le droit positif ne peut s'opposer au droit naturel. Le droit repose dans la quête de justice. Exemple d'Antigone. Proust (la recherche du temps perdu).

## §2 Deux déclinaisons majeures

### A. Le droit naturel classique

Issu de la philosophie grecque. Conceptualisation du droit naturel, ensuite repris par les romains (notamment Cicéron, Aristote). Le droit positif doit être élaboré par un idéal de justice que soit le/les dieux ou la raison permet d'identifier. C'est un ordre idéal plus qu'un ensemble de norme idéal. Dans cette vision, le droit n'est pas une collection de règles, c'est une quête empirique et variable, presque quotidienne du juste qui peut varier en fonction du temps et des lieux. C'est une quête métaphysique, ce n'est pas une approche déontique.

### B. Le droit naturel moderne

Il est formulé au 17<sup>e</sup> siècle notamment par Grotius, Buffendorf et Domat. Les juristes de l'époque moderne vont rigidifier le droit naturel: véritable code de règle éternellement et universellement vrai, donc une approche déontique du droit. Il existerait dans un monde métaphysique un code parfait. L'école naturelle moderne va très fortement contribuer à laïciser le droit, la raison va se substituer à la religion. Cette vision va naturellement aboutir à la déclaration des droits de l'Homme (1789).

## ● Section 3: Éléments de réflexion

§1 Les enjeux relatifs à cette opposition entre le positivisme et le naturalisme

### A. La définition du droit

#### 1. La question de l'autorité

- a. Jusnaturaliste: autorité légitime
- b. Positiviste: autorité actuellement établie

#### 2. La finalité

- a. Jusnaturalisme: atteindre le juste
- b. Positiviste: préserver un ordre social minimal (sans considération pour la justice)

### B. L'obéissance ou désobéissance civile

- 1. Jusnaturaliste: la règle injuste violerait le vrai droit et donc la règle contingente posée par une autorité n'aurait aucune valeur juridique (raisonnement en terme d'inexistence de la règle)
  - a. Accompagné d'un risque énorme d'anarchie



Réponse incarné par Socrate: d'encaisser une injustice pour éviter le désordre, l'anarchie

2. Positiviste: La règle aussi infâme soit-elle ne cesse pas d'être contraignante

a. Critique d'être amoral

b. Réplique: la désobéissance reste possible

### **C. Le rôle du juriste**

1. Jusnaturaliste: c'est son rôle de critiquer l'ordre juridique au nom d'un idéal (quête du juste), agissant pour découvrir le vrai droit

2. Positiviste: enferme le juriste dans un rôle de description du droit. Mobilisé sa méthode exégèse pour faire comprendre la règle. (Technique).

#### §2 Les critiques habituelles

### **A. Les critiques du jusnaturalisme**

#### **1. Sur la méthode**

On dénonce une confusion des ordres, une confusion de l'ordre juridique et de l'ordre de la morale, philosophie et religion. Confusion entre le droit et la justice, le juridique et le juste. Donc lorsqu'un jugement de valeur est formulé sur le droit, le rôle de juriste n'est pas exercé, c'est le rôle du citoyen. Les juristes n'auraient pas plus de légitimité à critiquer la morale du droit que n'importe quel autre citoyen.

#### **2. Sur le fond: L'identification du droit naturel.**

Ce n'est qu'une vue de l'esprit (indépendamment de sa source), qui n'a rien du droit. Ce n'est pas l'ensemble des corps de règles. Il aurait autant de droit naturel que d'individus. Ce n'est qu'une subjectivité qui peut paraître atroce. Ce ne serait qu'une opinion. Bentham: « Comment voulez-vous qu'on raisonne avec ces fanatiques armés d'un droit naturel que chacun applique à sa façon? Que répondre à des gens qui ont des hallucinations du juste si non qu'ils ont tort »

### **B. La critique du positivisme**

#### **1. Sur la méthode:**

On critique de limiter le rôle du juriste à une pure description des règles.

#### **2. Sur le fond:**

Le problème c'est de définir le droit sans jugement de valeur. Il est contre nature de définir le droit sans jugement de valeur. Le droit est la quête de la justice. Aucun juriste ne peut prétendre ne pas émettre de jugement de valeur. Le positivisme est en lui-même un jugement de valeur. St Augustin « enlève le droit et alors qu'est-ce qui distingue l'État d'une bande de brigand ». Le positivisme est



dangereux car il porterait naturellement une pente naturellement dangereuse vers le fétichisme de la règle (en oubliant son contenu), la règle n'est pas une fin en soi.

### §3 Quelques éléments de discussion

#### **A. Critique des critiques**

« À mon humble avis un champignon vénéneux est toujours un champignon (mais je n'en mange pas) ».

Le prolongement naturel est de dire que le positiviste ne reste pas inerte face au besoin d'élaboration du droit, seulement il ne le fait pas en tant que juriste.

#### **B. Les divergences irréductibles**

I. Y a-t-il ou non un juste en soi? Est-ce que pour autant la difficulté d'intensifier le juste prouve qu'il n'existe pas

1. Si oui: Risque pente liberticide
2. À l'inverse: relativisme moral

II. Est-ce encore faire du droit (parler en juriste) ou est-ce faire autre chose (parler à un autre titre) que de porter un jugement de valeur sur une règle de droit.

## **Chapitre 3: La cartographie du droit interne**

### **● Opposition entre le droit interne et le droit international**

Droit international public : règles de droit qui régissent les rapports entre États souverains

Droit international privé: droit interne qui a pour objectif de désigner le droit national qui sera applicable à un litige dans lequel est impliqué un élément étranger (extranéité).

Les droits supranationaux sont des règles publiques s'appliquant à différents pays (adoption commune d'une règle identique) Le droit est construit en système, la dialectique entre le droit commun et les droits spéciaux....

### **● Summa divisio (division suprême)**

#### **A. Droit publique**

1. Ensemble des règles qui organisent les pouvoirs publics et les relations entre les personnes publiques et les personnes privées.

#### **B. Droit privé**



1. Ensemble des règles qui gouvernent les rapports entre personnes privées.

a. Personnes physiques

b. Personnes morales

2. Groupement de personnes physiques ayant une personnalité juridique, pas considéré comme un groupe mais comme une personne indépendante.

Exemple: sociétés, associations,

## **Section 1: Cartographie du droit public**

### **A. Le droit constitutionnel**

Droit organisant la création du droit \*cf dictionnaire

### **B. Droit administratif**

### **C. Droit des finances publiques**

### **D. Droit fiscale**

### **E. Droit de la sécurité sociale**

## **Section 2: Cartographie du droit privé**

### **A. Droit civil**

### **B. Droit commercial**

### **C. Droit de la consommation**

### **D. Droit du travail**

### **E. Droit de la procédure civil/droit judiciaire**

## **Section 3: Le droit pénal ou le droit mixte**

### **A. Règles de droit ayant pour objet de punir les infractions pénales**



## 1. Double objet du droit pénal

### a. Définir les infractions pénales

Comportements en sociétés isolés par le législateur car il les estime intolérables dans la vie en société, au point qu'il estime que la société (le corps social) entend stigmatiser et châtier le comportement. Il ne peut pas et il ne faudrait pas qu'il réprime tous comportements, il y a une césure avec la morale. La mobilisation des moyens du droit pénal est trop grande pour ne pas être limitée aux comportements les plus graves.

### b. Indiquer la peine se rattachant à chacune des infractions.

## 2. Mi chemin entre privé et publique

### a. Caractère publique

Répression de l'État: Vient d'un jugement du corps social dans son ensemble, c'est donc dans une certaine perspective l'état confronté au comportement d'une personne. Le procureur de la république est le représentant de l'État.

### b. Caractère privé

Domage porté à un individu: Généralement préjudice à une personne publique. La victime entendrait obtenir réparation de la personne ayant commis l'infraction (responsabilité civile dans un litige interindividuel).

## Titre II — Identification par l'histoire et la géographie (relativité du droit)

### Chapitre I — Identification par l'histoire du droit

Cette histoire met en avant une conception occidentale du droit.

- **Section 1 — L'« invention du droit en Occident » : le caractère fondateur du droit romain**

Notre droit et notre perception du droit comme système permettant le disciplinement social nous vient des romains (Schiavone dans son ouvrage *Invention du droit romain en occident*). Ce disciplinement est autonome par rapport à la religion, la morale ou bien encore les convenances sociales. En d'autres termes, le système de droit qui fut créé par les romains se justifie lui-même.



Spontanément, on pense que notre droit vient du droit grec. Or la Grèce antique est à l'origine de la dimension politique du droit et non de la dimension juridique. La loi était la seule dimension juridique qui les intéressaient.

Les romains cependant, sont moins intéressés par la loi. Le *ius* va donc être construit différemment car il viendrait de la pratique des prêtres (donc aurait une origine religieuse) et de la répétition de leurs incantations.

Mais petit à petit, les prêtres perdent ce pouvoir au profit des pontifes. A partir de cette période, les pontifes vont commencer à créer des modèles de comportements qui vont s'affirmer au sein de la société. En effet, par leurs réponses de plus en plus données à certaines problématiques sociales, les pontifes vont organiser la société. On assiste aux premières expressions juridiques.

C'est donc dans ce système que va arriver tel un élément perturbateur la loi des 12 tables qui va permettre d'ouvrir le droit à tout le monde. Ainsi, les pontifes perdent le monopole de ce mode d'organisation sociale.

Va alors émerger de nouvelles classes sociales qui vont récupérer le monopole des pontifes : ce sont les jurisconsultes, les prêteurs. Ils vont fournir un effort intellectuel colossal en systématisant le *ius*. Ils vont ainsi créer un système de norme qui va concurrencer l'ordre religieux, l'ordre moral. Leur travail est tel qu'ils vont rentrer en compétition avec l'Empereur qui va alors les absorber. C'est en renouant avec le droit naturel qu'ils vont pouvoir préserver leurs autonomies vis à vis de l'Empereur.

L'œuvre de Justinien est une œuvre savante de législation. Cette compilation de textes manuscrits va donner une idée de fixation du droit dans le but de la sécurité juridique.

C'est aussi dès cette époque que commence la bataille permanente entre la construction aristocratique du droit et la construction démocratique du droit, bataille qui perdura dans les époques.

## • Section 2 — L'évolution (à grands traits) du droit en France

Un tournant de l'histoire juridique a lieu lors de la chute de l'Empire romain d'Occident et les invasions barbares où l'Empire est disloqué et en proie à une royauté un peu tribale. Cet événement va marquer un recul de la civilisation juridique. En effet, les barbares arrivent avec leurs droits coutumiers qui font disparaître le droit romain. On rentre dans une période d'obscurantisme juridique dans le sens où le droit romain disparaît.

A partir de là, l'histoire juridique française va suivre l'histoire de la France. On va donc assister à une marche heurtée de la généralisation et l'unification du droit. Le moment clé sera 1804 avec l'adoption du code Napoléon qui sera une bascule de l'histoire juridique.

### §. 1 — Avant le Code civil

#### A/ L'ancien droit

L'ancien droit correspond au droit de l'ancien régime qui est un droit très particulier. En effet, c'est un droit très divisé.

Au moment des invasions barbares, la France va être caractérisée par un découpage juridique issu des différentes coutumes importées par les barbares. La détermination du droit sera donc une détermination locale.

C'est sur cette base que vont se greffer deux phénomènes historiques et sociaux. D'une part, le XIII<sup>e</sup> siècle est marqué par la redécouverte du droit romain par les juristes savants qui vont être fascinés par ce travail de synthétisation. Cette période correspond à la naissance des universités qui vont permettre



une diffusion prestigieuse du droit romain. D'autre part, on assiste à une montée en puissance du droit canonique sur l'ensemble de l'Occident chrétien.

Ainsi, la construction juridique de la France va peu à peu se diviser en deux.

- La moitié nord va rester attachée au droit coutumier : ce sont les pays de droit coutumier.

- La moitié sud épouse totalement le droit romain au point d'en faire son droit positif. Cela se fait d'autant plus facilement que le droit coutumier du sud avait un fond de droit romain. Ce sont des pays de droit écrit.

Cependant, il existe un rapport d'influence entre ces deux systèmes de droit comme le montre le travail de comparaison des coutumes réalisé par Dumoulin, d'Argentré et que Guicoquille qui vont ainsi mettre en écrit les coutumes.

La France est donc une mille-feuille juridique où s'entrecroise plusieurs normes car au-dessus même des droits séculiers (droit romain, droit coutumier) le droit canonique se fait de plus en plus présent dans les affaires de filiations, dans les affaires économiques.

L'une des grandes évolutions majeures de cette époque est la construction de l'État nation et la construction de l'État moderne. Au fur et à mesure que l'état se met en place, la puissance politique se centralise dans les mains du roi. Cela va se traduire par la saisie du levier juridique de la part du pouvoir royal et d'une volonté de sa part de dominer le droit.

Cette volonté d'uniformiser le droit va passer par de grandes ordonnances royales et le recensement et la classification des droits par Domat et Pothier. Ils vont réaliser un travail de synthèse entre le droit coutumier et le droit romain et ainsi préparer le terrain pour l'élaboration du Code Napoléon.

Cependant, le roi n'arrivera jamais à briser les coutumes qui sont alors extrêmement puissante juridiquement parlant.

## B/ Le droit intermédiaire

Arrive la Révolution française qui va être un événement de bouleversement dans la création du droit. En effet, en confiant le pouvoir à l'Assemblée, la France expérimente sa première expérience de construction démocratique du droit.

Lors de cette révolution, on met à bas tout le système juridique d'ancienne France : on supprime la division de la population en ordre, on supprime le droit d'ainesse et on met en place la notion de propriété privé. Ces changements sont réalisés à coup de loi. Le droit va donc devenir un instrument des changements politiques. La loi va devenir le symbole de la Révolution française.

On est alors dans une période de fort volontarisme juridique : on a plus tant l'idée que le droit vient des coutumes (d'en bas) mais le droit tombe d'en haut, tombe d'une autorité supérieure qui va déterminer pour l'ensemble du territoire le droit.

Les Lumières avaient déjà préalablement préparé le terrain pour la suprématie de la loi qui était rendue légitime par le contrat social.

La loi étant créé par une assemblée élue par le peuple et qui le représente, alors la loi in fine est l'expression de la volonté de ce peuple. La loi va donc réaliser l'idéal démocratique porté par la Révolution.

Va alors se cristalliser dans l'esprit français l'idée que le droit se rapport à la loi. On assiste à la cristallisation de l'approche légitimiste du droit. Cette conception du droit va dans le sens du principe de séparation des pouvoirs.

Le juge est alors enchaîné par la loi et doit se contenter de l'appliquer. Comme le disait Montesquieu, « le juge n'est que la bouche de la loi » Montesquieu. Cette place du juge dans le système juridique est en rupture colossale avec l'ancien régime. En effet, dans l'ancien régime, le juge participait



activement à la création du droit. Or cette création, souvent arbitraire, avait fini par causer une haine de la part des révolutionnaires envers la jurisprudence.

En résumé, cette période c'est traduit par une très forte activité législative. Seulement cette activité n'effectue pas de travail de rationalisation ce qui a pour effet que les lois s'accumulent dans tous les sens. Ce travail de rationalisation du droit viendra en 1804 avec la création du Code civil.

## §. 2 — Après le Code civil

Le Code Napoléon constitue un grand moment juridique de la France. Seulement, pour réaliser un travail autoritaire d'uniformisation du droit, il a fallu un coup de force politique de la part de Napoléon. Le Code est donc issu d'un coup de force mais cela ne va pas l'empêcher de connaître une grande postérité.

### A/ Le Code civil

#### 1. Importance politique

En interne, le Code civil va symboliser l'unité politique du pays et va permettre d'exprimer les nouveaux idéaux juridiques. Il est pensé comme le fruit final de la construction juridique de la France. De plus, personne ne doute que ce code est parvenu à retranscrire le droit naturel et qu'il va et doit rayonner sur toutes les époques et tous les lieux. C'est en effet à l'époque par le Code civil que la France devient une grande puissance juridique.

La stabilité absolue de la constitution civile portée par le Code à la différence de la constitution politique a joué en faveur de cette fascination autour du Code. En effet, le Code va être une œuvre de compromis entre les droits du nord et du sud, entre le droit révolutionnaire et droit de l'ancien régime, entre laïcité et culture chrétienne. Cet œuvre va faire la fierté de l'Empereur qui dira sur son lit de mort : « ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné 40 batailles, Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce qui vivra éternellement c'est mon code civil ».

Ce Code va être exporté en dehors de la France notamment par le biais des conquêtes militaires. Mais étant l'expression du libéralisme, il va servir de socle juridique pour les pays qui vont s'émanciper durant la période : le Code est vu comme un instrument de libération sur plusieurs continents.

#### 2. Elaboration

Dès 1800, Napoléon met en place une commission de 4 juristes composée de 2 juristes du nord : Tronchet et Bigot de Préameneu et 2 juristes du sud : Maleville et Portalis (considéré comme le Président de la commission, il réalisera le discours préliminaire du Code).

En 3 mois, ils rendent leur projet. En réalité, le travail avait été préalablement préparé par Domat et Pothier.

Cependant, le code mettra 4 ans à être mise en place bien que les pouvoirs soient bien plus concentrés que sous l'Ancien Régime. Mais au bout de 4 ans, soit en 1804, le Code civil devient la législation unique pour toute la France et donc par conséquence, sa mise en application entraîne l'abrogation de toutes les autres législations de droit civil.

Le code est divisé en 3 livres :

- Le premier livre qui traite des personnes.
- Le deuxième livre qui traite des biens et des différentes modifications de la propriété.
- Le troisième livre qui traite des différentes manières dont on obtient la propriété.





Ainsi, le Code de 1804 est un code individualiste car il est centré sur l'individu et libérale car il accorde une grande place à la propriété individuelle.

De plus, il est certainement une œuvre idéologique car il cristallise en lui les acquis de la Révolution mais tout en reprenant des idées de l'ancienne France. Il cristallise les idées de liberté et égalité. Enfin, il permet une laïcisation du droit de la famille.

Pour autant, il n'est pas conçu comme un manifeste politique comme le fut certainement la Déclaration de 1789. On le pense d'abord comme instrument pratique pour les praticiens du droit. En effet l'ensemble des rédacteurs étant avocats ou juges, l'idée était de mettre en place un instrument utile pour les praticiens du droit. Il utilise donc des règles simples et concrètes et peu de principes généraux abstraits afin d'offrir des solutions pratiques.

Enfin, on retrouve l'idée que ce code est le code des citoyens pour les citoyens. En effet, le Code se veut accessible à l'ensemble des citoyens. C'est dans cette perspective qu'il sera édicté en format poche.

### 3. Importance juridique

Le Code de 1804 correspond dans la façon de faire du droit à un idéal de législation, idéal qui persiste en France aujourd'hui. Cet idéal de logique est parfaitement incarné dans le discours préliminaire de Portalis.

Cet idéal est celui du vrai code. Le vrai code est un regroupement - selon un ordre logique avec une unité de penser, avec une unité de vocabulaire et un agissement cohérent des solutions – de toutes les règles qui gouvernent une matière (ici le droit civil). En d'autres termes, il permet de construire le droit dans un système de cohérence où chaque élément est pensé en fonction d'un autre élément ce qui permet alors d'éviter le désordre normatif, les répétitions, les lacunes ou les contradictions.

Le but de cette codification est de garantir la sécurité juridique. Cette sécurité peut être ramenée à trois grands objectifs :

- L'objectif d'accessibilité du droit qui est la possibilité pour un citoyen de connaître les règles qui le gouvernent
- L'objectif de lisibilité du droit qui sous-entend que le texte est construit avec un vocabulaire simple, clair et unitaire. Il y a dans la codification une obsession de la langue claire.
- L'objectif de prévisibilité du droit qui veut que chaque citoyen puisse par avance connaître la solution de droit qui va s'appliquer à la situation

Ce modèle de codification connaît des contre-exemples dans l'histoire de la France comme lors de l'Ancien Régime où le droit était un mille-feuille juridique ou durant le XXe où le droit connaît un phénomène de décodification.

La décodification est un phénomène juridique dans lequel les règles de droit sont votées sans se soucier de les intégrer dans le système cohérent qui leur préexiste. Souvent, ce phénomène entraîne un autre phénomène : celui de codification à droit constant.

Le phénomène de codification à droit constant donne l'illusion d'une codification mais en réalité, les textes sont regroupés sans qu'il y ait de travail de cohérence, de lissage de vocabulaire au sein d'un code.

Il faut cependant nuancer notre propos. En effet, la société de 1804 était une société moins complexe à codifier que notre société actuelle.

### B/ Les lendemains du Code civil



A sa sortie, le Code connaît un succès considérable aussi bien à l'extérieur qu'à l'intérieur de la France. En France, le code connaît un tel succès qu'il est vu comme le point de perfection du droit. Le code apparaît comme complet et contenu tout ce dont il est nécessaire pour exercer le droit. C'est pourquoi les cours à l'université deviennent des cours de code Napoléon.

De plus, le code va fixer l'imaginaire français du légicentrisme.

Seulement, le code perçu comme le point le plus abouti et parfait du droit va rapidement être dépassé par les évolutions sociales. En effet, le XIXe va être marqué par le passage d'une société agraire à une société industrielle. Ce manque de flexibilité du code dans la prise en compte des évolutions est mis en avant dès 1804 par l'école historique allemande.

## C/ Le devenir du Code

Tout le long du XIXe, il y a une réelle fascination autour du code. C'est dans cette période que l'école de l'exégèse voit le jour. La théorie de cette école est que tout se trouve dans les textes du code même si les textes ne le disent pas explicitement. Implicitement, les textes peuvent régler toutes les situations juridiques. Il faut cependant procéder par analogie pour appliquer le texte à la situation.

Mais cette école va progressivement être renversée et ceux notamment par Gény qui fonde en 1900 l'école de la libre recherche juridique. Pour Gény, le code ne peut avoir réponse à tout. Il dégage ainsi deux cas :

- Lorsque le code est clair et donne la réponse, le juge doit se contenter d'appliquer la règle formulée par le code.

- Mais lorsque le code n'a pas de réponse, autrement dit quand le juge est face à un vide législatif, il doit en s'appuyant de sciences auxiliaires créer de nouvelles règles. Ce vide peut aussi être comblé par la doctrine. Mais en résumé, ce sont les juges qui partent leurs pouvoirs d'interprétation de la loi vont inventer de nouvelles règles. C'est le pouvoir prétorien des juges.

Ainsi, paradoxalement, c'est le prestige du code qui va empêcher la réformation de ce dernier durant le XXe. Il y aura des réformes de petites parties du code mais jamais il ne sera refondé totalement.

Mais petit à petit, le code va être désacralisé.

En effet, face aux bouleversements de la société, le législateur va créer de nouvelles lois. Mais il ne touchera pas au Code au vu de son mythe de perfection. Le législateur va donc préférer faire des lois à côté du code : c'est le phénomène de décodification. De nos jours, certains pans du code ont été réformés en prenant en compte ces nouvelles lois mais d'autres ont été gardés intacts (comme le droit des biens, le droit de la responsabilité civile, le droit des contrats spéciaux).

De plus, aux vues des changements de méthode quant à la méthode de fabriquer le droit, le Code civil a perdu sa place centrale dans l'espace juridique français. Face au pouvoir prétorien, aux phénomènes de codification à droit constant (qui seront à l'origine de codes comme le Code de la consommation) ou bien encore face à la concurrence exercée par le droit européen (droit supranational), le Code civil va perdre de son rayonnement.

Enfin, comparativement à 1804, la culture normative a beaucoup évolué et ce durant la seconde moitié du XXe.

Tout d'abord, on assiste à un changement de perception sur le fond. On assiste à un affaiblissement des droits objectifs qui sont un idéal d'arbitrage appuyés sur l'intérêt général au profit d'une montée en puissance des droits subjectifs. Ce changement est la traduction juridique de la philosophie individualiste dans laquelle l'individu est mis au centre comme porteur de revendication. Cela marque donc un certain repli vers la protection des intérêts individuels tout en donnant une place plus importante au juge.



Enfin, on assiste aussi à un changement dans la méthode de faire du droit. Outre le recul de la méfiance (héritée de la Révolution) vis à vis du pouvoir judiciaire et la jurisprudence, on est face à une méthode qui devient de plus en plus :

- Casuistique (on va construire le droit à partir de la répétition de cas pratique).
- Concrète (il ne s'agit pas de partir de difficulté générale).
- Conséquentialiste (on va réfléchir aux conséquences pratiques sur la vie de tous les jours).

Ce changement de méthode va donner une importance considérable au juge qui, contrairement au législateur qui réfléchit dans l'abstrait, réfléchira de manière concrète sur différents cas d'espèces.

Il faut cependant nuancer notre propos. En effet, le prestige de la loi reste ancré dans la culture française et la défiance envers le juge reste présente culturellement parlant.

On est ainsi plus dans une logique de concurrence que dans une logique de remplacement.

## Chapitre II — Identification par la géographie des droits

### ● Section 1 — Le droit, un phénomène culturel

Le droit est le reflet de choix de vie collective qui se font en fonction de l'histoire et du caractère du groupe. En ce sens, le droit est un phénomène culturel au même titre que la langue.

Cependant, la diversité des phénomènes juridiques n'empêche pas les phénomènes d'échanges internationaux qui viennent nourrir les droits.

Le droit comparé va alors permettre de mettre en évidence plusieurs grandes familles de droit.

### ● Section 2 — Les familles de droit dans le monde, le droit comparé

Le droit comparé a pour l'objet le parallèle entre les droits étrangers pour permettre une comparaison avec les droits internes. Le droit parallèle va avoir trois objectifs :

- Avoir une meilleure connaissance de son droit interne.
- Permettre l'amélioration de son propre droit par des phénomènes d'emprunts (on va reprendre

une règle qui a bien marché à l'étranger).

- Amorcer une harmonisation et/ou une uniformisation de deux systèmes juridiques ou plus.

Cependant, le droit comparé a aussi des effets pervers comme la reprise du droit comparé comme instrument du politique ou le développement d'une certaine paresse individuelle chez les juristes.

La comparaison peut s'appliquer à deux échelles : à l'échelle micro, ce que va permettre de comparer une institution juridique très précise (comme le droit du divorce) ou bien à l'échelle macro grâce à laquelle on peut comparer deux systèmes juridiques globalement considérés ou plus.

Le droit comparé va permettre de faire émerger 6 grandes familles. Cependant, cette classification est sujette à des critiques méthodologiques. En effet l'opposition y a été forcée par-là sur la valorisation d'une des sources du droit. En réalité il faut relativiser bien qu'il est vrai que chacun de ces systèmes va avoir une source de droit dominante.

La famille de droit asiatique dont la grande spécialité est l'approche culturelle du droit. C'est un système dans lequel le droit a fait son apparition tardivement et a donc nécessité de nombreux phénomènes d'emprunts. En effet, le corps social est régi par les mœurs et une vision harmonieuse des



rapport sociaux matérialisé par l'importance accordée au compromis. Ainsi le recours au droit continu même aujourd'hui à être perçu comme un échec.

La famille des droits coutumiers (pays d'Afrique et Océanie) dans lesquelles la source majeure du droit réside dans coutume. Ces systèmes n'ont pas de règle écrite mais reposent sur des règles issues de la sagesse collective cependant perçues comme des règles de droit par tous.

La famille des droits communistes, qui est une famille en voie d'extinction mais qui existe encore en Chine ou en Corée du Nord mais qui fut durant la moitié du XXe une famille importante.

La famille de droit musulmans concerne une grande famille d'états attachés à la religion musulmane (Sharia). On a dans ces systèmes une répartition des compétences juridiques. En effet, certain pan du droit relèvera du droit religieux. Dans les cas où la religion ne se prononce pas, ils feront par phénomènes appelle d'emprunts au droit laïc.

Le système de droit continental qui se caractérise par un droit écrit et codifié. En effet, dans ces systèmes, le centre de gravité de la création du droit se trouve dans la loi et même ultimement dans le code comme pour le droit français, le droit espagnol...

Le système de Common Law qui est issu du droit anglais. C'est un système de case Law, autrement dit d'un droit des cas. Le droit est construit par rapprochement successif des cas d'espèces tranchés.

Le juge va ainsi en portant un regard sur son propre travail créer une manière habituelle de trancher les cas. Pour cela, le juge est régi par deux concepts. Tout d'abord, le juge est contraint par la règle du précédent, règle qui va le lier à la façon dont les juges ont précédemment juger ce cas. Cependant, le juge dispose aussi de la faculté de distinguer. En effet, dès lors que le juge établi que le cas jugé est différent des cas précédemment tranchés, il peut s'écarter du précédent. C'est ce mouvement qui permet de faire évoluer le Common Law.

### **Titre III — Identification par les sources du droit**

On va étudier la création du droit, la façon dont on le fabrique. On parle alors des sources du droit. Le mot étant en ambigu, il va nécessiter une précision

- **Section préliminaire : sources matérielles et sources formelles du droit**

Quand on pense à la notion de source du droit, on pense en réalité à 2 types de source de droit.

- Le premier type est la source désignée par Gény comme la source matériel du droit qui fait référence à la source d'inspiration de la règle.

- Le second type qui est la source désignée par Gény comme la source formelle du droit et qui fait référence à la source d'édition de la règle (d'où vient l'ordre ? Qui dit l'ordre ?)

#### **§ 1 — Définitions**

La source matérielle est la source d'inspiration de la règle. Autrement dit, c'est l'idée qui est à l'origine de la substance de la règle.

La source formelle est quant à elle la source d'édition de la règle. Autrement dit, il s'agit ici de l'autorité constitué qui formule et édicte la règle de droit.



Mais où est ce que cette autorité constituée, cette entité politique va puiser son inspiration pour édicter une règle ? En effet, le droit ne se crée pas à partir de rien, il est le fruit d'une réflexion, de délibération intellectuelle. Ainsi, dans sa réflexion, le législateur va devoir prendre en compte le contexte social (s'il veut que la règle soit reçue au sein d'une société donnée) mais aussi le but qu'il veut donner à la règle (la règle n'étant alors qu'un moyen en vue d'une fin).

## § 2 — Politique juridique et technique juridique

Il faut différencier politique juridique de technique juridique.

La politique juridique est l'objectif social que poursuit l'autorité qui édicte la règle. Cette politique a de l'importance sur la mise en application de la règle car pour l'appliquer, il faut l'interpréter. Or pour pouvoir interpréter la règle, il est très important de cerner la politique juridique de l'auteur, de rechercher l'intention du législateur, la *ratio decidendi* (la raison de la décision de la règle).

La technique juridique renvoie aux instruments techniques, aux instruments pratiques utilisés par le créateur de la règle pour élaborer au mieux une règle effective (une règle qui est suivie d'effet) mais aussi une règle efficace (une règle qui atteint son but).

Cette utilisation des techniques juridiques renvoie à l'art du commandement. L'art du commandement peut se définir comme l'art et la manière de gouverner. Il existe une multitude de techniques juridiques possibles et envisageables pour le législateur à commencer par la forme du droit (écrit ou non-écrit ?), la création d'un vocabulaire juridique fixé, l'arbitrage des mesures à faire. Autrement dit la technique juridique renvoie à « l'art de l'administration pratique du droit ».

Exemple : logique de principe et d'exception (comme dans les cas de liberté contractuelle avec l'exception des mineurs) mais la détermination de l'exception nécessiterait des outils techniques et renvoie à l'art du commandement (dans ce cas, mise en place de la majorité, de la représentation qui permet de clairement appliquer la règle même si peu paraître brutal).

## § 3 — Importance des sciences auxiliaires du droit

Le droit étant le fruit d'une réflexion, cette réflexion va être nourrie par d'autres sciences. Parmi ces sciences auxiliaires au droit qui vont aider l'auteur de la règle, on trouve l'histoire (et plus précisément l'histoire du droit) qui va permettre de tirer des leçons utiles pour l'auteur ; le droit comparé ; la philosophie du droit ; la sociologie (et plus précisément la sociologie juridique) mais aussi l'économie qui permet de déterminer les effets économiques d'une règle de droit.

Cet auteur de la règle peut être le législateur, le gouvernement mais aussi le juge ou une autorité extérieure. Ainsi, il existe des voix multiples à la création du droit, ce qui peut être source de conflit ou de contradiction.

## Sous-titre I — Les sources internes

On peut envisager deux grandes modalités de la création du droit, deux façons de formuler du droit.

- D'une part le droit écrit qui par une proclamation prescrivant le respect d'un comportement à/pour l'avenir va consigner la règle de manière durable dans un écrit publié (exemple de la loi).
- D'autre part le droit non-écrit où les règles prennent la forme d'une norme qui n'est jamais formulée explicitement, qui n'est donc jamais proclamée de façon générale mais dont l'existence est tout de même reconnue de tous alors qu'elle n'a jamais été consignée par écrit sous forme d'un ordre futur, général et impersonnel (exemple de la coutume et de la jurisprudence).



## Chapitre I — Les sources écrites (la loi lato sensu)

Le droit écrit présente deux grands avantages.

Le premier est un avantage technique car la mise en écrit du droit va faciliter l'administration pratique du droit et l'art du commandement. Du fait que la règle soit écrite et qu'elle soit prospective, c'est elle qui permet le mieux de garantir l'accessibilité du droit, la prévisibilité du droit, la précision quant au contenu exact de la règle mais aussi quant à sa période de vigueur.

Le second avantage est un avantage politique. En effet, cette forme de droit se prête parfaitement à une élaboration démocratique. Historiquement, le droit écrit n'était pas démocratique mais la technique en elle-même peut se prêter à une forme démocratique du droit.

Le droit écrit se manifeste sous trois formes selon qu'il émane du pouvoir constituant (Constitution), du pouvoir législatif (loi) ou du pouvoir exécutif (règlement).

### ● Section 1 — La Constitution

Notre constitution est la Constitution de la Ve République. Elle est l'œuvre politique de de Gaulle et l'œuvre juridique de Michel Debré avec le soutien d'autres juristes comme Jean Fouillé.

Elle organise les pouvoirs publics et leurs agencements mais détermine aussi les compétences de création du droit. En d'autres termes, elle est la loi des lois.

#### § 1 — Le contenu de la Constitution

Il y a deux types de normes constitutionnelles qui vont déterminer les compétences de création de droit.

Le premier va régir de façon générale et impersonnelle le fonctionnement des institutions publiques dans la production du droit en renvoyant cette création au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif. Par la Constitution, le juge n'est pas institué comme un pouvoir source de droit.

Le second bloc est celui des droits et libertés fondamentaux de chacun. Dans ce bloc, on quitte l'aspect organisationnel pour faire face à une liste de droits subjectifs qui sont reconnus à chacun. Ce sont des règles sacrées qui ne pourront être atteintes par des normes inférieures. Parmi ce bloc, on retrouve la DDHC de 1789, les principes politiques, économiques et sociaux du préambule de la Constitution de 1946, la charte de l'environnement de 2004 mais aussi les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR). Ces 4 éléments forment le bloc de constitutionnalité.

#### § 2 — Le rôle de la Constitution

Le rôle de la Constitution est beaucoup déterminé par son contenu. C'est par le rôle du Conseil Constitutionnel, qui par son interprétation rend vivante la Constitution.

D'une part, la Constitution va répartir les compétences institutionnelles (rôle lié à son 1er contenu).

D'autre part, à partir du bloc de constitutionnalité, le Conseil Constitutionnel se voit adresser un rôle prédominant. En effet, il est devenu le protecteur et le gardien des droits et libertés fondamentaux.

Dans le concept d'État de droit, la création du droit doit obéir à des règles de droit prédéfinies. Ici, ces règles sont celles contenues dans le bloc de constitutionnalité. C'est en réponse aux abus de pouvoir de la Seconde Guerre mondiale que le Conseil Constitutionnel a voulu mettre à l'abri des abus les



droits fondamentaux. Or cela suppose une superstructure mise à l'abri du pouvoir politique. Ainsi, les sources du droit sont soumises à un contrôle de constitutionnalité, mais cela n'est pas systématique.

- Le contrôle de constitutionnalité.

Ce qui paraît naturel aujourd'hui est en réalité assez récent. En effet, la loi étant l'expression de la volonté générale, elle était placée au sommet. Ainsi, si la loi était l'expression de la volonté du peuple, un acte démocratique émanant du Parlement, alors pourquoi la contrôler ? De plus comment légitimer ce contrôle alors qu'il est réalisé par 9 personnes non élues ?

Le vrai basculement a lieu en 1971 avec le coup d'état de droit du Conseil Constitutionnel qui va se donner au nouveau pouvoir après sa décision relative à la liberté d'association. Avant cela, le Conseil Constitutionnel devait « simplement » contrôler que les lois n'impactent pas sur la perspective normative du gouvernement.

A partir de 1971, le Conseil Constitutionnel va confronter les lois édictées avec le bloc de constitutionnalité. Or ce bloc contient des droits et libertés extrêmement larges et donc nécessairement sujets à l'interprétation. De plus, ces concepts (parfois flou) devant être conciliés entre eux, le Conseil constitutionnel va devoir faire un arbitrage entre deux concepts flous sujets tous deux à l'interprétation. Ce contrôle est donc façonné par l'interprétation (subjective) du juge.

Ce contrôle de constitutionnalité s'est développé en France progressivement.

- En 1971, seul le Président de la République, le Président de l'Assemblée ou le Président du Sénat peuvent demander un contrôle de constitutionnalité a priori (avant la promulgation de la loi).

- Puis, la demande de ce contrôle a été ouverte à condition qu'il soit demandé par 60 députés et 60 sénateurs a priori. Cette réforme laisse ainsi plus de place à l'opposition dans l'attaque des lois. Il en résulte que le Conseil constitutionnel se fait peu à peu arbitre des décisions politiques.

- Enfin en 2010 a lieu une réforme qui met en place la QPC, question prioritaire de constitutionnalité. Ce contrôle se fait à postériori. De fait, les juristes doivent tous avoir un réflexe constitutionnel.

## ● Section 2 — La loi (stricto sensu)

Ici, la loi peut se définir comme une règle rédigée par une autorité qui intime l'ordre de respecter à l'avenir une prescription générale et impersonnelle.

Après la Révolution, la loi devient la 1<sup>ère</sup> source du droit au point que l'on perçoit même le droit comme étant la loi. Quant aujourd'hui on regarde la Constitution de la V<sup>e</sup> République, la création du droit réside majoritairement dans le droit écrit par le pouvoir législatif.

Ainsi, la loi stricto sensu est la loi voulu par le Parlement, par le pouvoir législatif tel que cela est prévu par la Constitution.

### § 1 — La place de la loi

On remarque une dégradation de la loi dans son niveau hiérarchique mais aussi dans sa qualité.

Dans un sens, cela est vrai. En effet la loi en France a un domaine ouverture moins important, plus réduit qu'auparavant. De plus, du point de vue de la légistique, on constate une dégradation dans la rédaction des lois (constatation qui ne se limite pas à la communauté des juristes). Ainsi, cela participe à l'idée que la loi subit un abaissement dans la hiérarchie des normes.

Ce propos nécessite néanmoins d'être nuancé. On compare souvent la loi à la loi telle qu'elle était en 1804, son âge mythique. Or la société de cette époque était plus simplement et plus autoritairement organisée. Il ne faut donc pas idéaliser cette époque car notre société est bien plus complexe et cela se reflète dans le droit.



De plus, on continue de faire de bonnes lois (malgré la pollution politique) qui sont des sources de droit efficace comme la réforme du droit des contrats, la réforme sur le droit des sûretés.

### A/ Restriction de son domaine

On part de l'idée que les assemblées législatives qui sont souveraines donc elles posent les règles qu'elles veulent dans les domaines choisis. On retrouve cette idée de toute puissante de l'Assemblée sous la IIIe et IVe République. Cependant, cette toute puissante avait aussi comme travers l'instabilité politique. C'est en réaction à cette instabilité qu'a été mise la V<sup>e</sup> République qui reste cette parlementaire mais un parlementarisme en proie au présidentielisme. De fait, la création des lois n'est plus réservée au Parlement. La V<sup>e</sup> République a hissé le pouvoir exécutif au niveau du pouvoir législatif pour permettre au pouvoir exécutif de faire la loi.

La promulgation des articles 34 et 37 dans la Constitution de la V<sup>e</sup> République vont être un choc symbolique qui va porter atteinte à la toute-puissance de la loi.

D'une part, dans l'article 34, on donne compétence à la loi dans certains domaines de poser des règles précises et dans d'autres de poser des principes fondamentaux. On met donc en place deux sous-secteurs de compétence à la loi. Cornu différencie alors :

- La matière purement législative que seule la loi va régir et où elle sera la seule à pouvoir définir les règles de manières la plus précise qu'il soit (comme pour tout ce qui est relatif à la définition des crimes et délits, les règles relatives à la filiation, ...).

- La matière semi législative où la loi va seulement fixer des principes fondamentaux, où elle va fixer les grandes lignes directrices. Le détail des règles techniques va être réalisé par le gouvernement.

D'autre part, l'article 37 met en place les règlements autonomes, invention de la V<sup>e</sup> République, qui sont des règles qui sont élaborées seulement par l'exécutif.

Ainsi, la loi est concurrencée dans son pouvoir normatif par les prérogatives du pouvoir exécutif. Elle est obligée de laisser une place à la concurrence ce qui est en rupture avec notre histoire constitutionnelle marquée par la vision rousseauiste.

### B/ Abaissement de sa place hiérarchique

Le facteur d'affaiblissement majoritaire de la loi tient à une dégradation de cette dernière dans la hiérarchie des normes, hiérarchie qui est-elle même bouleversée.

Le système de hiérarchie des normes est un agencement des normes écrites en un système hiérarchique, qui consiste en une pyramide à étages hiérarchisés en vertu de laquelle chaque norme tire toute sa valeur juridique de la norme qui lui est supérieure et que pour cette raison, elle ne peut pas contredire. Autrement dit, ce système permet de poser un système de validité des normes.

C'est au sein de cette pyramide que la place de la loi est attaquée par le dessus et par le dessous.

Par le bas, la loi est attaquée par le pouvoir exécutif et plus précisément par le règlement autonome mis en place par l'article 37. Mais elle est aussi attaquée par les ordonnances mises en place par l'article 38 de la Constitution. A partir de cet article, le parlement va exceptionnellement autoriser l'exécutif de faire la loi à sa place, loi réalisée dans les ministères et entraîne pas de débat parlementaire. Cette loi, nommée loi d'habilitation, est temporaire mais peut devenir perpétuelle après la validation du Parlement. Avec l'alignement du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif, on a des





lois qui formellement sont des lois issues du Parlement mais qui sont dans la pratique issues de l'exécutif. En effet, le pouvoir législatif, dont la majorité est souvent de la même couleur politique que le gouvernement, n'ira pas contre les projets de loi proposés par l'exécutif. De plus, comme c'est le pouvoir exécutif qui fixe l'ordre du jour, on fait souvent passer les projets de loi avant les propositions de loi devant l'Assemblée.

Par le haut, la loi est soumise à un contrôle de fondamentalité qui est exercé par les juges. On a déjà abordé cela en abordant le contrôle de constitutionnalité. Il existe, en plus de ce contrôle, un autre type qui est le contrôle de conventionnalité qui fait référence au contrôle entre la loi et la convention européenne des droits de l'Homme. Ce contrôle est exercé par le juge français. En exerçant ce contrôle, le juge se place donc sous une double hiérarchie : il doit juger à partir de son droit interne mais peut au nom du droit européen écarter ce même droit interne. Cependant, aussi bien dans le cas de contrôle de constitutionnalité que de contrôle de conventionnalité, le pouvoir d'interprétation du juge est considérable aux vues du flou interprétatif des textes. Ainsi in fine la loi est soumise à un droit prétorien fondamental. La loi est donc l'expression de la volonté générale qui respecte la Constitution et les traités internationaux.

### C/ Dégradation de la qualité de la loi

Cette dégradation de la loi est pour partie liée aux phénomènes évoqués précédemment. On entend par là la dégradation de la loi pour assurer la sécurité juridique, son aptitude à être lisible et compréhensible. En effet, on est face à des lois de plus en plus mal écrites : elles se répètent, utilisent beaucoup de mots pour dire peu de choses... Depuis 50 ans, la tendance est telle que les textes sont de plus en plus imbuables.

Il ne faut pas pour autant tomber dans la généralité : il reste certaines lois de grandes qualités. De plus, les lois sont le reflet de notre époque qui est marquée par la complexité informatique mais aussi psychologique.

Mais, de façon un peu plus précise, l'augmentation de la fabrication des lois par l'exécutif a favorisé la technocratisation des lois.

Cependant, ce n'est pas la seule explication à la dégradation de la qualité de la loi. On relève d'autres phénomènes qui ont participé à accentuer la tendance. D'une part, on est face à une inflation législative due à une multiplication d'annonces politiques avec l'idée que la loi reste un moyen de changer les choses (on retrouve ici quelque chose de la majesté de la loi). D'autre part, on assiste à une multiplication des lois non normatives. Ce sont des lois qui ne portent pas vraiment de règles de droit en leur sein. On va de fait utiliser le prestige de la loi pour énoncer des grands principes sans donner d'indication quant à la façon d'appliquer concrètement cette loi. Or cela vient gonfler l'appareil normatif. Cela montre cependant que cette puissance symbolique et politique de la loi reste intacte : on croit encore dans la loi et in fine dans le droit. En effet, la loi est la seule source dont la légitimité démocratique est irremplaçable.

### § 2 — L'élaboration de la loi

La procédure d'élaboration de la loi est définie par la Constitution.

En substance, le point de départ de l'élaboration de la loi commence avec une proposition de loi (issue du Parlement) ou un projet de loi (issue du gouvernement). Si la proposition ou le projet n'obtient pas de vote conforme des deux chambres, alors commence la navette parlementaire. Si les divergences se maintiennent à propos du texte, un point d'accord peut se trouver grâce à la commission mixte paritaire composée de 7 sénateurs et 7 députés. En cas de non accord, l'Assemblée aura le dernier mot



(c'est pour ça qu'il ait politiquement déterminant d'être majoritaire). Par la suite, un contrôle de constitutionnalité pour valider ou non le texte peut être demandé mais ce dernier n'est pas automatique. Enfin, le président de la République va promulguer la loi qui va ainsi rentrer en vigueur via sa publication au journal officiel.

### § 3 — Entrée en vigueur et fin de la loi

L'entrée en vigueur de la loi peut être déterminée par la loi elle-même. Par exemple, la loi sur la réforme des contrats a été différée de 6 mois pour permettre au rédacteur de contrat de revoir leurs modèles. Cependant, si la loi est silencieuse quant à son entrée en vigueur, d'après l'article 1 du code civil, elle rentre en vigueur le lendemain de sa publication au journal officiel.

Dans l'hypothèse où la loi doit être complétée par un règlement d'application, la loi ne peut entrer en vigueur sans qu'il n'y ait de règlement d'application.

En principe, la loi est perpétuelle, elle veut pour l'éternité. Seule petite réserve moderne : les lois expérimentales qui sont en vigueur pour une durée déterminée, durée déterminée par la loi elle-même. C'est au législateur qu'il revient de réfléchir au fait de reconduire ou non la loi dans une logique perpétuelle.

Cependant, on peut tout de même abroger la loi. Une loi peut être abrogée de deux façons.

La première façon d'abroger une loi est l'abrogation expresse. C'est le pouvoir législatif qui, en adoptant une nouvelle loi, déclare que la loi n'est plus en vigueur. Cette abrogation est une abrogation pour l'avenir, autrement dit on ne revient pas sur les jugements passés sous l'ancienne loi. Il existe deux formes d'abrogation expresse :

- L'abrogation pure et simple dans laquelle une loi vient simplement mettre fin à une autre (cas de la peine de mort).

- L'abrogation par remplacement qui va remplacer une loi par une autre loi. Cependant, cette forme d'abrogation pose problème car parfois elle pose la question de l'abrogation d'un ordre antérieur (faut-il revenir sur ce qui a été jugé). De fait, il est parfois plus pratique d'abroger purement et simplement puis de légiférer.

La seconde façon d'abroger une loi est l'abrogation tacite. C'est l'hypothèse où le corps social en vient lui-même à ne plus respecter la loi. Cela pose donc la question de la désuétude de la loi : doit-on considérer qu'un ordre écrit a été abrogé par désuétude quand plus personne ne le respecte et plus personne ne le sanctionne ? La réponse à cela est compliquée. C'est pourquoi formellement on dit que la loi ne peut pas être abrogée par désuétude car il en retourne de la crédibilité des lois. Mais dans la pratique, il existe bien des lois que plus personnes ne respectent et n'appliquent. On est alors face à un conflit de norme entre une coutume et la loi. Ainsi la question de désuétude de la loi n'est rien d'autre qu'une question de conflit entre une loi et une coutume *contra legem*, forme de coutume qui est reconnue comme exceptionnellement validée par le système de droit français.

### ● Section 3 — Le règlement

Le mot règlement en droit interne ne doit pas être confondu avec les règlements de l'Union européenne qui viennent de Bruxelles. Au sens de la Constitution française (et donc pour le droit interne), le règlement est un acte normatif émanant du pouvoir exécutif au sens large. On entend par là que les règlements peuvent être édictés par une autorité centralisée (on parlera alors de décrets) ou par une autorité décentralisée (on parlera alors d'arrêtés).



A travers les articles 34 et 37 de la Constitution, le règlement vient concurrencer la loi.

L'article 34 met en place des règlements d'application. Alors que la loi va permettre de fixer les lignes directrices, le pouvoir administratif va venir compléter la loi en précisant son application technique. Par exemple, dans le droit de la preuve, la loi dit juste que tous contrats doivent être écrits au-delà d'un certain montant. Ce montant sera fixé par décret.

L'article 37 met en place le règlement autonome. Ce règlement autonome va venir concurrencer la loi en lui retirant une partie de son domaine de compétence pour la donner à l'exécutif. Le pouvoir exécutif va donc détenir un part de la fonction législative.

Cependant la frontière entre la loi et le règlement à partir des articles 34 et 37 peut être floue. En effet, soit la loi va manger sur le domaine réglementaire soit c'est le règlement qui va manger sur le domaine de la loi.

Lorsque le pouvoir exécutif se saisit d'un domaine législatif qui n'est pas prévu dans la Constitution, autrement dit, quand il empiète sur le domaine de la loi, le Conseil d'Etat a un pouvoir juridictionnel de sanctionner le pouvoir exécutif pour excès de pouvoir. Ce jugement peut se prononcer après une plainte pour excès de pouvoir.

Lorsque la loi vient manger sur le domaine du règlement, théoriquement, le pouvoir exécutif dispose de deux instruments juridiques pour faire en sorte que cela n'arrive pas. Tout d'abord, lors des débats parlementaires, le pouvoir exécutif peut faire valoir l'exception d'irrecevabilité si les parlementaires introduisent un amendement qui est du domaine réglementaire. Cependant, les présidents des chambres peuvent s'opposer. Dans ce cas, le Conseil de constitutionnalité pourra se saisir de l'affaire et trancher. A posteriori, le gouvernement peut passer par le Conseil constitutionnel pour déterminer que la loi a empiété sur le domaine réglementaire et ainsi commencer une procédure de délégalisation. Cependant, dans la pratique, ce fait est largement toléré car la loi est aujourd'hui en pratique préparée par l'ordre exécutif. Donc en soi, cela ne pose pas problème que la loi empiète sur le domaine réglementaire vu que ce soit une loi ou un règlement, c'est le pouvoir exécutif qui reste à la manœuvre. Autrement dit, c'est le pouvoir exécutif qui est à l'origine de loi qui mange sur son domaine de compétences législatives. Un problème se pose lorsque le pouvoir exécutif veut modifier une loi qui empiète sur le domaine réglementaire. En effet, pour réformer une loi, il faut une loi ; pour réformer un règlement, il faut un règlement. Il est donc parfois plus simple de dénoncer cette loi comme empiétant sur le domaine réglementaire auprès du Conseil constitutionnel (quand bien même c'est le pouvoir exécutif derrière cette loi). Le Conseil constitutionnel va alors pouvoir déterminer qu'une partie du texte relève matériellement du règlement. Ainsi le texte va pouvoir être réformé par règlement.

## Chapitre 2 : les sources non écrites

Après le droit écrit, on peut identifier le droit non écrit comme un ensemble de règles qui n'ont jamais été formulé expressément sous forme de proclamation pour l'avenir d'un ordre abstrait et général mais dont l'existence est pourtant tenue pour établie par tous tacitement.

En somme, le droit non écrit peut être défini comme un droit tacite, comme des règles qui ne sont pas écrites, pas promulguées mais qui existent car le corps social en reconnaît l'existence. C'est l'exemple parfait de la coutume ou bien encore celui de la jurisprudence. On peut aussi identifier un autre phénomène de création de participation au droit : la doctrine.



## ● Section 1 : la coutume

La coutume est sûrement la première manifestation historique du droit. Cependant, la doctrine peut aussi mettre à mal les frontières extérieures du droit car il est parfois compliqué de délimiter la doctrine vis à vis des convenances sociales. Il n'en reste pas moins que la coutume est perçue comme une source de droit incontestable.

On peut ainsi définir la coutume :

- règle non écrite présente dans la conscience populaire, ou du moins d'un groupe, qui tient pour évidemment obligatoire l'adoption d'un comportement déterminé.

L'origine de la coutume est immémoriale ce qui veut dire que l'on ne peut dater la coutume, on peut simplement dire que son origine remonte à un temps assez long pour qu'elle soit suffisamment répandue pour être acceptée et respectée, en outre, pour qu'elle est un caractère obligatoire.

La règle promulguée par la coutume vient d'en bas, elle résulte de la sécrétion de l'esprit du peuple (Savigny), de la conscience collective d'un groupe. Elle vient du fait. En ce sens, elle s'oppose aux sources qui viennent d'en haut comme la loi ou la jurisprudence pour qui on peut identifier l'autorité constituée qui donne l'ordre. Il y a donc un intérêt sociologique à la coutume.

On retrouve aussi un intérêt politique de la coutume car elle est adoptée par le peuple. Or cela peut être relativisé : en effet, ce sont les grandes forces d'influence du groupe qui vont donner la marche à suivre donc il est ainsi possible d'y voir une force aristocratique.

On a souvent tendance à dire que la coutume résulte de la volonté populaire ; que la loi résulte de la volonté politique et que la jurisprudence résulte de la volonté judiciaire.

### **Paragraphe 1 : La notion de coutume**

La coutume peut se définir comme une pratique sociale répétée perçue comme juridiquement obligatoire par le groupe dans lequel elle s'observe. On retient ainsi 2 éléments constitutifs de la coutume :

- **L'élément matériel** : pour qu'il y ait coutume, il faut une pratique sociale identique et répétée.

- **L'élément psychologique** : pour qu'il y ait coutume, il faut que cette pratique sociale en question soit perçue comme obligatoire (et donc sanctionnable) par le groupe social.

In fine, c'est le juge qui va pouvoir donner un caractère obligatoire à la coutume. En effet, comme il constate que le comportement est répété et perçu comme obligatoire, il va considérer cette règle comme règle de droit.

### **Paragraphe 2 : La place de la coutume**

Dans le système juridique français, on aura l'impression que la coutume est devenue résiduelle. En effet, il est vrai que le temps d'un droit purement coutumier est révolu en France et ceux depuis la Révolution française et le renversement vers un modèle légicentriste.

Cependant, la coutume n'est pas pour autant totalement inexistante. En effet, il ne faut pas sous-estimer les relations qu'entretiennent encore aujourd'hui loi et coutume. On peut alors distinguer 3 formes de coutume dans leurs relations avec la loi :



- **La coutume secundum legem** qui est une coutume à laquelle la loi renoue expressément. En effet, le texte législatif va s'en remettre à la coutume. C'est le cas par exemple de l'article 671 du Code civil qui fixe la norme quant à la distance de plantation avec le terrain voisin. Or pour cela, le code renvoi d'abord aux usages locaux.

- **La coutume praeter legem** qui est une coutume qui s'établit dans le silence de la loi, qui s'établit dans un vide législatif. Cette forme de coutume est devenue assez rare pour les règles principales mais il est toujours possible que la fonction de complétude s'exerce. C'est le cas notamment pour le terme de « tête nue » quand il s'agit de photo pour des documents officiels.

- **La coutume contra legem** qui est une coutume qui est contre la loi. La loi va donner un ordre et la coutume va donner l'ordre inverse, ce qui est dans un sens illégal. C'est le cas par exemple des dons manuels qui est une coutume contra legem qui bafoue l'article 931 du code civil. En effet, l'article dispose que le don doit obligatoirement se faire par acte notarié. Mais en pratique, le corps social n'a jamais appliqué la règle pour les biens qui passent de main en main. On reconnaît alors que le corps social a créé une règle en violation avec l'article de loi. Un lien peut alors se faire avec l'abrogation de la loi par désuétude où l'on perd de vue l'application et même l'existence du texte qui aurait été abrogé par une coutume contra legem.

## ● Section 2 : la jurisprudence

La **jurisprudence** est une source de droit très importante mais dont l'essor est relativement récent en France. Le terme de jurisprudence est polysémique :

- Le terme renvoi à l'ensemble des décisions de justice rendue par une juridiction. C'est la collecte des décisions rendues par les juridictions et en ce sens-là la jurisprudence ne désigne pas une source du droit.

- De **manière stricto sensus**, la jurisprudence est perçue comme une source du droit. En ce sens, c'est la façon dont un juge va trancher un même cas d'espèce, un même problème juridique en série. Par rapprochement des cas, derrière cette manière de juger, le juge formule une règle qui va être perçue comme obligatoire. Donc implicitement, le juge va formuler une règle de droit.

La jurisprudence a toujours existé mais sa place dans le système juridique a beaucoup évolué. Aujourd'hui encore, le débat sur la légitimité du juge de créer du droit parallèlement ou contre une loi persiste. C'est un débat de nature juridico-politique.

### Paragraphe 1 : La nature de la jurisprudence

Le fait que la jurisprudence soit une source de droit est un débat sans fin dont la réponse varie beaucoup selon les auteurs. Il est en réalité compliqué aujourd'hui de dire que la jurisprudence n'est pas une source de droit.

Comme le montre Jestaz, le **paradoxe de la jurisprudence** est qu'institutionnellement, elle n'est pas perçue comme une source de droit bien qu'elle soit enseignée dans les universités.

De plus, comme le montre Esmein, la jurisprudence bien qu'elle ne soit pas considérée comme une source de droit en droit, elle peut l'être en fait.



En effet, du point de vue de la constitution, le **juge** ne se voit pas reconnaître le pouvoir de créer des règles de droit : le juge ne fait que trancher un litige entre deux individus en appliquant de la loi. Donc constitutionnellement, le juge est un applicateur de la loi, d'une règle de droit qui existe en dehors de lui et qu'il n'a pas créé.

Cependant, en fait, les juges instaurent des règles de droit par la façon habituelle qu'ils ont de juger. La jurisprudence est donc une source de droit d'un point de vue sociologique. A l'occasion d'un jugement particulier, le juge va s'appuyer sur une règle qui n'est peut-être pas une règle de loi, et peut être même pas une règle de coutume mais va de lui-même, de sa vision du juge, de son jugement de la situation créer une règle qui ne sera jamais promulgué. En effet, le juge est dans l'obligation de rendre un jugement.

#### > **Argumentaires contre la jurisprudence en tant que source du droit**

- Sur le terrain légal, l'article 5 du Code civil interdit les arrêts de règlement. Le juge n'a donc pas le pouvoir de créer formellement des règles de droit

- L'article 1365 du Code civil pose l'autorité de la chose jugée relative. En ce sens, le jugement rendu par un juge n'a d'effets juridiques que pour les deux parties au procès. Il n'existe pas de rayonnement possible de la décision rendue par le juge. Ce qu'a dit un juge ne peut pas aller plus loin que l'espèce.

- Il n'y a pas de règle du précédent (contrairement au système de Commun Law) en France. Autrement dit ce que les cours supérieures jugent ne les lient pas à la façon de juger pour les cours inférieures.

- Par la règle constitutionnelle de la séparation des pouvoirs, la Constitution ne reconnaît que le pouvoir législatif et exécutif comme des pouvoirs créateurs de droit. Or elle ne reconnaît pas ce pouvoir à l'autorité juridique.

#### > **Argumentaire pour la jurisprudence en tant que source du droit**

- La Constitution ne mentionne pas la coutume et pourtant il est évident que la coutume est une source du droit. Il en résulte que la constitution ne traite que des sources de droit écrites.

- Concernant l'article 5 et l'article 1365 il faut bien comprendre la portée de ces textes. En effet, cela interdit aux juges de créer du droit écrit et donc leur interdit de créer du droit à la manière d'un législateur ou de l'exécutif, c'est à dire en proclamant un ordre général et impersonnel pour l'avenir. Mais rien n'interdit le juge de pouvoir juger un même cas toujours de la même façon. En tranchant toujours de la même façon les mêmes cas d'espèce, sociologiquement, tout le monde va reconstruire par induction la règle générale tacite à partir de laquelle le juge rend son jugement. En aucun cas le juge ne promulgue de règle pour l'avenir.

- Les auteurs utilisent aussi l'article 4 pour nourrir leurs argumentaires sur la construction d'un droit tacite. En effet, cet article dispose que le juge est dans l'obligation de juger, qu'il ne peut commettre de déni de justice. Or parfois, le juge se retrouve face à une situation de vide législatif ou de règles trop générales pour être appliquées tel quel au cas d'espèce. Pour cela, il va imaginer spécialement pour ce cas d'espace une règle virtuelle qui ne serait en réalité qu'une règle qui préexiste au juge mais dont ce dernier était la source. Ce faisant, formellement, le juge reste dans son rôle. Il ne dira jamais que c'est lui qui a écrit la règle mais que la règle existe dans un état flottant.



- La règle du précédent est limitée par le phénomène de hiérarchie judiciaire en France. En effet, la cour de Cassation peut casser le jugement d'une cour inférieure. Elle ne peut pas promulguer de nouvelle règle mais a le pouvoir de casser une précision précise. Bien que juridiquement, les cours font ce qu'elles veulent, elles savent que si elles contredisent la cour de cassation, cette dernière a le pouvoir de casser leur jugement. La cour de cassation détient donc une autorité réelle sur les autres cours car les cours inférieures vont s'aligner à elle dans l'intérêt du justiciable.

## Paragraphe 2. La place de la jurisprudence

On arrive ici au cœur du débat politique. En effet, bien qu'on reconnaisse la jurisprudence comme une source du droit de fait, elle reste une **source du droit particulière** car :

- La jurisprudence, aussi utile qu'elle soit, connaît un vrai **problème dans sa légitimité**. En effet, elle émane de juges qui ne sont pas élus et qui ne sont même pas pensés comme un corps qui devrait représenter le peuple. Les juges n'ont pas besoin de légitimité démocratique car leur rôle est d'appliquer la loi.

- De plus, institutionnellement, le juge n'a pas été reconnu pour faire du droit mais pitre l'appliquer. Il ne détient **pas de pouvoir créateur en soi**.

Et pourtant, le juge va créer du droit et ceux à deux occasions :

1. En **interprétant la loi** car il va devoir appliquer un texte très général à un cas particulier. Comme la législation n'est pas toujours suffisamment claire et pas suffisamment complète, le juge se retrouve dans la nécessité de l'interpréter pour rendre un jugement.

On reconnaît donc l'existence et le caractère indispensable de la jurisprudence mais seulement dans le cadre de la loi. Il en résulte que le pouvoir créateur du juge est incontournable car les textes sont imprécis, pas clairs, et même parfois vides. La jurisprudence va donc intervenir comme une source complétive de la loi.

Là où cela peut devenir problématique c'est lorsque les juges vont jouer sur l'interprétation (souvent de vieux textes) pour modifier l'interprétation du texte. Ils vont donc utilisés l'interprétation de texte pour créer des grands principes de droit. Mais cette interprétation peut être artificielle.

2. Dans une logique d'interprétation créatrice, lorsque la loi est muette, mais le juge est pris en tenaille entre l'article 5 et l'article 4. Le juge va alors combler la loi à partir de grands principes généraux

Exemple : théorie des troubles anormaux du voisinage, règles relatives au régime juridique de l'offre contractée

Il en résulte que la jurisprudence a dans la présentation classique du droit une place secondaire où la loi reste la source supérieure du droit. La jurisprudence est alors vu comme le **prolongement de la loi**. De plus, comme la jurisprudence ne peut se déployer classiquement que dans les interstices de la loi, théoriquement, on ne peut pas concevoir des jurisprudences *contra legem*.

Mais en vérité, le juge peut user de toutes les ressources de l'interprétation dont il dispose pour contredire la loi. Plus encore, personne ne contrôle l'interprétation du juge. C'est ce qui fait le **paradoxe politique de la jurisprudence** qui pourrait en ce sens être le pouvoir le plus puissant qu'il soit. En effet, la faible position institutionnelle du juge fait toute sa force politique. Constitutionnellement, le juge est perçu comme un mécanisme très innocent qui est un simple



applicateur de loi et est donc traité comme tel. Cela se traduit par le fait qu'il n'est pas besoin d'être contrôlé. C'est alors au juge de s'auto-contrôler.

A l'inverse, les sources de droits écrites tel que la loi sont contrôlées institutionnellement. En effet, comme institutionnellement, on reconnaît un pouvoir créateur du droit, on s'est méfié d'eux et on a donc mis en place des contres pouvoirs. Et par qui sont-ils contrôlés ? Par des juges !! La loi et le règlement sont soumis à des **contrôles de conventionnalité et constitutionnalité** exercés par des juges qui formellement ne font que contrôler le texte de loi à un autre texte de droit. Sauf qu'aujourd'hui, le contrôle se fait aussi par l'interprétation qu'à le juge de certains textes fondateurs tels que ceux contenus dans le bloc de constitutionnalité.

### **Paragraphe 3. Les caractères du droit prétorien**

- **Les caractéristiques de la jurisprudence à son avantage**

Le droit crée par la jurisprudence est un droit réactif et adaptable : il est bien plus en prise avec les vérités du réel.

En effet le législateur réfléchit dans l'abstrait, à partir de ce qu'il peut entendre donc il peut faire du droit qui n'est pas adapté à la réalité sociale. Or le juge résout des conflits concrets qui appellent des solutions de droits concrètes autrement dit des réponses plus proches des phénomènes sociaux.

C'est aussi un droit plus rapide en opposition avec le processus législatif qui lui est plus long. Le juge n'est pas soumis par l'ensemble des contraintes auxquelles sont soumis les législateurs. Le juge à partir de la façon dont il tranche les litiges va créer du droit.

Enfin la jurisprudence peut permettre de régler des réponses secondaires là où la loi a un problème de place. En effet la loi aux vues de sa généralité ne peut pas prévoir tous les cas et ne doit pas. Elle se limite alors à de grandes vues générales et ce sont les auteurs et les juges se doivent de compléter la législation (Portalis).

- **Les caractéristiques de la jurisprudence à son désavantage**

La jurisprudence est une source de droit difficilement identifiable. En effet, c'est une source qui pose problème dans :

- Sa lisibilité car c'est compliqué de lire une décision de justice à contrario de la loi qui se doit d'être le plus facilement lisible (idéal du code de 1804).

- Son accessibilité car même si la cour de cassation s'est organisé pour se publier grâce à la publication de bulletin dans laquelle elle rend compte de sa jurisprudence. De plus, aujourd'hui on les retrouve sur Légifrance bien qu'il n'y ait pas tous les arrêts.

- La certitude quant à l'existence de la règle. En effet, le juge ne pouvant faire de droit à la manière du législateur, la règle est toujours suggérée sans jamais être énoncée. C'est une règle de droit tacite.

De plus, c'est un droit dont la **mise en œuvre est difficile** :





- Contrairement à la loi qui pose clairement la règle, la jurisprudence se fait par couche, par essai. Alors que l'entrée en vigueur de la loi est exprimée à l'article 1 du code civil, rien ne précise la manière dont une jurisprudence entre en vigueur. En réalité, la jurisprudence se fait par couche, par essais de la part du juge.

- La jurisprudence crée un droit rétroactif. En effet, dans son essence la jurisprudence n'est pas une règle mise en place par le juge mais une règle qui précède au juge. Donc cette règle est censée préexister au jugement si elle préexiste au juge. En ce sens, elle va s'appliquer à des situations juridiques qui se sont posées avant que le juge ne rend sa décision. Elle est donc censée avoir toujours existé et donc avoir toujours été appliquée. Or lors de revirement de jurisprudence, la jurisprudence « en vigueur » va changer. Or cela est nuisible à la sécurité juridique car on trompe la confiance du justiciables envers l'ancienne jurisprudence.

- La jurisprudence n'est pas toujours adaptée et complète. Bien qu'elle permette de détecter les besoins sociaux plus rapidement que le législateur, la jurisprudence ne peut monter en généralité comme le fait le législateur. Elle crée une règle à partir d'un cas particulier qui ne pourra pas être toujours applicable. Pire encore, son application dans certains autres cas particuliers peut avoir des retombées désastreuses (exemple : le droit de la responsabilité où une jurisprudence peut se créer sous le coup de l'émotion). Il est donc dur de monter en à partir du cas d'espèce. Le législateur en étant loin des cas peut être réfléchi plus à froid.

La jurisprudence a donc un champ de création assez limité en raison de la façon très particulière dont elle fait du droit. Il lui est impossible de rentrer dans des détails de technicité comme poser un délai, une donnée chiffrée ce qui serait assumé par un arrêt de règlement.

### ● Section 3 : la doctrine

Il est généralement reconnu que la doctrine n'est pas une source de droit.

La doctrine renvoie à toute la **variété d'opinion des auteurs** (liberté d'opinion dans l'interprétation du droit).

On y retrouve « l'opinion publiée des jurisconsultes » qui sont des publications dans des revues juridiques dans lesquelles des commentateurs du droit font connaître publiquement leurs avis. On entend par jurisconsulte les savants du droit, les commentateurs autorisés, autrement dit ceux qui font profession de décrire la règle de droit et de porter une appréciation critique sur cette règle. En pratique, cela renvoie beaucoup aux professeurs mais de façon plus générale, cela renvoie à tous les juristes qui vont commenter et publier leurs commentaires sans que cela soit dans l'exercice de leurs fonctions propres mais dans la qualité de juriste, de savant du droit.

Il y a donc un **rôle d'information et de critique** de la doctrine

Dans ce travail, la doctrine a un **rôle d'interprétation** du droit mais sans pouvoir décisionnel par opposition au juge. La doctrine propose une voie d'interprétation car elle exprime des opinions. Or une opinion n'est pas une décision. Une opinion n'est pas un ordre, ce n'est pas une règle de droit. Elle peut cependant faire des suggestions de règle de droit mais ce ne sont pas des règles de droit en soi.



Cependant, c'est un propos qu'on peut nuancer. En effet, quand l'ensemble des manuels sont unanimes sur une notion, cela peut le lier avec le juge. Les mouvements d'opinions peuvent alors être extrêmement puissant bien qu'ils ne permettent pas de faire de lien avec la règle de droit sauf si on adopte une définition sociologique du droit et auquel cas on pourrait être face à une forme embryonnaire de la règle de droit.

Il n'en résulte pas moins que de plus en plus, on sollicite des auteurs de doctrine tel que Cornu ou Carbonnier pour venir rédiger des projets de loi. Ils ont alors une fonction de conseil. De plus, il y a toujours une grande tradition de vénération des auteurs chez les juristes donc il ne faut pas non plus dénigrer l'influence de la doctrine sur le droit.

## Sous-titre 2 : les sources internationales

Les **sources internationales** sont des règles de droit dont l'origine est internationale mais dont il existe divers acteurs. En effet ces règles peuvent être créée par un contrat passé entre Etats souverains, par des institutions internationales elles même créées à partir de contrat multilatéral entre des Etats. On parle alors de **traité, de convention ou d'accord**.

On distingue **3 sources de droit internationales** :

- Le droit écrit comme la loi ou comme les contrats (tel que les traités et les conventions)
- Les coutumes internationales qui sont les usages immémoriaux que l'on constate dans le comportement des Etats eux-mêmes. Il y a des coutumes entre les Etats mais aussi entre les entreprises comme la *Lex mercatoria*.
- La jurisprudence des juridictions internationales et régionales comme la Cour Judiciaire de l'Union Européenne (CJUE) et la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH).

On distingue **deux ordres juridiques** (un ordre juridique étant la façon dont sont agencés les règles).

- Un **ordre juridique interne** qui est le droit produit par les institutions françaises.
- Un **ordre international** qui est constitué des règles qui trouvent leurs origines dans tout sauf dans les institutions françaises.

En France, on vit dans les 2 ordres. En effet les règles issues de l'ordre juridique interne vont s'appliquer en interne, les institutions françaises leur reconnaissent une force obligatoire car elles en sont l'auteur. Mais l'ordre juridique international va aussi s'imposer aux juridictions françaises car les règles sont reconnues comme obligatoires par les Etats eux-mêmes dans leurs rapports avec les autres Etats mais aussi reconnues obligatoires par les organisations internationales dont font partis les Etats. Il arrive cependant qu'il y ait des **conflits** entre les deux ordres (exemple : dans le sommet de la hiérarchie des normes).

Il faut cependant porter une attention particulière sur les **sources européennes** qui ont une portée particulière dans l'ordre interne. Il y a une confusion entre ordre interne et international en ce qui concerne les sources européennes.

## Chapitre 1 : les sources internationales en générales



Les sources internationales s'appuient sur les **traités bilatéraux ou multilatéraux**. La **force obligatoire** du traité dépend de :

- L'ordre international car le traité a la valeur d'un contrat entre Etats mais il n'existe pas de **juridictions supranationales** qui peut contraindre les Etats à exécuter le traité.

- Des effets que cela va avoir sur le droit interne. En effet, certains traités peuvent créer des droits subjectifs, des prérogatives qui peuvent être utilisés par les nationaux, les personnes privées contre leur Etat (effet vertical) ou contre un autre particulier (effet horizontal).

On peut alors reconnaître un traité à partir de deux conditions :

- Le traité ne constitue pas seulement un engagement d'un Etat envers un autre Etat mais peut aussi être interprété en ce sens qu'il a un **but pour les nationaux**.

Les **stipulations du traité** doivent être suffisamment précises et inconditionnelles (comme la convention internationale des droits de l'enfant).

## Chapitre 2 : Les droits européens en particulier

Il existe deux Europe, **deux organisations institutionnelles européennes**, donc deux organismes internationaux européens qui ne correspondent pas aux mêmes institutions ni aux mêmes droits.

D'une part, il y a l'**Union Européenne** construite à l'origine comme la communauté économique européenne mais qui est par la suite devenue un accord international en vue d'une union politique. Bien que l'acte fondateur fût un traité multilatéral, ce traité a eu pour conséquence juridique de créer une nouvelle entité juridique (ici un nouvel acteur international) reconnue par les Etats signataires comme étant elle-même productrice de norme. De ce fait, on a instauré un ordre juridique nouveau qu'est l'Union Européenne, ordre très particulier car ce dernier est intégré aux ordres internes. Plus encore, cela va au-delà de chaque ordre juridique internes et les dépassent dans la mesure où elle surplombe ces ordres juridiques.

D'autre part, il y a le **Conseil de l'Europe** qui est plus vaste et plus ancien. Le Conseil est créé par le traité de Londres de 1949 qui fut conclue dans la foulée de la Seconde Guerre Mondiale en réponse aux atrocités commises durant la guerre. La volonté de ce traité est de faire unir les forces afin d'assurer le maintien de la démocratie et des libertés en Europe. On dénombre 47 états membres avec une dimension transcontinentale large. Cette institution se fonde sur un traité classique.

### ● Section 1 : Le droit de la convention européenne des droits de l'Homme

Le **droit de la convention européenne des droits de l'Homme** est issu du **Conseil de l'Europe** qui siège à Strasbourg. Cette convention de 1950 est entrée en vigueur en 1953 consiste en une déclaration des droits de l'homme, en un énoncé hiérarchisé des **droits et libertés fondamentales** des hommes. La ratification de la convention fut tardive par le général de Gaulle.

Cette convention est une innovation car non seulement cette convention repose sur un engagement international mais en plus de cela, on met en place un **gardien** sur cette convention (le juge ad Hoc). Cette mise en place d'un gardien sur la convention, gardien juge, interpelle Jean Foyer. En effet, bien



que l'ensemble des ministres du général de Gaulle sont d'accord pour la ratification de cette convention, Jean Foyer s'y oppose. Il y voit un problème par le fait que rien ne permet de contrôler les juges, juges qui pourraient remettre en cause les décisions soumises à une suprématie dans l'ordre juridique français. En ce sens, Charles de Gaulle ne ratifiera pas la convention avant les années 1970.

Par la suite, la CEDH saisit des juges pour condamner les pays dont les lois et les textes (donc les décisions soumises à la suprématie de l'ordre juridique interne) n'étaient pas conformes à la convention. La convention produit en effet des effets directs car elle est invocable par les nationaux. Par exemple, un national peut saisir individuellement la cour de Strasbourg s'il estime que son pays n'a pas respecté ses droits et libertés fondamentales garantis par la Convention.

Ainsi, la **convention soumet les pays qui l'ont ratifié à la respecter** par une indemnisation qui pousse également le pays à changer sa loi et ses textes, donnant en un sens aux craintes de Jean Foyer.

## ● Section 2 : Ordre juridique de l'Europe de Bruxelles

L'ordre juridique de l'Europe de Bruxelles est un nouvel ordre juridique créé par une nouvelle organisation internationale qui met en place son propre ordre juridique avec sa propre législation.

Pour cela, **le droit de l'Union Européenne** s'appuie sur deux sources principales :

Le **droit primaire** qui est un droit issu des traités fondamentaux de l'Union Européenne tel que le traité de Rome et de toutes ses révisions comme le traité de Maastricht, le traité de Lisbonne, etc... Le droit primaire repose donc sur le Traité de l'Union Européenne (TUE) et sur le traité de fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) qui a permis de préciser les modalités d'exercice de compétences attribuées aux institutions de l'Union mais plus globalement les domaines de compétences de l'Union Européenne.

Le droit primaire est donc composé de textes à portée institutionnelle mais aussi des textes de natures très techniques (étant donné que le traité était initialement un traité de commerce).

Le **droit dérivé de l'Union Européenne** que l'on appelait autrefois la droite communauté. Cela regroupe l'ensemble du droit produit par les institutions européennes mis en place par les traités. C'est pour ainsi dire tout le droit législatif de l'Union Européenne, l'ensemble des normes créées par les institutions européennes comme le Conseil, la Commission ou bien encore le Parlement européen.

On distingue au sein du droit dérivé de l'Union Européenne deux actes de nature législative :

- **Les directives** qui sont des actes législatifs européens qui étendent laisser une marge de manœuvre aux états membres. En effet, il incombe aux états de transposer les consignes données par les directives par un acte législatif interne. Cet acte interne peut aussi bien être une loi qu'un décret, l'Union Européenne laisse l'état libre de choisir la forme qu'il veut donner à l'acte. Ainsi les directives supposent en aval un acte de transposition par un acte de droit interne pour la concrétiser. Cependant, les directives envoyées par Bruxelles prenant le plus en plus la forme d'actes très détaillés et dont l'application est extrêmement détaillée par la CJUE, la marge de manœuvre laissée aux Etats n'est plus aussi présente qu'en théorie.



- **Les règlements européens** qui à l'inverse des directives sont des actes auto-exécutoires. Autrement dit, il ne nécessite pas de mesure de transposition en interne et sont immédiatement obligatoires par leur seule entrée en vigueur. Ainsi lorsque Bruxelles émet un règlement, celui-ci a directement une valeur juridique au sein des états membres. On a alors un pouvoir normatif extérieur qui a le pouvoir de créer du droit de manière immédiate dans tous les pays membres de l'Union Européenne.

## Livre II : L'application du droit

Le but des règles de droits n'est pas de rester comme tel, de façon abstraite. Le but est qu'elles se fassent adopter par le corps social, qu'elles induisent une modification dans les comportements à la lumière de cette prescription abstraite. Ainsi, l'application du droit, c'est faire en sorte que la réalité sociale se conforme au fait abstrait.

On peut alors distinguer **deux grands types d'applications**, ce qui permet de faciliter la compréhension quant à la notion d'application du droit qui est une notion complexe.

- **L'application spontanée** qui désigne le fait que le corps social va spontanément caler ses comportements sur la prescription qui a été donnée. Autrement dit, les directives données par le texte sont suivies d'effets.

- **L'application contentieuse** dans laquelle on va avoir un effet de résistance de la part du corps social à la règle. On passe alors dans une dimension conflictuelle de l'application du droit car les juges et les autorités d'exception vont venir forcer l'application de la règle (ce qui passe souvent par la sanction).

Ainsi, la question qu'on se pose est de savoir comment peut-on conformer la réalité factuelle à la description théorique de la règle de droit.

## Chapitre préliminaire : application et interprétation du droit

Dès lors qu'une règle existe, il faut la lire et la comprendre. Autrement dit, il faut l'interpréter. C'est seulement après cette interprétation que l'on pourra appliquer cette règle.

- **Interpréter la règle** c'est dégager le sens, identifier sa signification exacte

- **Appliquer la règle** est l'étape qui suit l'interprétation de la règle. Cela consiste à faire rentrer

les faits dans les prescriptions de la norme pour les y soumettre. Exemple :

Pour obtenir le transfert de propriété d'un bien, il faut procéder à une vente. Mais il existe des schémas particuliers comme la promesse unilatérale de vente dans laquelle le vendeur s'engage auprès de l'acheteur et inversement par le biais d'un accord. Dans le Code civil, l'existence d'un accord entre les parties va imposer très clairement le transfert de propriété. Or cette règle provient d'une



prescription qui dit que s'il existe un accord entre deux parties, accord qui a pour objet de fixer une promesse, alors une exécution forcée sera possible.

## • Section 1 : L'application

**L'application du droit** va décrire le passage de la formulation d'une règle à la formulation d'une décision. La concrétisation de la prescription abstraite à l'acte concret se fait par un syllogisme juridique qui est l'instrument de base de l'application de la règle.

On peut résumer le raisonnement par syllogisme de la façon suivante : **majeur + mineur = conclusion**.

- La **majeur** est la directive générale qui doit englober tous les cas. Autrement dit, c'est la loi générale

- La **mineure** est le cas concret, la réalité factuelle

Ainsi, la **conclusion** c'est la transformation de la règle générale en un ordre individuel qui va avoir des effets juridiques sur la réalité pratique. Elle vise à être matériellement efficace. Le juriste va comparer les caractéristiques de la règle avec les caractéristiques du cas concret (exemple : le lieu d'échange de la chose vendue). La recherche de coïncidence entre les traits concrets et les traits abstraits est ce qui s'appelle en droit « l'opération de qualification ».

L'utilisation du **raisonnement syllogisme**, raisonnement d'apparence mathématique, est pensée et voulu comme une protection contre l'arbitraire de l'autorité qui est chargée d'appliquer le droit. Cela a pour but de traiter tous les cas identiques de manière identiques, et d'in fine garantir la sécurité juridique en garantissant la sécurité des prévisions des décisions prises par les autorités.

Il existe cependant des limites à l'application de la règle de droit. En effet, dans le fonctionnement concret du droit, on ne peut jamais appliquer formellement les règles de droit, les appliquer aveuglément. Très souvent, l'interprète est obligé de prendre en compte la réalité du cas concret et rendre un jugement en conséquence. Ainsi, la partie froide de la logique d'application formelle du droit est souvent influencée par le sentiment de justice que poursuit l'interprète.

Perlman résume cela dans le fait que l'interprète triche souvent avec la logique formelle. En effet, l'interprète, tout en gardant un raisonnement syllogisme, peut arriver à un résultat qui n'est pas similaire à la règle formelle mais qui satisfait plus son sentiment de justice.

Cette façon qu'a l'interprète de tricher avec la logique formelle est qualifiée de « syllogisme régressif ». Autrement dit, c'est quand l'interprète décide de juger en équité.

## • Section 2 : L'interprétation

**L'interprétation** se situe en amont de l'application. L'interprétation n'est pas une opération pratique. Au contraire, on est dans une **opération intellectuelle** qui a pour but de déterminer le sens intellectuel de la règle générale. Évidemment, ce sont les interprètes qui font cela (juges, doctrine,).



Cette opération intellectuelle est déterminante et engageante pour l'avenir car l'interprétation de la règle, la façon dont on va fixer le contenu exact de cette règle vaut pour le futur, il est difficile de changer d'interprétation.

### **Paragraphe 1 : la nécessité d'interprétation**

Le besoin d'interprétation se fait ressentir lorsqu'il y a une **ambiguïté** sur le contenu de la règle car les termes qu'elle emploie sont susceptibles d'être compris différemment.

Exemple : « L'offre doit être maintenue pendant un délai raisonnable »

La notion de raisonnable appelle à être précisée car elle pourrait être comprise de manière différente. A contrario, lorsque le texte est univoque (qu'un sens), il n'est pas nécessaire de l'interpréter. Cependant, cette **distinction est quelque peu forcée** car :

- peut-on dire qu'il existe vraiment de textes suffisamment clairs pour ne pas avoir à être interprétés ? En effet, le langage est inapte à décrire ce que l'on ressent et pense à la perfection. Et le législateur est confronté à ce problème car entre son idée de commandement et son ordre, il y a aura toujours une ambiguïté.

- A supposé même que l'acte soit clair, on sait déjà que les règles générales et impersonnelles ne peuvent pas tout prévoir à l'avance. Ainsi, aussi clair que soit le texte, le fait qu'il ne puisse pas tout prévoir appelle à l'interprétation complétive.

### **Paragraphe 2 : les méthodes d'interprétation**

On distingue **3 types de méthodes d'interprétation**. - **La méthode exégétique**

Cette méthode a pour but la fidélité absolue au texte. On va donc mobiliser comme seules ressources d'interprétation l'analyse lexicale et grammaticale du texte.

- **La méthode objective de la libre recherche scientifique**

Élaborée par Gény, cette méthode reconnaît le fait que la loi est une œuvre humaine et qu'elle est donc soumise à des défauts et à des incomplétudes. Les interprètes devront compléter la loi selon une libre recherche. Le pouvoir créateur de l'interprète selon Gény ne peut se développer que dans l'interstice de la loi quand elle est incomplète.

- **La méthode finaliste et réaliste**

Cette méthode a pour but de fixer une interprétation du texte en fonction des objectifs qu'il poursuit. C'est en ce sens une interprétation téléologique (on va donner un sens au texte en fonction de son but). On place donc l'interprète au centre du processus d'interprétation à l'instar du texte. Ce sont des théories d'interprétation qui vont donc donner une place centrale à la jurisprudence en tant que source du droit. Pour cela, on mobilise 4 types d'argument :

- **L'argument par analogie** qui consiste à établir un parallèle entre ce dont est en train de parler le texte et un autre objet/texte sur la base d'une relation de ressemblance entre les deux

- **L'argument à contrario** est une interprétation stricte de l'exception. Ainsi si la loi a énoncé un fait, alors le contraire n'est pas possible.



- **Argument à fortiori** : on part d'une faculté accordée par la loi à quelqu'un et de cette faculté, on en déduit quelque chose d'autre

- **Argument a cohérentia** qui permet au juge d'écarter une règle contradictoire avec une autre au motif que le législateur raisonnable n'a pas pu régler de deux façons incompatibles une même situation. Il faut dès lors interpréter chaque texte selon son contexte.

## **Titre 1 : L'application spontanée du droit : la pratique sociale du droit**

En posant des règles, on fait naître des droits et des contraintes. Mais avant de s'intéresser aux effets de la règle, il faut s'assurer que la règle s'applique dans l'espace et dans le temps.

### **Chapitre 1 : L'application de la règle dans l'espace et dans le temps**

#### **● Section 1 : l'application de la règle dans l'espace**

Comme vu précédemment, il existe plusieurs sources de droit et même plusieurs ordres juridiques qui viennent régir les rapports entre les personnes. En d'autres termes, on retrouve une situation moderne de mille feuilles juridiques. Seulement comment savoir quelle règle va régler le conflit et auquel cas comment résoudre ce conflit ?

#### **Paragraphe 1 : conflits entre règles internes**

On peut distinguer **deux types de conflits entre règles internes** :

- Les conflits entre **règles internes issues de deux pays différents** (DIP).
- Conflits entre **règles internes issues d'un même pays**.

Ces conflits vont être tranchés par un **processus hiérarchique** dans lequel une norme tire sa légitimité de la norme qui lui est supérieure. On peut ainsi en tirer **3 hypothèses** :

- La première lorsque la loi est en conflit avec des règles constitutionnelles. Le conflit va se résoudre par le Conseil Constitutionnel au profit de la Constitution.

- La deuxième lorsque le règlement autonome est en conflit avec la Constitution. Dans ces cas- là, le conflit sera tranché par le Conseil d'Etat bien que ce dernier ne fasse pas de contrôle de constitutionnalité des règlements d'application car il n'en a pas compétence.





- La troisième lorsque le règlement d'application rentre en conflit avec la loi. Ce contrôle dit « contrôle de légalité » est réalisé par le Conseil d'Etat au profit de la loi. Ce contrôle peut se faire par voie d'action ou par voie d'exception.

**Au niveau international**, il n'y a pas de réelle hiérarchie qui fut mise en place bien qu'il existerait, selon l'histoire internationale, une sorte de noyau majeur qui formerait une sorte de Constitution internationale en surplomb des traités.

## **Paragraphe 2 : Conflits entre règles internes et internationales**

Les conflits entre règles internes et internationales est un conflit techniquement compliqué car il oppose **deux ordres juridiques parallèles qui se croisent**. Se rajoute à cela les **débats d'ordre politique** sur la place relative au droit international. Il est en effet compliqué de déterminer un équilibre entre le principe d'autodétermination d'un peuple et les aspirations universelles afin de dégager une société internationale qui serait gouvernées par des valeurs communes.

Ainsi dans ces conflits, nous sommes en présence d'une **rivalité entre les juridictions internationales et un état très soucieux de défendre sa souveraineté**.

En effet, **les juridictions internationales** se pensent généralement comme étant des juridictions supranationales gardiennes d'accords internationales comme la CJUE pour les traités de l'Union Européenne ou la CEDH.

Leur but est d'imposer le respect des traités par les membres signataires. C'est la raison pour laquelle elles se considèrent comme supranationales.

De plus, ces juridictions sont aussi gardiennes de l'interprétation des traités, interprétation qui a nécessairement une dimension plus ou moins créative. Dès lors qu'elles sont chargées de l'interprétation des traités, elles s'attendent logiquement à ce que les juridictions internes suivent toutes l'interprétation qu'elles ont donnée au traité.

La place suprême du juge européen s'est formée avec **l'arrêt Costa contre Enel**, arrêt du 15 juin 1964. Ainsi depuis cet arrêt, toute disposition du droit interne, quel qu'elle soit, est inférieure au droit international.

À l'inverse, **l'état signataire** a évidemment une tendance naturelle à faire prévaloir son ordre interne pour lequel il a été constitué car il y a une sorte d'allégeance de principe envers son peuple souverain. En effet, tout l'appareil institutionnel est légitimé par le peuple. A partir de là, le peuple souverain fait et dit ce qu'il veut ; sous réserve des engagements que ce peuple souverain a pris.

Autant, l'Etat conçoit facilement le fait que son droit ordinaire soit inférieur à ses engagements internationaux, autant il a beaucoup de **mal à reconnaître que sa Constitution puisse être inférieur** à des traités internationaux. Ainsi, le vrai conflit entre normes internes et externes se cristallise au niveau de la place de la Constitution.

**La place du juge interne** vient aussi compliquer le débat. En effet, le juge se place aussi bien sous l'autorité de l'ordre interne (en appliquant le droit interne) que l'autorité externe (à travers le contrôle de conventionnalité). Ainsi, comme le juge interne qui va pouvoir écarter son ordre interne pour faire prévaloir son ordre international, cela relance un nouveau débat politique.

### **A. Le conflit entre droit interne et droit international classique**



## 1. Le conflit entre une règle interne ordinaire et règle internationale

**L'article 55 de la Constitution** française dispose « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Ainsi, si dans une situation, une loi contraire aux traités internationaux tente d'être mise en place, c'est le traité qui primera sur le droit français.

Ce principe de supériorité des traités est aussi reconnu dans l'ordre externe international.

Seulement, en France, le problème a été de savoir **qui allait faire respecter ces règles-là**, qui allait mettre en application l'article 55.

Spontanément, on aurait pu imaginer que cela serait le Conseil Constitutionnel qui vienne se donner le pouvoir d'abroger les lois contraires aux traités comme il le fait déjà avec la Constitution. Pourtant, le Conseil constitutionnel a refusé d'assurer le contrôle de conformité de la loi interne vis à vis des traités lors de la décision IVG du 15 janvier 1975.

C'est ainsi que le **juge ordinaire** va se saisir de ce contrôle. C'est d'abord la Cour de Cassation qui va se saisir de la question avec **l'arrêt Jacques Vabre** puis le Conseil d'Etat avec **l'arrêt Nicolo**. A travers ces arrêts, le juge s'est instauré juge de la conformité des lois aux traités internationaux. Ainsi, tout juge ordinaire, aussi « petit » qu'il soit peut écarter une loi dès lors qu'elle est contraire au traité sous le filtrage de la Cour de Cassation et du Conseil d'Etat. Le juge ne peut cependant pas invalider le texte mais peut le laisser à l'état d'inapplicable, le mettre de côté.

Ce système est **source de débat** :

Cependant, il peut être intéressant de faire rentrer une donnée qui montre qu'il n'est pas seulement question de conflit entre ordre international et interne. En effet, la majorité des cas de conflit de droit aujourd'hui n'oppose pas un texte écrit à un autre texte écrit mais un **droit jurisprudentiel** avec un droit écrit voir un droit jurisprudentiel à un autre droit jurisprudentiel.

En effet, dans la grande majorité des cas, les traités sources de conflit de droit sont des traités qui portent sur les **droits fondamentaux**. Or l'application des droits fondamentaux entraînent nécessairement une interprétation de ces traités faites par le juge. Ainsi, la masse normative majeure vient de l'interprétation de ces traités, tel qu'elles peuvent être faite par la CourEDH ou par la CJUE.

En effet par le bien des contrôles de fondamentalité, il s'agit de confronter deux textes extrêmement flous qui demande une réelle interprétation qui peuvent parfois s'entrechoquer (comme le droit de la liberté de la presse et le droit au respect de la vie privée). Ainsi, les textes des traités ne représentent qu'une petite partie du droit : la majeure partie de ce droit externe est celui qui émane de l'interprétation des juges. Or cela peut poser débat quant à la légitimité de ces traités d'on la création permanente de droit faite par les juges n'a plus à voir avec les textes d'engagements clairs et précis pris par les états.

→ Jean Foyer, la difficulté propre aux traités internationaux est « l'absence d'une législateur de proximité ».

On peut distinguer **deux types de contrôle exercés par les juges** :

- **Le contrôle in concerto** dans lequel le juge vérifie que l'application de la règle interne est conforme aux traités internationaux dans le cas concret.



- **Le contrôle in abstracto** dans lequel le juge vérifie que la règle interne est abstraitement conforme au traité.

Pour mieux comprendre cela, on peut partir d'une affaire :

Argument <b>en faveur</b> de ce système	Argument <b>contre</b> ce système
<p>- On se doit de respecter les engagements internationaux comme indiqué dans l'article 55 de la Constitution</p> <p>Ainsi on considère que l'échelon national est dépassé par une construction universelle (création de nouvelles institutions internationales) ou par une construction d'ordre fédérale (création d'un nouvel état politique)</p>	<p>- Préserver l'autonomie des peuples à disposer d'eux même.</p> <p>Autrement dit, les peuples disposent d'un pouvoir de souveraineté qui ne devrait être soumis à aucun autre. Il ne peut donc pas y avoir de construction universelle ou fédérale mais seulement la cohabitation des ordres internes et d'un ordre européen transversal.</p> <p>- Certains vont être pour la supériorité des traités mais contre le fait que ce soit le juge ordinaire qui vérifie l'application de ces traités. Ces auteurs préconisent de laisser ce contrôle de conformité à une juridiction.</p>

Décision rendue par la 1<sup>er</sup> chambre Civile de la Cour de cassation le 4 décembre 2013 concernant l'application de l'article 161 du Code civil qui prohibe les mariages entre descendants, ascendants et alliés (époux de descendants).

– Les faits : une femme épouse son ex-beau-père

La Cour de cassation nous dit qu'en général, l'article 161 est conforme in abstracto à la CEDH, mais elle observe que dans le cas précis et concret de madame X et monsieur Y, mariés depuis 20 ans, personne ne s'en est plaint. Ainsi, si elle appliquait l'article 161, la cour devrait annuler le mariage ; mais qu'en annulant ce mariage, elle porterait atteinte au droit et au respect de la vie privée et familiale de Monsieur X et Madame Y.



## 2. Le conflit entre règle constitutionnelle interne et règle internationale

Alors que la suprématie des traités est claire quand il s'agit de conflits entre règles ordinaires et traités, la situation se tend lorsqu'il s'agit de **règles constitutionnelles contre les traités**. En effet, au niveau de l'ordre interne, c'est la Constitution qui est suprême alors que dans l'ordre externe, aux yeux des juridictions internationales, les traités sont supérieurs à la Constitution.

### a. Dans l'ordre interne

Dans la Constitution, l'article 55 affirme la supériorité des traités sur les lois internes. Mais est-ce que cela s'applique aussi aux règles d'ordre constitutionnelles ?

La réponse est apportée par l'arrêt Sarrans en 1998 et l'arrêt Fraisse du 2 juin 2000 dans lesquels est établi le fait que l'article 55 ne s'applique aux dispositions constitutionnelles.

Le peuple souverain place la **Constitution en première place** étant donné que c'est grâce à la Constitution que les traités ont une valeur juridique. Elle est donc nécessairement supérieure aux traités internationaux car c'est grâce à elle qu'ils tirent leurs légitimités.

De plus le **juge** est contraint de reconnaître la suprématie de la Constitution étant donné qu'il tire ses pouvoirs de cette dernière. Un juge qui reconnaîtrait la supériorité du traité, ne reconnaît pas le pouvoir qui l'a institué.

### b. Dans l'ordre international

Dans cet ordre, les juridictions estiment que les **traités sont supérieurs à la Constitution des états**. (Cf. Arrêt COSTA). Elles estiment qu'il y a un autre ordre juridique externe qui s'est créé et qu'il y aurait l'idée d'une **Constitution internationale** au-dessus des ordres internes. On adopte une conception fédéraliste par la supériorité des traités.

Mais de fait, **comment résoudre un conflit entre deux ordres juridiques parallèles** ? Cela peut se faire hors du droit par un bras de fer. En effet, lorsque nous sommes face à une impasse juridique, le dénouement a nécessairement des incidences politiques. Cependant, on ne prend pas ici en compte la spécificité de l'ordre européen.

## B. Conflit entre droit interne et droit international spécifique (droit européen)

Le **droit européen** est un ordre juridique international tellement particulier qu'il a un statut à part.

### 1. Conflit entre une règle interne ordinaire et une règle de droit européen

En présence d'un conflit entre le droit de l'union européenne que ce soit primaire ou dérivé avec une règle de droit interne ordinaire, on **applique l'article 55**. Autrement dit, on retrouve la supériorité du traité sur la loi ordinaire.

### 2. Conflit entre une règle constitutionnelle interne et une règle de droit européen

Depuis l'**arrêt Costa contre Enel**, la CJUE considère que les traités, voire le droit dérivé, sont supérieurs à la Constitution de chaque États membres.



Mais  **dans l'ordre interne**, la position est bien plus nuancée. Cette position a une nouvelle fois été fixée par jurisprudence avec une décision de la Cour de cassation datant du 10 juin 2004. Il va estimer que le droit de l'Union européenne ne relève pas de l'article 55 mais s'appuie sur **l'article 88-1 de la Constitution française**. En effet, c'est la Constitution elle-même qui veut que l'ordre européen soit intégré à l'ordre interne au point d'un faire une sorte de droit européen-interne. Ainsi, la France transpose les directives de l'Union européenne dans son ordre interne.

A partir de l'article 88-1, en raison de nos engagements européens, la France en reconnaissant le droit européen dans son droit interne se doit d'assurer fidèlement la transposition de la directive.

Cependant, le problème réside dans le **contrôle des directives européennes**. En effet, une loi est votée par le parlement pour que la directive s'applique en France. Or si en vérifiant la conformité de la loi, on constate qu'elle ne l'est pas, on peut plaider l'inconstitutionnalité de la loi devant le Conseil constitutionnel avec substantiellement, derrière la loi la directive. Le contrôle de constitutionnalité d'une loi de transposition est un contrôle indirect de constitutionnalité de la directive. Eclate alors au grand jour le conflit entre Constitution et directive européenne.

La **réponse ce problème est mitigée**. Le Conseil constitutionnel reconnaît la possibilité d'un contrôle mais ce dernier est très limité. La supériorité est cantonnée à un champs limité "une règle ou un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France". Il y aurait une essence intangible à la Constitution qui détermine tout, c'est le fondement de la souveraineté française. Le Conseil constitutionnel ajoute qu'il est possible de censurer une disposition "manifestement incompatible avec la directive", en gros si elle est mal transposée.

Au niveau du Conseil d'Etat, **l'arrêt Arcelor** du 8 février 2007 pose le principe de l'équivalence de protection. Il estime que lorsque qu'on a la Constitution et les normes européennes, c'est le juge européen qui doit se prononcer dans le cas où il n'y a pas de conflit de normes, où les textes vont dans le même sens. S'il n'y a pas de protection équivalente, dans ce cas-là, le Conseil d'Etat vérifie la constitutionnalité des normes.

## • Section 2 : les conflits de la loi dans le temps

### **Paragraphe 1 : Les conflits des lois (règles écrites) dans le temps A. Cartographie des situations conflictuelles**

On peut différencier **deux grands types de distinctions**.

La **première** est la distinction entre situation juridique légale et les situations juridiques contractuelles

- Une **situation juridique légale** peut se définir comme la réglementation d'une situation de fait appréhendée et régie par la loi comme par exemple les liens de filiation.

- Une **situation juridique contractuelle** peut quant à elle se définir comme la réglementation d'une situation de fait par un contrat, une convention. On élabore une sorte de petite loi privée pour régler une situation qu'on a créé ensemble.

La **seconde** différenciation est celle à faire entre la **constitution d'une situation juridique** et les **effets d'une situation juridique**. Pour cela, on considère une situation qui crée du droit. Cela se fait en 2 temps. Dans un premier temps, la création de la situation juridique va introduire un nouvel élément dans le monde du droit et c'est la vie de cette situation juridique qui crée des effets à mesure



qu'elle va avancer dans le temps. Ainsi le temps d'appréhension ne va pas être le même si on s'intéresse à l'application de la loi dans le temps

## A. Grands principes de solution

Les lois vont façonner l'ordre juridique. Pour cela, elles vont être créées, abrogées, remplacées. Seulement comme dispose l'article 2, "la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif". Sur la base de cet article, on peut construire 2 grands principes :

- **Le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle**
- **Le principe de non rétroactivité de la loi nouvelle**

A ces deux grands principes vient se créer un troisième : le **principe de survie de la loi ancienne dans les situations contractuelle**

### 1. Exposé des 3 principes

#### a/ **Le principe d'application immédiate de la loi nouvelle**

Ce principe équivaut à la première partie de l'article 2.

La loi vaut pour l'avenir. Ainsi, en cas de non précision de la part du législateur, la loi s'applique immédiatement. Cela s'inscrit dans une **idée de progrès de la loi** : la nouvelle loi étant meilleure que la précédente, son application doit être immédiate.

La loi nouvelle a pour vocation de gouverner l'ensemble des situations juridiques. Mais dans certaines situations déjà constituées avant l'entrée en vigueur telles que des contrats déjà existants, des liens de filiation déjà présents qui commençaient à produire des effets, cette application immédiate de la loi est plus problématique. Il faut donc faire une distinction entre situations légales et les situations contractuelles

- **Les situations légales** ont vocations à être appréhendées par la nouvelle loi. Par exemple, sur l'âge de la retraite comme celui des notaires, combien même un individu a commencé à travailler en pensant travailler jusqu'à tel âge, si l'âge de la retraite change (durant qu'il exerce sa profession), alors cela s'appliquera aussi à lui.

- **Pour les situations contractuelles**, c'est le principe inverse qui s'applique. Même si elles sont en cours, ou qu'elles ont été constituées antérieurement, les situations en cours ne sont pas appréhendées par la loi nouvelle. Le contrat en cours reste gouverné par la loi ancienne.

#### b/ **Le principe de non rétroactivité**

L'idée de base est que la loi nouvelle ne peut pas appréhender des droits antérieurement acquis. Seulement, la détermination de droit acquis est aussi bien une question technique que politique. Cependant, ce principe de non rétroactivité de la nouvelle loi concerne aussi bien :

- La **constitution d'une situation juridique** : son existence est acquise et on ne peut remettre en question la constitution. Exemple : la session de créance



- Les **effets d'une situation juridique pré-constituée** : les effets de droits qui sont considérés comme acquis puisqu'ils sont des effets déjà produits avant la loi et ne peuvent être touchés car ils appartiennent au passé. Exemple : le changement des règles de succession

Ce principe de non rétroactivité de la loi nouvelle n'a pas de valeur constitutionnelle sauf pour les lois pénales dures

### c/ **Principe de survie de la loi ancienne pour les situations contractuelles**

Les situations contractuelles constituées par particuliers sont en principe imperméables à l'application de toute loi nouvelle : elle reste régie aussi bien quant à leurs constitutions qu'à leurs effets par la loi ancienne y compris pour le futur. On retrouve ici une logique de préservation des droits contractuelles acquis, afin de préserver les **prévisions contractuelles**.

Cela peut s'expliquer par le fait que les situations contractuelles sont réglementées par 2 couches normatives :

- La première qui est la délégation de la loi aux parties pour faire le contrat. La situation contractuelle est donc d'abord régie par le droit privé constitué par les parties eux même

- Cependant, on retrouve tout de même en arrière-plan la loi souvent supplétive

## B. **Dérogations**

a/ Il existe une **dérogation au principe de solution**. Autrement dit, c'est une exception à l'exception et donc à un retour **au principe**.

Il y a en effet certains cas dans lesquels la loi nouvelle va tout de même appréhender les effets futurs de situations pourtant contractuelles quand le législateur estime qu'**intérêt général** est supérieur à intérêt particulier. Il estime alors que faire survivre la loi ancienne nuit au bien commun.

Exemple : le salaire minimum dans un contrat de travail

Cependant, la jurisprudence est venue apporter une différence entre **effets légaux** et **effets volontaires du contrat**. En effet, il y a certains effets qui sont clairement identifiables comme étant voulus par les parties (exemple : le prix) ; mais il y a plein d'autres éléments où la volonté des parties ne s'est pas clairement exprimée et dont l'appréhension dépend de l'interprétation d'un juge.

Ainsi, à partir de cette distinction, les effets légaux peuvent être changeables. Il ne faut pas tromper les prévisions des partis mais cela ne vaudrait donc que sur ce qu'elles ont vraiment voulu ensemble.

Pour d'autres encore, les effets de droit que la loi s'impose obligatoirement contre la volonté même des parties aux vues des **ordre impérieux du législateur**.

### b/ **Dérogation au principe de non rétroactivité de la loi nouvelle**

Il existe certaines exceptions dans lesquelles la loi nouvelle va vouloir étendre son empire sur le passé et donc remodeler et changer le passé, chose possible étant donné que le droit est un système conventionnel.

On peut alors distinguer 3 cas :



- **Les lois pénales plus douce** qui sont des lois qui viennent venir réduire la durée de l'emprisonnement. On vient abaisser le nombre d'année de détention déterminé par une décisions dans le passé

- **La loi dite interprétative** qui est une loi elle-même anormal car elle n'a pas de contenu normatif. C'est une sorte de déclaration du législateur qui vient préciser sa pensée à l'égard d'une loi qu'il a déjà émise, d'une loi récente qui rencontre des difficultés d'applications car les destinataires n'arrivent pas à cerner la signification exacte. Face à cela, le législateur réagit et vient préciser sa pensée. Cette nouvelle signification qu'il nous donne avait vocation à valoir dès le début de l'entrée en vigueur de la loi qu'il éclaire. Autrement dit, par cette loi, il revient dans le passé pour préciser le sens de nouvelle loi qui est antérieur à la loi interprétative (exemple : 2016-2018)

- **Les lois délibérément rétroactives** car le législateur pour façonner le monde juridique va réécrire l'histoire juridique. En effet, il a ce pouvoir là puisque l'article 2 n'a pas de valeurs constitutionnelles exceptés pour les lois pénales plus dure (ce qui l'interdit de venir appréhender des infractions passées en les punissant plus durement).

## Paragraphe 2 : Les conflits de règles prétorienne dans le temps

La jurisprudence est **par nature rétroactive**. En effet, le juge ne pouvant pas faire du droit, la règle de droit qu'il crée n'est en réalité que la découverte d'une règle de droit préexistante.

Après tout un travail, la Cour de cassation a admis ce qu'on appelle la **modulation de sa jurisprudence** dans le temps en s'appuyant sur une pratique du Conseil Constitutionnel ou de la CoursEDH. Mais pour certains auteurs, cette décision est illégale car elle vient autoriser les arrêts de règlement pourtant prohibés.

## Chapitre 2 : les contraintes et les bienfaits de la règle

L'ambition d'une règle c'est d'orienter les comportements de fait.

Il s'agit donc ici de voir dans quelles mesures la **règle abstraite de droit vient changer les faits et les oriente**. On pense souvent à une contrainte, à un empêchement posé par la règle. Mais le droit vient aussi créer des espaces protégés de liberté.

- **Section 1 : les contraintes de la règle : le respect des prescriptions**

Au point de départ, le droit ordonne sous la menace d'une sanction, d'une contrainte, de la force. Autrement dit, il y a une contrainte voulue, souhaitée dans le **but que le droit oriente les faits**.

Cela a permis d'ouvrir un champ d'étude afin d'étudier les phénomènes d'obéissances ou ceux de désobéissances, mais aussi d'étudier les effets pervers du droit (comme les règles sur la prohibition aux Etats-Unis).

On ne peut pas non plus échapper à la loi par la non connaissance de cette dernière.





## ● Section 2 : les bienfaits de la règle : les droits subjectifs

Les **droits subjectifs** peuvent se définir comme les prérogatives individuelles reconnues à chaque citoyen de manière très large.

### Paragraphe 1 : notion et débats autour du droit subjectif

La notion de **droit subjectif** a été et continue d'être contestée.

Par exemple, Duguit a beaucoup critiqué cette notion car il considérait que c'était une vue totalement tronquée du droit. Pour lui, le **droit objectif** n'est pas fait du droit subjectif mais a pour élément de base les **situations juridiques**. Ainsi, le droit objectif est un enchevêtrement de charges et prérogatives qui marche de concert.

Les droits subjectifs sont donc au service de la situation juridique qui les inclut.

Cette vision s'oppose à une autre tendance qui va considérer que le but du droit est de préserver des espaces de souveraineté. Autrement dit, les auteurs partisans de cette vision vont détacher les droits subjectifs reconnus comme espaces de liberté d'initiative totale.

En poussant jusqu'au bout cette **logique libérale**, le droit subjectif est perçu comme premier et le droit objectif ne va être que l'organisation de la coexistence de droit subjectifs, l'individu étant alors le centre de gravité de l'analyse juridique.

Entre les deux visions se joue un débat entre intérêt privé et générale. Toute la question est donc de savoir où placer le curseur. On retrouve en réalité à travers cette question l'histoire de la poule et l'œuf entre droit objectif et subjectif.

Aujourd'hui, avec le mouvement de fondamentalisation du droit, le droit objectif est jugé à la lumière des droits subjectifs.

### Paragraphe 2 : classification des droits subjectifs

On peut distinguer deux types de droits subjectifs : - Les **droits patrimoniaux**

Les **droits dit patrimoniaux** sont ceux qui sont évaluables en argent, ils renvoient à des prérogatives qui visent à défendre des intérêts économiques. Autrement dit, ce sont ceux qui sont susceptibles d'un rapport pécuniaire d'où leur nom.

On distingue traditionnellement au sein même des droits patrimoniaux deux catégories auxquelles on rajoute souvent une nouvelle.

- le **droit réel** qui est un droit sur une chose, le rapport juridique entre une personne et un bien. Autrement dit, c'est le pouvoir juridique qu'on exerce immédiatement sur cette chose, sans que personne n'ait à interférer pour que je jouisse de l'objet. Il n'y a donc pas de figure unitaire.

- le **droit personnel** qui désigne un droit contre une personne. Autrement dit, c'est le pouvoir de réclamer une action de la part de quelqu'un, d'exiger une prestation dans une relation inter individuelle, de personne à personne. Le droit de créance a une figure unitaire. Il y a une médiation : l'action d'autrui.

- on ajoute souvent à cela les **droits intellectuels** qui sont en lien avec les propriétés incorporelles, autrement dit sur la propriété sur une chose qui n'est pas matérielle. On fait référence ici aux créations



intellectuelles comme la propriété littéraire et artistique, la propriété industrielle (brevet), les droits sur les marques, ...

#### - Les droits extrapatrimoniaux

Les **droits dit extrapatrimoniaux** sont ceux dont la finalité n'est pas économique et donc ne sont pas évaluable en argent. Il faut avoir à l'esprit ici tous les droits tels que le droit de la personnalité, le droit au nom (et au respect), le droit au respect de la vie privée, le droit à l'image, le droit à l'honneur, autrement dit l'ensemble des **droit fondamentaux** qui font l'objets de toutes les proclamations.

Il est cependant possible de **nuancer** le fait que les droits extrapatrimoniaux n'ont pas d'effets économique. En effet, dans la **question de réparation** d'une atteinte à ce droit parfois une somme d'argent constitue une réparation, une compensation. De plus, hors de tout contentieux, une personne peut **monnayer son droit** comme celui d'utiliser son image ou son nom contre rémunération.

## Titre 2 : l'application contentieuse du droit

C'est par le **procès** qu'on va concrétiser l'application du droit

### Chapitre 1 : institutions judiciaires

**Rf** cours d'institutions judiciaires et administratives