

Introduction au droit public

Droit constitutionnel général

Support pédagogique

Cette introduction générale au droit a donc pour objectif de constituer un socle, une grille de lecture ; de vous donner cette vision d'ensemble sur lesquels les autres enseignements pourront venir s'y greffer, en l'axant le plus possible sur le droit public.

Afin de mieux la saisir, cette vision d'ensemble mérite assurément d'être enrichie d'une dimension théorique et philosophique. La théorie du droit s'interroge sur la définition du droit, « sur ce qu'est le droit ? » ; la philosophie du droit s'intéresse aux fondements du droit, à la question : « pourquoi obéit-on au droit ? ». Ces savoirs permettent d'approfondir la réflexion sur le droit afin de vous inciter à porter un regard critique sur le droit, son enseignement, son application...

Un exemple tiré de la pièce de Sophocle « Antigone » pourrait être à ce titre éclairant. Créon qui est l'oncle d'Antigone est investi du pouvoir dans la cité. Il a promulgué un édit interdisant d'enterrer le frère d'Antigone, Polynice, considéré comme un traître. Antigone ne respecte pas cette interdiction et tente de l'enterrer. Prise sur le fait elle s'oppose aux lois de Créon, et de ce fait à sa volonté. Elle lui reproche de violer les lois divines selon lesquelles tout être humain a droit à des obsèques, quand bien même les lois des hommes l'en priveraient. Antigone sera condamnée à être enterrée vivante. Ici, vous voyez l'idée de justice dépend de la règle à laquelle on se réfère : l'une de droit naturelle, indépendante de l'État, attachée à la nature même de l'homme, immuable, absolue et non écrite ; l'autre de droit positif, variable selon les États et dans le temps, issue de la volonté humaine, relative et écrite. Selon la règle retenue, le comportement auquel Antigone doit se conformer est sujet à varier. Aussi dépend le caractère juste ou injuste de la décision de ne pas enterrer Polynice et, par voie de conséquence, la sanction infligée à Antigone. Et les questions portant sur la détermination du comportement à adopter, sur le caractère juste de la règle fixée dépendent de la conception que l'on se fait du droit. En avoir conscience, c'est déjà porter un regard critique sur le droit. Ayez donc toujours conscience que -derrière la technique- il y a des arrière-pensées, mues par des considérations politiques, économiques, sociologiques, philosophiques ou morales...



Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

Toutefois, il y a des passages obligés de « toute introduction à », qui plus est d'une introduction générale au droit, comme sa définition. La recherche de la définition du droit doit être l'occasion de présenter les structures générales de notre droit et de donner les éléments d'une culture juridique de base.



C'est ainsi qu'après avoir appréhendé sommairement, dans un premier titre, la définition du droit, il conviendra de se consacrer plus longuement dans un second titre aux modes d'expression ou si l'on préfère aux manifestations du droit. C'est-à-dire s'intéresser plus communément aux sources du droit, métaphore utilisée pour désigner les « forces d'où surgit le droit », les « forces créatrices du droit ».

Titre 1 : La définition du droit

Selon le *Dictionnaire des idées reçues* de Flaubert, le droit : « on ne sait pas ce que c'est ». Vous en conviendrez, cette réponse ne peut satisfaire un juriste pour qui tout commence par des définitions. D'ailleurs, vous vous êtes sûrement déjà fait une idée de ce qu'est le droit, à laquelle vous n'aurez pas manqué d'associer les notions de sanction, d'ordre ou de contrainte.

Habituellement, la règle de droit est définie « comme une règle de conduite dans les rapports sociaux ». Le droit est donc une règle de conduite en société. Mais ce n'est pas la seule qui existe. Il existe aussi les mœurs, la morale, la religion. Assurément, des liens peuvent exister entre elles et le droit.

La règle de droit peut être influencée par la morale. L'article 371 du Code civil impose ainsi l'obligation d'honorer ses parents, les articles 6 et 1133 de ce même code prévoient la nullité des contrats contraires aux bonnes mœurs. La règle de droit peut être inspirée de la règle religieuse, voire se confondre avec elle. C'était le cas hier des monarchies de droit divin ou aujourd'hui des États théocratiques fondés sur la loi islamique, la *charia*, (Arabie saoudite ou Iran).

Pourtant, la règle de droit d'un côté et les règles morales et religieuses de l'autre, sont à distinguer. Leurs contenus peuvent différer :

- Tantôt elles ne se recoupent nullement : Le Code de la route par exemple n'a rien avoir avec les règles morales et religieuses.
- Tantôt elles peuvent entrer en contradictions. C'est le cas des règles juridiques sur l'interruption volontaire de grossesse, le divorce, la contraception, l'adultère qui n'est d'ailleurs plus une infraction pénale depuis 1975.
- Elles n'ont pas non plus nécessairement le même objet. La morale et la religion régissent les relations des individus non seulement entre eux mais aussi avec eux-mêmes. Le droit n'a pas vocation à régir les

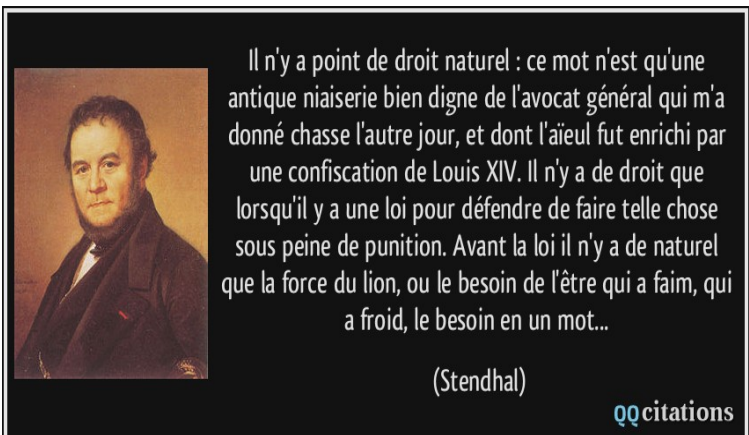
consciences mais le corps social. Il ne s'intéresse pas aux intentions mais s'attache au for extérieur de l'homme, à ses actions et non aux mobiles qui les inspirent.

Donc vous voyez il est nécessaire de disposer d'une définition de la règle de droit ne serait-ce que pour éviter de la confondre avec d'autres règles de conduites dans les rapports.

On en revient alors à notre question initiale : qu'est-ce que le droit ?

Le terme « Droit » recouvre en réalité plusieurs notions. C'est un terme polysémique, qui possède plusieurs sens dont certains ont tenté -en vain- de tous les recenser.

Pour mieux cerner notre démarche, un exemple sera plus éclairant : si on vous pose la question de ce que vous êtes en train de faire en ce moment dans ce cours, vous répondrez sans doute -non pas que « vous vous ennuyez » - mais que « vous faites du droit ». Autrement dit, cela signifie que vous étudiez le droit mais non que vous créez du droit.



Cet exemple simple montre l'ambivalence du terme droit qui désigne à la fois :

- L'ensemble des règles juridiques qui régissent la vie des hommes en société. Le droit est une activité, une technique.
- L'étude de cet ensemble de règle, la connaissance que l'on peut en avoir. Le droit est également une science, une discipline

Le Premier sens renvoie à l'activité exercée par les gouvernants qui créent le droit

Le Second sens renvoie à l'activité des étudiants et des professeurs qui étudient le droit

Cette différence entre les 2 sens du terme est essentielle, car elle sépare

- 2 types d'actes : un acte de volonté -celui de créer le droit- et un acte de connaissance -celui d'étudier et d'enseigner le droit ;
- 2 types de discours, un discours prescriptif par lequel on prescrit, on ordonne quand on crée le droit et un discours descriptif par lequel on décrit, on présente ce discours prescriptif lorsqu'on l'enseigne ou l'étudie.

Alors comment définir le droit ? Sous le même vocable, les juristes en distinguent habituellement deux depuis le XVIII^e siècle et notamment la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 où les modernes reconnaissent à l'homme des droits qui lui sont attachés par nature :

- Le Droit avec un « D » majuscule, que l'on appelle aussi le Droit objectif
- Les droits avec un « d » minuscule qui sont qualifiés de droits subjectifs.

Cette classification correspond à une distinction qui est faite spontanément dans le langage courant : « Si le Droit (objectif) me permet de faire quelque chose, j'ai le droit (subjectif) de le faire ».

En réalité, cette distinction traduit l'opposition entre :

- Le droit comme ensemble de règles, objectives, produites par l'extérieur, la société :
- Le droit comme ensemble de prérogatives, subjectives, reconnues au sujet, à l'individu.

Le même vocable « Droit » renvoie donc à deux choses différentes. En anglais, il y a deux termes pour désigner ces deux réalités : *Law* (qui correspond au Droit objectifs) et *Rights* (qui correspond aux droits subjectifs).

Cette distinction est discutable et même discutée en raison de son caractère relatif : ces deux ensembles sont liés : Les droits subjectifs ne sont que la mise en œuvre des prérogatives énoncées par le Droit objectif. Il s'agit d'une même réalité observée sous un angle différent, d'un point de vue général et abstrait, celui de la société pour le Droit objectif, et du point de vue concret de l'individu en ce qui concerne les droits subjectifs.

Illustrons cette distinction par l'exemple de l'article 9 du Code civil : cette règle de droit objectif pose d'un point de vue générale le droit au respect de sa vie privée. Et chacun dispose individuellement du droit subjectif de s'opposer à toute immixtion dans sa vie privée. Ce droit subjectif se compose d'un titulaire (vous et moi), d'un objet (notre vie privée), d'une relation juridique qui se traduit par un pouvoir ou une liberté (notre droit sur le respect de notre vie privée), d'une protection juridique (la possibilité de faire sanctionner par un juge toute violation d'un élément de notre vie privée).

Une précision s'impose : Si tous les droits subjectifs sont énoncés par le droit objectif, l'inverse n'est pas toujours vrai. Toutes les règles de droit objectif ne consacrent pas des droits subjectifs. Par exemple, les règles qui organisent les institutions (par exemple le Parlement) ou qui posent des définitions (par exemple le domicile) ne contribuent pas directement à créer de droits au profit des individus.

Dans ce cours d'introduction au droit, nous nous concentrerons sur l'étude du Droit objectif qui constitue le cadre juridique dans lequel s'exercent les droits subjectifs. Ainsi pour saisir l'essence de ce droit et ne pas le confondre avec d'autres règles de conduite dans les rapports sociaux, il faut au préalable identifier les caractères de la règle de droit -ce qui constituera notre chapitre 1- et ses fondements - ce qui sera notre chapitre 2.

Chapitre 1 : Les caractères de la règle de droit

Pendant très longtemps, la règle de droit a été identifiée à la loi. Cette conception legaliste du droit a dominé la culture juridique française. Elle est l'héritage de Jean-Jacques Rousseau dont l'influence a marqué les bases du droit moderne posées à la Révolution. Expression de la volonté générale, on se refuse alors de concevoir qu'elle puisse mal faire. Tout le droit est dans la loi. Aujourd'hui ce n'est plus le cas, au droit ne correspond plus uniquement la loi mais s'étend à d'autres actes. D'ailleurs, il est parfois le terme « norme » pour évoquer une conception plus large que celle issue de la règle de droit, et ainsi éviter toute confusion due à son assimilation avec la loi.

La fonction première du droit est de diriger les conduites humaines. Pour atteindre un tel objectif, il est nécessaire de proposer un modèle de comportement, prescrit ou défendu, afin que chacun puisse y calquer sa conduite et pour s'assurer de l'obéissance du sujet prévoir une sanction en cas de comportement déviant. Mais comme on a pu déjà d'autres règles sociales procèdent de la sorte. Dès lors, pour identifier la règle de droit, il faut la caractériser, en déterminer les éléments essentiels, qui en font l'essence. Identifier, c'est déterminer qu'une chose est la même qu'une autre ou bien au contraire qu'elle diffère d'une autre. L'identification de la règle de droit vise donc à reconnaître ce qu'est une règle de droit, parmi les objets qui l'entourent. Or, si la règle de droit emprunte des caractères qui sont inhérents à toute règle -qu'il faut néanmoins dégager- (Section 1), elle revêt également des caractères spécifiques qui la distingue des autres règles sociales (Section 2).



Section 1 : Les caractères inhérents à toute règle

La règle est l'outil qui sert à tracer des lignes. En droit, la règle est l'instrument qui sert à aligner les comportements autour du modèle qu'elle fixe. Elle donne aux individus la direction à suivre. Le droit est ainsi une « **technique de direction des conduites humaines** », pour reprendre une formule employée par un célèbre juriste français, Paul Amselek. La notion de règle implique la généralité et l'impersonnalité (§1) ainsi que la permanence et la stabilité (§2) sans quoi, la règle ne pourrait être un modèle de comportement pour les individus.

§1 : Une règle générale et impersonnelle

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

Premièrement, généralité ne signifie pas universalité. La règle générale peut concerner qu'une catégorie, qu'un groupe. Elle a vocation à s'appliquer à toute personne appartenant à cette catégorie sans viser personne en particulier. Par exemple, les règles du droit du travail concernent les salariés et les employeurs.

Deuxièmement, la règle générale peut viser une catégorie à laquelle une seule personne appartient. Par exemple, les règles relatives au Président de la République sont bien générales et non individuelles car elles s'appliquent à toute personne exerçant cette fonction. Et elle se distingue des décisions individuelles qui régissent des cas particuliers. Ces dernières peuvent émaner de l'administration (un permis de conduire ou une nomination à un poste de la fonction publique ou à un titre honorifique...), du Parlement (une loi qui ordonne les funérailles nationales pour les obsèques d'un homme d'État) ou du juge (un jugement d'adoption, une décision tranchant un litige entre deux voisins...)

§2 : Une règle permanente et stable

Pour orienter la conduite de ses destinataires, la règle de droit doit être permanente et stable. Cette permanence permet la prévisibilité et la sécurité des situations juridiques. La règle de droit est permanente parce qu'une fois née, elle s'appliquera à chaque nouvelle situation entrant dans son champ d'application tant qu'elle n'est pas modifiée, abrogée ou annulée. Et ceux, même si son auteur disparaît. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle est immuable : une règle peut toujours être modifiée même celle constitutionnelle et parfois même très rapidement sans qu'elle n'ait eu le temps de s'appliquer. La règle demeure jusqu'à ce que cette modification intervienne formellement par une règle de même rang ou de rang supérieur.

Par exemple, la loi sur le Contrat Première Embauche (dit CPE) en 2006 a été promulguée, n'a jamais été appliquée notamment à cause d'un soulèvement populaire qui a bien failli causer la démission du Premier ministre Dominique de Villepin, et elle fut par la suite abrogée.

Section 2 : Les caractères spécifiques à la règle de droit

Produit de l'État qui détient le monopole de la violence légitime, la règle de droit commande, impose, ou interdit aux sujets qu'elle vise. Ce qui caractérise la règle de droit, c'est qu'elle constitue une contrainte qui résulte de son caractère obligatoire (§1) assortie d'une sanction (§2) en cas de non-respect de l'obligation formulée.

§1 : Une règle de droit obligatoire

C'est une règle de commandement, une prescription, qui a valeur d'impératif. Ce qu'elle prescrit s'impose. Portalis, le père du Code civil, affirmait à propos de la loi -mais cette maxime vaut pour toute règle de droit- qu'elle « permet ou elle défend, elle ordonne, elle établit, elle corrige, elle punit ou elle récompense ».

Par exemple, la règle de droit *interdit* de fumer dans les lieux publics mais *permet* de fumer dans les lieux privés, elle *ordonne* l'exécution des décisions de justice, elle *établit* la majorité à 18 ans ce qui vous permet ainsi de voter, elle *corrige* certaines inégalités de fait en favorisant par exemple l'égal accès des

hommes et des femmes aux mandats électoraux et fonctions électives, elle *punit* le vol mais *récompense* celui qui a tenté de commettre un vol et qui empêche sa réalisation en avertissant les autorités (en l'exemptant de peine).

Mais des exceptions existent. Plusieurs catégories de règles non contraignantes peuvent être citées :

- **1^{ère} catégorie : les règles supplétives.** On les oppose aux règles impératives dont l'application ne peut en aucun cas être écartée. Les règles supplétives ne s'imposent que si les individus n'en ont pas décidé autrement. Par exemple, les règles du mariage : les futurs mariés peuvent passer un contrat de mariage pour organiser le partage de leur patrimoine, de leurs biens, suivant le régime de la séparation de biens ou de la communauté universelle. S'ils n'ont rien prévu, ce sont les règles du régime légal, celui de la communauté réduite aux acquêts des articles 1400 et suivants du CC, qui leur seront applicables.

L'exclusion des règles supplétives est prévue soit par principe dans certaines matières comme celle pénale soit explicitement par un texte comme l'énonce l'article 6 du Code civil : « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

- **2^{ème} catégorie : les actes non normatifs.** Ils ne comportent -contrairement aux actes normatifs- aucune prescription et constituent de simples énoncés descriptifs ou des déclarations d'intention.

Par exemple, la loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi, tels que le génocide arménien. Saisi de cette loi en 2012, le Conseil constitutionnel a affirmé qu'une loi ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide n'est pas par principe « revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ». Elle n'a pas donc vocation à énoncer des règles.

Ces exemples montrent que le droit n'est pas qu'un instrument social, c'est aussi un instrument politique qui permet notamment au Parlement d'assurer non pas sa fonction normative mais tribunitienne. Cette situation est considérée comme anormale, que la loi non normative présente un défaut qui est sanctionné par le juge constitutionnel. Elle est autorisée exceptionnellement dans certains cas expressément prévus par la règle de droit notamment en ce qui concerne les actes programmatiques. C'est-à-dire les actes qui mettent en place un programme d'action, planifient au moyen d'objectif ou d'orientation et non par pour objet de commander. Par exemple, les lois de programmations fixant les objectifs à l'action de l'État, par principe non normative, n'ont à craindre aucune censure du Conseil constitutionnel.

- **3^{ème} catégorie : la *soft Law*.** Elle est inspirée du droit anglo-saxon, qualifiée de droit souple ou de droit mou en France. Il s'agit davantage de proposer plutôt que d'imposer une conduite. Est alors utilisé l'incitation, la persuasion pour obtenir l'adhésion de ses destinataires au comportement visé. Ce procédé ne repose plus alors sur la contrainte, ce qui se démarque de ce qu'on nomme la *hard Law*. Ce droit « mou » par opposition au droit « dur » se présente sous la forme d'avis, de communiqués, déclarations, de recommandations, de résolutions, de chartes, de rapports, etc.

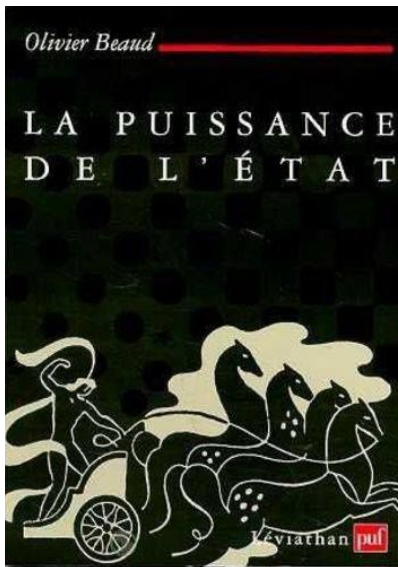
Ces instruments se sont d'abord développés en droit international. Par exemple, les recommandations des Nations Unies comme la [Résolution 1441](#) qui demande à l'[Irak](#) de révéler entièrement son arsenal d'armes

de destruction massive et ses missiles de moyenne et longue portée et d'autoriser le retour des inspecteurs de l'[AIEA](#), adoptée le [8 novembre 2002](#). Puis ils ont gagné le droit interne. Les autorités administratives indépendantes ou publiques y recourent fréquemment. Par exemple les recommandations du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA).

Ce droit à la « normativité floue » - et c'est un euphémisme- s'écarte de la définition traditionnelle de la règle de droit qui par essence est une prescription assortie d'une sanction.

§2 : Une règle de droit sanctionnée

Contrairement aux règles de la physique, le propre de toute règle sociale est de pouvoir être violée. Toute violation est susceptible d'entraîner une sanction. Le propre de la règle juridique est d'être sanctionnée en cas de non-respect.



Mais c'est aussi le cas des autres règles sociales. En matière économique, ne pas respecter les lois du marché peut être sanctionné par une perte d'argent ; en sport, ne pas respecter les règles du jeu, peut conduire à l'exclusion du jeu ; en moral, faire quelque chose contraire à la morale peut conduire à être pris de remords ou subir la réprobation d'autrui.

Dès lors pour se démarquer des autres, la sanction juridique doit être revêtue d'une certaine spécificité.

Est-ce la nature de la sanction ? Non. En droit comme dans d'autres domaines, la sanction peut être la perte d'une somme d'argent, la perte d'un titre, la privation de liberté...

Est-ce l'auteur de la sanction ? Oui. En droit, la sanction est mise en œuvre par l'autorité publique (que ce soit le policier, le juge, l'inspecteur des impôts), autrement dit par l'État, qui dispose du monopole de la contrainte légitime, comme l'a explicité Max Weber.

La sanction permettrait donc d'identifier la règle de droit, elle serait le critère du droit.

A cette idée plusieurs arguments peuvent s'opposer :

Premièrement, elle souffre d'exceptions. Ne sont pas assorties de sanction, toutes les règles formulant des obligations : soit parce qu'aucune autorité de l'État n'est saisie pour pouvoir prononcer une sanction à l'encontre de comportements que l'on sait irréguliers ; soit parce qu'aucune sanction ne peut être prononcée faute d'une autorité existante pour l'énoncer. Un exemple de règle sans sanction ? la Constitution prévoit que le Président doit promulguer les lois dans un délai maximum de 15 jours de leur adoption par le Parlement. La promulgation permet l'entrée en vigueur de la loi et son application. Or aucune sanction n'est prévue en cas de non-promulgation de la loi car ni le Conseil d'État ni le Conseil constitutionnel n'est compétent pour en connaître.

Deuxièmement, elle aboutit à une tautologie : à la question de savoir « quelles sont les règles sanctionnées ? », la réponse est la suivante : « les règles de droit ». On se demande alors si les règles sont juridiques parce que sanctionnées ou sanctionnées parce que juridiques... C'est le serpent qui se mord la queue.

Chapitre 2 : Les fondements de la règle de droit

Le fondement du droit résiderait dans la société. « *Là où il y a une société, il y a du droit* », c'est ce que signifie l'adage latin « *ubi jus, ibi societas* ».

Sans société, nul besoin de droit. Ainsi, Robinson Crusoé ou plus récemment Tom Hanks dans le film « Seul au monde » n'avaient pas besoin du droit puisqu'ils étaient seuls sur leur île déserte (ou presque... n'oublions pas Vendredi pour Robinson contrairement au film où Wilson n'était qu'un ballon de volley !).

A l'inverse, toute société a besoin de droit. C'est la question de la nécessité du droit. Sans droit, ce serait sans doute l'anarchie. Mais si le droit est nécessaire à quelle fin est-il institué ? Pourquoi une telle question ? Car cela pourrait permettre de distinguer la règle de droit des autres règles sociales. La règle de droit se différencierait des autres en raison de la finalité qu'elle poursuit. Une telle question relève de la philosophie du droit, ce qui implique que certains courants ou écoles de pensée s'en désintéressent complètement, estimant que cette question ne relève pas de la science du droit, ou du moins de leur science du droit telle qu'ils l'ont définie.

Ainsi l'élaboration du droit supposerait que certains résultats doivent être recherchés. Mais les fins se révèlent nombreuses et impossible à poursuivre toutes conjointement : fins individuelles ou fins collectives ? Bien public ou intérêts privés ? La puissance de la nation ou le progrès de l'humanité ? Un but idéal ou des satisfactions matérielles ? L'ordre et l'autorité ou l'épanouissement individuel ? La sécurité ou l'équité ? La stabilité ou le mouvement ? L'utilitarisme ou l'harmonie sociale ?

Mais une majorité d'auteurs s'accordent également pour dire que le droit est indissociable de l'idée de justice. On s'accorde à affirmer depuis l'Antiquité que « le droit c'est l'art du bien et du juste ». Plus qu'une fin parmi d'autres, la justice serait le fondement du droit. Mais alors qu'est-ce que la justice ?

La justice est définie comme « un sentiment, un idéal, un bienfait, une valeur ». Autrement dit, l'on n'est fort peu renseigné par cette définition issue du dictionnaire puisqu'on débouche à sa lecture à la question suivante : Quel est le contenu de la justice ?

Cette question débouche alors inévitablement vers d'autres : s'agit-il d'une justice individuelle ou une justice sociale ? Une justice idéale ou concrète ? Aristote distinguait d'une part, la justice commutative ou arithmétique, c'est-à-dire celle qui donne à chacun la même chose. C'est l'égalité ; et d'autre part, la justice distributive ou proportionnelle c'est-à-dire celle qui donne à chacun ce qui lui revient : c'est l'équité. Vous le voyez, sous le même terme « Justice », il en ressort deux acceptions. Ainsi reste à déterminer les critères selon lesquels on va attribuer à chacun ce qui lui est dû.

Prenons le cas de l'accouchement sous X pour illustrer cette question. Ce qui apparaîtra juste du point de vue de l'enfant qui souhaite connaître ses origines ne sera pas juste du point de vue de la mère qui a souhaité abandonner son enfant sous promesse d'anonymat. L'appréciation du juste dépend du sentiment de chacun, d'un jugement de valeur moral propre à chacun.

Plus marquant encore : Les nazis pensaient que leur droit qu'ils appliquaient était juste.

La justice est donc une notion nécessairement relative et subjective.

Si la détermination du juste est particulièrement délicate, sa recherche est intimement liée au droit.

Dès lors, doit-on désobéir à une loi injuste au risque de créer le désordre ? Les mouvements de désobéissance civique comme les faucheurs OGM avec leur figure de proue José Bové qui démonte des Mac Do violent la loi au nom du principe supérieur de justice. Dans quel but ? Pour obtenir la modification, l'abrogation de la règle de droit qui s'applique à eux et qu'il trouve injuste. En revanche, d'autres, comme Goethe estime que « Mieux vaut une injustice qu'un désordre ». Ce rapport entretenu entre le droit et la justice pose nécessairement la question de savoir pourquoi on obéit au droit ? Deux conceptions différentes s'opposent sur cette question depuis la nuit des temps : les doctrines de droit naturel (Section 1) et les écoles positivistes (Section 2).

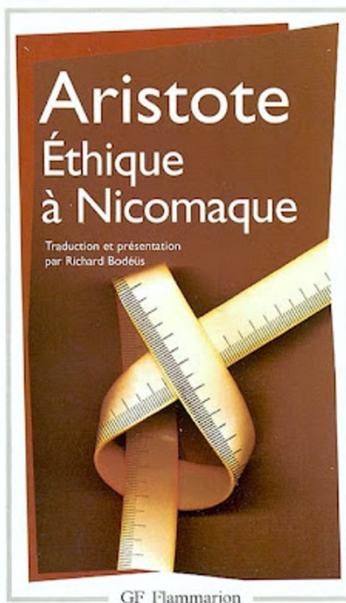
§1 : Les doctrines de droit naturel

Le postulat qui caractérise les jusnaturalistes -dénommés aussi idéalistes- est qu'au-dessus du droit qui régit un État donné à un moment donné - ce qu'on appelle le droit positif- existe un droit immuable et universel - ce qu'on désigne par droit naturel- auquel il ne faudrait contrevenir. Dès lors, les doctrines jusnaturalistes se caractérisent par l'existence d'une dualité entre deux droits : le droit positif posé par les gouvernants et le droit naturel, un droit idéal tel qu'il devrait être. Et une hiérarchie existe entre les deux, le droit positif devant se conformer au droit naturel qui lui est supérieur et antérieur.

Dès lors, « pourquoi obéit-on au droit » est une question pour les jusnaturalistes qui intéresse la science du droit. L'enseignant doit évaluer les règles de droit positif à l'aune de ce droit naturel qui est réputé connaissable. De cette comparaison effectuée, il est possible de dire ce qui est bon et ce qui est mauvais, ce qui a nécessairement une incidence sur le comportement à adopter. C'est ainsi que Calvin pouvait affirmer que « Lorsque les lois sont injustes, les séditeux ne sont pas ceux qui les violent mais ceux qui les font ».

Ce dualisme unit toutes les doctrines du droit naturel et fonde la césure avec les écoles positivistes. Pour autant, le pluriel à « doctrines du droit naturel » démontre qu'il en existe plusieurs à l'intérieur de cet ensemble que constitue le droit naturel. Quels sont donc les critères distinctifs de ces sous-ensembles ? On peut en discerner deux : le premier en ce qui concerne la méthode pour connaître le droit naturel et l'autre en ce qui concerne le contenu, la nature de ce droit naturel auquel le droit positif doit se conformer. Pour les uns, le droit naturel c'est la nature des choses, connaissable par son observation, pour les autres, c'est la nature de l'homme que l'on découvre par l'utilisation de la raison humaine. Il faut distinguer selon qu'il s'agit des doctrines du droit naturel ancien (A) ou moderne (B). Et comme vous le remarquez, à l'intérieur de ces sous-ensembles, il en existe aussi d'autres.

A. Les doctrines du droit naturel ancien



La nature peut être pensée comme l'expression d'une nécessité relevant des forces cosmiques. Telle est la pensée d'Aristote, père du Droit Naturelle antique soit 384-322 avant Jésus-Christ. La société doit être le reflet de l'univers, du cosmos, de la nature des choses. Le droit doit être conforme à l'ordre naturel qui gouverne les êtres et les choses. Le seul droit digne d'être obéi est le droit naturel dont on accède à sa connaissance par l'observation de la nature. Si le droit positif s'en écarte, l'homme a le droit voir le devoir de désobéir.

L'exemple du mythe d'Antigone reflète une telle conception. Antigone invoque -faut-il le rappeler- les "lois naturelles et éternelles" pour s'opposer à la loi positive de Créon qui refuse d'enterrer son frère parce qu'il a trahi sa patrie.

Plus tard au XIII^e siècle, l'idée de droit fondée sur la justice est reprise par Saint Thomas d'Aquin. Il combine la philosophie grecque et la religion chrétienne. Il distingue plusieurs lois qu'il hiérarchise. Par ordre décroissant : la *lex humana* correspondant au droit positif qui est l'œuvre de la raison humaine élaborant les règles pratiques de vie individuelle et sociale ; la *lex naturalis*, universelle et temporelle, susceptible d'être

découverte par la raison et la *lex divina* révélée aux hommes par Dieu.

Ainsi, la conception du droit chez Saint Thomas d'Aquin se caractérise par deux traits fondamentaux :

- elle est essentialiste en ce que, par son fondement rationnel, le droit existe en soi, objectivement, indépendamment des volontés, et qu'il est donc antérieur à l'individu et à l'État.

- elle est prudentielle en ce que le contenu du droit est déterminé par la raison spéculative et la raison pratique dans leur contact avec le réel et la vie, c'est-à-dire la nature des choses.

En définitive, le droit naturel classique désigne, au sens d'Aristote et de Saint Thomas d'Aquin, l'ordre des sociétés humaines tel que le révèle l'observation des réalités extérieures ; il est latent, relationnel, caché dans les choses et non écrit : à l'homme de discerner, au spectacle de la nature, l'ordre auquel elle tend et de le compléter, éventuellement par le droit positif ; le droit est donc dit naturel en ce qu'il n'est pas un produit volontaire des hommes ; il est affaire de prudence, de recherche empirique.

Mais cette conception présente de nombreux défaut qu'il faut souligner :

Tout d'abord, c'est une conception conservatrice en ce que la nature et donc les lois qui en découlent sont immuables

Ensuite elle légitime les inégalités qui existent dans la nature et empêche donc le droit positif de les réparer.

Donc légitime les inégalités entre les hommes et les femmes, l'esclavage, l'avortement, l'inégalité des droits

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

entre les homosexuels et les hétérosexuels (comme le PACS, le mariage, l'adoption...), interdit certains actes considérés comme contre nature (suicide, euthanasie...).

De plus, elle est sujette à controverse car relative et subjective. Pourquoi ? Car chacun peut avoir une perception différente de la nature. Au nom de la nature, on interdit l'union entre personnes de même sexe. Pourtant il existe de nombreux exemples dans le monde animal qui témoigne du contraire : les lézards, les dauphins, mais aussi beaucoup plus proche de nous les bonobos. Dès lors, selon ce qu'on veut bien observer de la nature, les lois qui doivent en être déduites seront différentes.

Enfin, elle est antidémocratique car le peuple ne peut nullement décider des règles qui le gouvernent.

B. Les doctrines du droit naturel moderne

Contrairement au droit naturel ancien, le droit naturel moderne peut être strictement déterminé car il procède d'une définition quasi axiomatique de l'être humain. Il se compose de préceptes que découvre la raison dans sa démarche déductive. A ce titre il est universel et immuable, puisqu'il est à l'image de l'homme ; il se distinguera du droit volontaire créé par la volonté humaine plus contingent ; il est - si l'on peut dire- anthropologisé », c'est-à-dire centré sur l'homme.

Ce Courant remonte à la fin du Moyen-Âge.

Il a débuté au XIII^e siècle avec le Mouvement nominaliste dont est à l'origine Guillaume D'Occam. Les groupes (État, famille, cité) ne sont que des concepts, qui n'existent qu'à travers la représentation que les hommes se font de la réalité. Ce sont des constructions intellectuelles, artificielles, des noms posés sur des choses. Par exemple, la famille est définie par le législateur : famille nucléaire, monoparentale... La seule réalité non contestable, c'est l'individu. Seule chose qu'on ne peut contester : l'individu, sa liberté, sa dignité. Dès lors le droit naturel est considéré comme un état individuel pour lequel la volonté humaine joue un rôle important. Grotius et Pufendorf au XVI^e et XVII^e siècles poursuivent dans cette voie et concluent que le droit naturel ne se découvrirait pas par l'observation des êtres et des choses mais par la raison humaine. En admettent l'existence d'un droit volontaire fondée sur la volonté des peuples, et à travers elle, la volonté individuelle, les théories du contrat social ne sont pas loin.

Il convient alors de faire une part belle ici aux Théoriciens du contrat social à savoir Thomas. Hobbes, John. Locke et Jean-Jacques Rousseau. Pour eux, la société n'est pas naturelle, elle est le fruit d'un contrat passé entre les hommes qui leur permettent de sortir de leur État de nature. Cette conception s'inspire ainsi du nominalisme qui considère l'État comme une structure artificielle.



Ce qui est naturel, ce sont les droits de l'homme, entendus comme les libertés individuelles inaliénables. Des divergences existent néanmoins dans la pensée de ces 3 auteurs

- 1) **Thomas Hobbes** : il retient dans Le Léviathan daté de 1651 une vision extrêmement négative et pessimiste de la nature humaine. Les individus sont égoïstes, orgueilleux, violents... L'état de nature est la guerre de tous contre tous, symbolisé par la maxime célèbre « l'homme est un loup pour l'homme ». Pourquoi ? Car ce qui anime les hommes, c'est simplement la conservation de la vie, où chaque homme connaît sa propre loi. C'est la loi de la nature. De ce fait les hommes subissent l'injustice et la violence. Pour échapper à l'état de nature, l'homme rationnel s'unit à ses semblables pour instituer au-dessus d'eux une entité investie de la toute-puissance chargée d'ériger l'ordre social. Ainsi, la société permet aux individus d'obtenir la sécurité. Les individus souhaitent se protéger les uns des autres. Cela fonctionne selon la logique contractuelle : les citoyens passent un pacte de non-agression afin de pouvoir agir librement par ailleurs. Les individus délèguent leur souveraineté à une autorité supérieure publique (l'État) pour obtenir leur liberté privée. L'État est légitime tant qu'il garantit la sécurité des citoyens. La sécurité individuelle est un droit naturel, les citoyens s'associent librement pour réduire leurs libertés. L'État et ses lois ont pour seule raison d'être de servir les intentions et les intérêts des contractants, non de conduire les hommes vers un monde transcendant pour assurer leur salut.
- 2) **John Locke** : il considère en revanche que les individus sont libres et égaux à l'origine. Ce n'est donc pas une vision pessimiste de l'État de nature contrairement à Hobbes. Le gouvernement a pour fonction de défendre la propriété individuelle, qui découle de la liberté reconnue à chaque homme. Ces théories du contrat social, qu'elles soient absolutistes ([Hobbes](#)) ou libérales ([Locke](#)), reposent sur l'aliénation de l'individu.
- 3) **Jean-Jacques Rousseau** : le problème est d'abord et avant tout de préserver la liberté. Dans l'état de nature, les individus sont libres. Leur liberté naturelle est une liberté d'indépendance qui consiste à faire tout ce qui est nécessaire pour assurer sa propre conservation. Lorsque les hommes vivent en société, c'est donc la loi du plus fort qui s'applique. Par le contrat social, chacun renonce à sa liberté naturelle pour gagner une liberté civile. La liberté civile est une liberté d'autonomie qui consiste à se donner à soi-même (auto) ses propres lois (nomos = la loi).

§ 2 : Les écoles positivistes

Faut-il le rappeler en préambule ; pour les positivistes, il n'existe qu'un seul droit, le droit positif. Et pour eux, cette question de « pourquoi obéit-on au droit » n'intéresse pas la science du droit mais la philosophie du droit. Le scientifique du droit doit rester neutre. Ainsi, le professeur de droit doit se contenter de décrire les règles juridiques de façon froide et impartiale, car le droit naturel n'existe pas, ou du moins, il n'a pas à s'en soucier. Le positiviste s'intéresse seulement à la question de « comment s'organise le droit ».

Le positivisme prend son origine dans la critique du droit naturel. Le droit naturel n'est pas empiriquement connaissable. Le jusnaturalisme reposerait sur une confusion entre ce qui relève de la réalité (être) et de l'idéal (devoir-être). Un seul droit est alors digne d'être étudié : le droit positif, droit posé par la volonté humaine.

Le courant positiviste a pour principale caractéristique son anti-idéalisme, son antirationalisme et son antinaturalisme. Le droit ne peut être défini par référence à la morale mais seulement d'après des critères amoraux, distincts de la morale, ce qui ne veut pas dire que le droit est moralement neutre. Ainsi, les juristes doivent se contenter de décrire le droit tel qu'il est sans l'apprécier par un jugement de valeur, sans dire ce qu'il en pense sur le plan moral ou politique.

C'est la raison pour laquelle les positivistes contestent l'universalité et la pertinence de l'idée de justice comme fondement du droit, car cela reviendrait à fonder le droit sur un critère moral. Corrélativement, cela a pour conséquence inéluctable la diversité des systèmes juridiques et la contingence de leurs règles de droit.

Mais là encore plusieurs courants de pensée existent. Nous verrons les positivismes légaliste (A), sociologique (B), normativiste (C) et réaliste (D).

A. Le positivisme légaliste

Ce courant est très influent en France au XIX^e siècle.

Ce sont les héritiers de la révolution française qui en sont à l'origine. Ils relèvent essentiellement de la bourgeoisie. Ce courant a été incarné par l'École de l'exégèse.

3 postulats sont posés :

-Les seules règles qui accèdent à la dignité des règles de droit sont les règles sanctionnées par l'autorité publique, par le juge. Et le juriste n'a à s'occuper que d'elles.

-Toute solution judiciaire doit être déduite de la loi et doit résulter d'une application du texte, ce qui supprime toute liberté au juge dans la solution issue du texte. Le juge est alors conçu comme un automate ou selon les dires célèbres de Montesquieu « comme la bouche de la loi ».

-Il y a complétude de l'ordre juridique positif. Autrement dit il n'existe aucune lacune et toute solution doit nécessairement ressortir du texte à appliquer.

Pour résumer, le législateur a tout prévu dans la loi car il était question à cette époque du code civil. Et le juge doit appliquer la loi à la lettre. La loi est sacralisée comme l'est son créateur : le législateur.

Cependant nombreuses critiques peuvent être émises :

D'une part, le refus d'accorder un pouvoir d'interprétation de la loi au juge pourrait trouver une explication sociologique. Les juges étaient des descendants de l'aristocratie de l'Ancien Régime et les révolutionnaires ne voulaient pas qu'ils déforment la loi et qu'il contrarie ainsi la philosophie libérale de la

Révolution. Mais alors s'il s'agit ni plus ni moins d'une instrumentalisation, la concevoir comme une science est contestable

D'autre part, affirmer qu'il faut obéir au droit sans justifier les raisons pour lesquelles il faut lui obéir relève de l'idéologie et donc revient une nouvelle fois à contester le caractère scientifique de cette science. Il en va de même en ce qui concerne la complétude de l'ordre juridique qui postule - pour imposer l'obéissance à la loi- la rationalité du législateur. Or est-il possible que le législateur puisse tout prévoir ? Pouvaient-il prévoir toutes les innovations technologiques ou biologiques comme internet ou le clonage. La loi contenait-elle déjà les réponses à ces nouveaux problèmes juridiques ? On peut en douter. Enfin, la science du droit est réduite au commentaire des codes et conduit à une sécheresse excessive de cette activité. Mais elle a été nécessairement assouplie. Le juge peut se référer en cas d'absence de clarté de la loi à l'intention du législateur, à son esprit lors de son élaboration. C'est donc avouer que l'ordre juridique n'est pas complet. Et faire appel à l'intention de l'auteur contrevient -selon leur propre précepte- à leur définition de la scientificité.

B. Le positivisme sociologique

C'est une réponse, une critique du positivisme légaliste et des théories du contrat social.

Les auteurs qui incarnent ce courant sont Auguste Comte, Léon Duguit, et Émile Durkheim. Tous nient l'existence des droits subjectifs : La notion de liberté individuelle est fausse. Il n'y a pas d'autonomie de la volonté. Donc la volonté des gouvernants n'a aucun droit à s'imposer sur celle des gouvernés. La notion de contrat social et de droits subjectifs ne sert qu'à légitimer le pouvoir des plus forts à l'encontre des plus faibles, le pouvoir de la majorité sur la minorité.

L'État n'est donc pas souverain, la loi n'est pas légitime en elle-même. Les parlementaires ne doivent pas invoquer l'autorité de l'État pour justifier la loi. La loi ne peut être respectée que si elle traduit les faits sociaux, si elle est le reflet de l'évolution des mœurs. La loi ne crée pas le droit, elle ne fait que le transcrire. Le vrai droit c'est le Droit objectif. Ainsi le droit, qui peut être l'objet d'une science positive parce qu'il tient dans des phénomènes sociaux soumis au déterminisme, découle du milieu social.

Il s'ensuit la critique suivante :

Le droit objectif n'est pas posé, c'est un droit créé pas les faits, spontané, donc difficile à détecter. Or, chacun peut avoir sa propre lecture des faits sociaux. Par exemple, la société était-elle selon vous favorable ou défavorable au mariage pour tous ? La réponse pourrait dépendre de la personne que vous interrogez selon qu'elle appartient à tel camp ou à un autre. Le risque est de conduire à l'anarchie. De plus, rattacher le droit à l'état des mœurs explique la relativité du droit, d'une époque à l'autre ou d'un État à l'autre. Il ne serait pas possible aussi d'aller à l'encontre de la société. Lorsque la loi interdisant la peine de mort en France a été votée en 1981 par les parlementaires, il a été dit que les Français n'auraient sûrement pas adopté cette mesure si elle avait fait l'objet d'une consultation populaire. Dès lors, faut-il penser que les parlementaires n'auraient pas dû créer une telle règle de droit ? Enfin, il est donné à la coutume une place démesurée par rapport au droit écrit.

B. Le positivisme normativiste

Le plus illustre des auteurs est Kelsen un juriste autrichien à l'origine de l'ouvrage « Théorie pure du droit ». Il condamne toutes les théories du Droit naturel et sociologisantes. Il s'est inspiré de la loi de Hume et de Kant selon laquelle il ne faut pas confondre ce qui est avec ce qui devrait être, ne pas confondre le monde de l'être, la réalité de celui du devoir être.



Pour Kelsen, le juriste doit se contenter de décrire le droit posé, qui n'est pas le reflet des faits sociaux mais issu de la volonté des gouvernants.

Le droit est un système de normes, hiérarchisé, pyramidale, dans lequel chaque norme doit être conforme à la norme supérieure. Chaque norme trouve sa validité dans la norme qui lui est supérieure hiérarchiquement. Par exemple, la décision de justice doit être conforme à la loi, qui elle-même est conforme à la Constitution, qui la norme la plus élevée dans la hiérarchie normative.

La tâche du juriste est simplement de décrire ce système, sans se soucier des valeurs et des faits sociaux. Le droit est purement normatif, prescriptif.

La science du droit est autonome, détachée de la métaphysique. On peut lui appliquer les règles des sciences pures. D'où son nom : la Théorie pure du droit. Attention, il faut éviter la confusion : ce qui est pur ce n'est pas le droit mais la science du droit.

De nombreuses critiques sont portées sur cette conception du droit.

- On retrouve l'idéalisme du positivisme légaliste : le droit engendre du droit, le système est complet et autonome, chaque autorité est encadrée par la norme supérieure qu'elle applique...

- Il est adopté une conception désincarnée de l'État. L'État s'identifie au droit. La personification de l'État sert à couvrir l'autorité de ceux qui prennent les décisions. L'État n'est rien d'autre qu'une pyramide de normes qui l'habilitent. Chaque norme existe que par rapport à une norme supérieure. La seule différence entre la volonté des députés et celle des citoyens, c'est que la Constitution autorise la volonté des députés à s'imposer à tous.

- C'est une conception dangereuse car elle peut tout justifier, même un droit tyrannique. On ne s'intéresse pas au contenu du droit mais seulement à sa forme. Par exemple, le droit nazi n'est nullement contesté à l'aune de cette conception du droit. Pourquoi ? Car on ne se soucie pas si la règle de droit comporte ou non des droits fondamentaux. Tant que la norme est valide, on ne se préoccupe pas si elle est injuste, car cela relève d'un jugement moral, d'un jugement de valeur.

- Enfin cette question restée sans réponse : D'où la Constitution placée au sommet de la pyramide tire-t-elle sa validité puisque -comme on l'a dit- chaque norme doit trouver sa validité dans la norme qui lui est supérieure ? Kelsen dit qu'il faut postuler l'existence d'une norme hypothétique fondamentale dans laquelle la Constitution trouverait sa validité et qui justifierait qu'on lui obéisse. Pour Kelsen, il faut recourir à une fiction : la validité de la norme suprême et donc du système est fondée sur ce qu'il appelle la norme fondamentale (Grundnorm). Autrement dit, sa conception repose sur une hypothèse invérifiable, sur une fiction, ce qui grève la pureté de sa science.

C. Le positivisme réaliste

Le positivisme réaliste s'intéresse au réel, aux faits.

Le Droit n'est pas un ensemble de normes posées de manière abstraite mais un ensemble de comportements, de pratiques. C'est un fait.

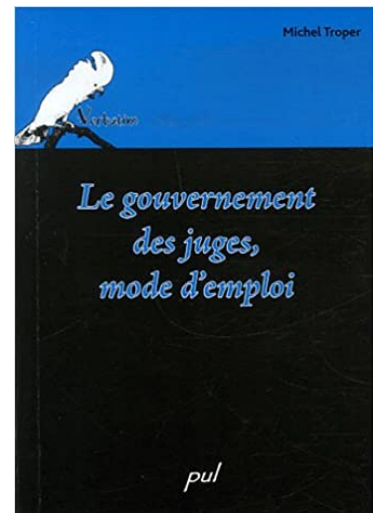
Pour les réalistes dont le plus illustre en France est le professeur Michel Troper, il faut faire une différence entre le texte et la norme : en lui-même le texte n'est pas normatif, ce n'est pas du droit, il ne crée pas du droit. La norme n'existe qu'une fois que le texte a été interprété par le juge. Le travail du juriste réaliste, c'est de connaître des faits, de l'interprétation donnée par le juge et non de s'intéresser au texte.

On distingue 2 types d'interprétation :

- 1) **L'interprétation authentique** est l'interprétation qui est retenue par un interprète authentique. C'est celle choisie par le juge -par exemple- parmi les différentes significations possibles ouvertes par le texte. Ce choix est libre, c'est un acte de pure volonté, un jugement de valeur.

2) **L'interprétation scientifique** : elle est délivrée par ceux qui font de la science du droit. C'est un acte de connaissance qui consiste à révéler toutes les significations retenues par les interprètes authentiques. Le juriste doit s'attacher à décrire le droit tel qu'il est, et non à rechercher le droit tel qu'il devrait être, ce qui l'empêche de porter toute critique sur cet objet. L'activité du juriste est cantonnée à une analyse descriptive de son objet, ce qui implique, à la fois, d'adopter une position extérieure à son objet ainsi que de réduire son objet d'analyse au seul droit positif. Or seul ce qui « est » peut être décrit, c'est-à-dire le droit positif, les normes en vigueur, puisqu'elles peuvent être vérifiées empiriquement en termes de vrai ou de faux. En revanche, ce n'est pas le cas de ce qui « doit être ». Le texte étant indéterminé, il n'est pas possible de connaître ce qu'il prescrit. En outre, ce « devoir-être » ne peut s'accomplir qu'après avoir mené une évaluation, c'est-à-dire après avoir opéré une interprétation du texte qui n'est pas un acte de connaissance mais de volonté. Dès lors si le résultat de cette évaluation -la signification retenue- peut être décrit, il n'en va pas de même de cette opération d'évaluation. Et si le juriste persiste à retenir un tel objet, il ne pourra faire autrement que d'effectuer l'évaluation requise en lieu et place de l'interprète. En prétendant décrire le droit, il ne ferait en réalité que passer sa propre volonté pour le produit d'une recherche scientifique, ce qui aurait pour conséquence de confondre le discours avec son objet et à ce que son discours ne soit plus reconnu comme scientifique.

Cette conception du droit conduit à la conséquence suivante. C'est le juge qui crée le droit et non le législateur. Elle remet donc en cause les fondements démocratiques du système. Et le droit n'a plus pour fonction de limiter les organes auxquels il s'applique. Quant à la science du droit, son activité est réduite et c'est un euphémisme. Elle n'a que pour unique activité de décrire les interprétations produites par les interprètes authentiques sans pouvoir affirmer qu'ils ont outrepassé la règle de droit fixé.



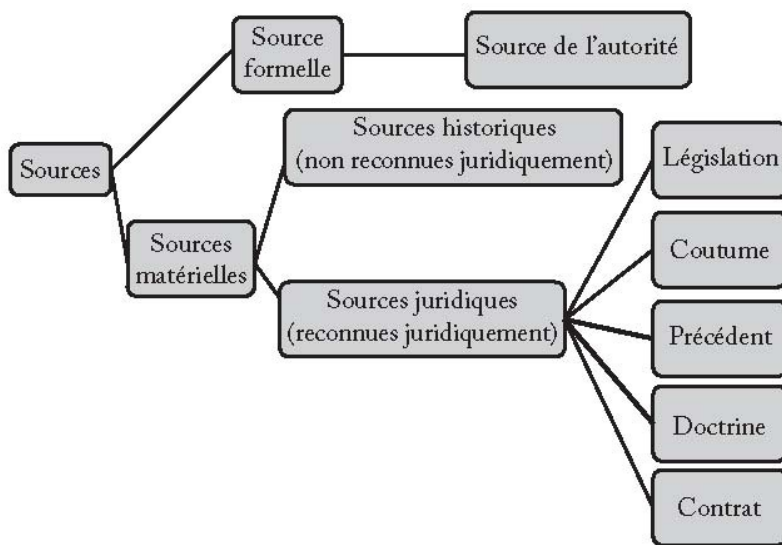
Titre 2 : Les sources du droit

Le terme de sources désigne l'endroit où l'on puise, ce qui est à l'origine d'un produit. Cette métaphore des sources appliquée au droit -dont la paternité reviendrait à Cicéron- désigne les « forces d'où surgit le droit », les « forces créatrices du droit ».

C'est alors la question de l'origine de l'existence de la règle de droit : comment sont produites les règles ? Quels procédés et quelles forces œuvrent à la fabrication de la règle de droit ?

Mais alors les sources du droit participeraient-elles à définir le droit ? En effet, il serait possible au regard de la métaphore d'avancer que la règle de droit est produite par une source de droit. Cette explication proposée se révèle simple, voire simpliste.

Une telle définition du droit impliquerait que les sources du droit soient elles-mêmes clairement définies ! Or ce n'est pas le cas.



Premièrement : les auteurs de manuel d'introduction au droit n'identifient pas les mêmes sources du droit. À côté des quatre sources principales, la loi entendue au sens large c'est-à-dire règle de droit écrit au caractère unilatéral, la coutume, la jurisprudence et la doctrine, certains en retiennent d'autres comme la tradition, ou la pratique. Dès lors, la définition du droit s'en trouve modifier selon l'auteur auquel on se réfère

Deuxièmement : la présentation des sources est étatiste en ce qu'elle correspond au droit d'une société fortement étatisé. Mais elle n'a plus de pertinence à l'égard des sociétés

traditionnelles ou même de notre Haut Moyen-Âge. De plus, chaque système juridique développe une théorie des sources du droit qui lui est propre, ce qui explique par exemple que dans les pays de Common Law comme la Grande-Bretagne par exemple, leur droit est essentiellement jurisprudentiel. Il s'ensuit que la définition du droit au regard de « nos » propres sources du droit n'aurait pas vocation à être ni universelle ni intemporelle.

En définitive, les sources du droit permettent moins de définir ce qu'est le droit -ce qui explique les raisons pour lesquelles elles sont abordées dans un titre 2- que d'identifier les règles de droit.

Traditionnellement, on distingue deux sources : les sources matérielles et les sources formelles :

-**Les sources matérielles sont les sources du contenu du droit**, ses sources d'inspiration ou d'influence. Il s'agit par exemple des normes non contraignantes dont on a déjà parlé (avis, rapports, recommandations...) mais aussi de la pratique, du droit comparé, des valeurs (philosophiques, morales, religieuses...), ainsi que les multiples données (économiques, sociales, environnementales, médicales...) qui peuvent et sont prises en compte dans le droit. Ces sources matérielles n'accèdent à la vie juridique, ne peuvent être considérées comme de véritables sources de droit, qu'à condition d'être reprises par des sources formelles.

-**Les sources formelles sont en quelque sorte les sources officielles du droit**, celles dont la valeur juridique, contraignante, est reconnue comme telle. Ce sont elles qui vont nous occuper dans cette présentation des sources du droit.

Pour des raisons pédagogiques, on distinguera les sources nationales (Chapitre 1) et internationales (Chapitre 2). Et on ne s'économisera pas sur les développements de ces sources tant celles-ci sont indispensables à l'étude du droit public.

Chapitre 1 : Les sources nationales

Les auteurs reconnaissent unanimement à la Constitution, à la loi et aux règlements administratifs de constituer des sources du droit (Section 1). En revanche la place de la coutume et de la jurisprudence est relativement discutée (Section 2)

Section 1 : Les sources incontestées

La Constitution, la loi et les règlements administratifs sont des actes revêtant un caractère unilatéral. C'est un ordre qui ne requiert pas l'accord du destinataire. Ils se différencient donc du contrat qui est négocié par les parties. Ce dernier contient un ingrédient étranger à la loi entendue au sens général. Ici l'obligation résulte d'un engagement individuel si l'on peut dire de personne à personne. Dans le même registre, ces actes se différencient du jugement, qui certes peut s'analyser aussi en un ordre unilatéralement donné, mais qui tranchent entre deux prétentions particulières. Le juge est alors amené à relater des faits, à motiver, à argumenter sa décision.

Conformément à la hiérarchie des normes, théorisée par Kelsen sous la forme d'une pyramide et retranscrite dans notre ordre juridique nationale, en droit français, nous étudierons successivement la Constitution (§1), la loi (§2) et les règlements (§3).

§1 : La Constitution

La Constitution est la norme suprême de l'ordre juridique. Elle est placée au sommet de la pyramide des normes. C'est l'acte fondateur de l'État et le symbole du contrat passé entre les gouvernés et les gouvernants.

La Constitution française actuelle a été promulguée le 4 octobre 1958.

La première Constitution française date de 1791. Auparavant, seules subsistaient les lois fondamentales du Royaume qui étaient non écrites. 15 Constitutions se sont succédé entre ces deux dates, ce qui montre toute l'instabilité constitutionnelle qu'a connue la France. C'est à la révolution sous l'influence des Lumières et notamment des théoriciens du contrat social que la notion de Constitution moderne apparaît. Pour définir cette notion, on peut se référer à 2 critères, un critère matériel (fond, contenu) et un critère formel (forme, procédure) qui renvoient à 2 questions : pour quoi ? Comment ? C'est-à-dire le but et le procédé pour y parvenir.

A. La définition matérielle de la Constitution

Sur le plan matériel, la Constitution moderne est l'ensemble des règles relatives à l'État et à son organisation. Par exemple : les règles qui définissent le régime politique, le mode de désignation des gouvernants, les compétences des institutions.



Elle organise la répartition des pouvoirs entre les institutions et les relations entre ces institutions mais aussi avec les citoyens. La Constitution définit également les droits et libertés des citoyens.

Il faut se référer à l'article 16 de la DDHC de 1789 pour avoir une définition de la Constitution matérielle : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la Séparation des pouvoirs déterminée n'a point de Constitution ». C'est une conception libérale de la Constitution qui est associée historiquement au constitutionnalisme dont le but de la Constitution consiste à d'organiser le pouvoir, de le limiter pour préserver la liberté des citoyens.

Toutefois il est possible de critiquer cette définition : cet article a vocation à être universelle comme l'est le texte dont elle est issue. Cela suppose alors que les constitutions - pour être reconnue comme telle - doivent avoir un contenu précis à savoir des règles séparant les pouvoirs et garantissant des droits. Or tout État, qu'il soit archaïque ou autoritaire, du fait même qu'il existe nécessairement une Constitution quel que soit son contenu. C'est la Constitution qui fixe

elle-même son contenu. Elle n'a pas de contenu déterminé *a priori*. La preuve en est avec les États dictatoriaux, totalitaires comme la Corée du Nord ou auparavant les États soviétiques. Ces États ont ou avaient bien une Constitution quand bien même celles-ci ne correspondent pas à la définition fixée par l'article 16 de la DDHC.

B. La définition formelle de la Constitution

Sur le plan formel, la Constitution est l'ensemble des règles énoncées dans une forme particulière, à savoir écrite (1) et rigide (2)

1- Une Constitution écrite

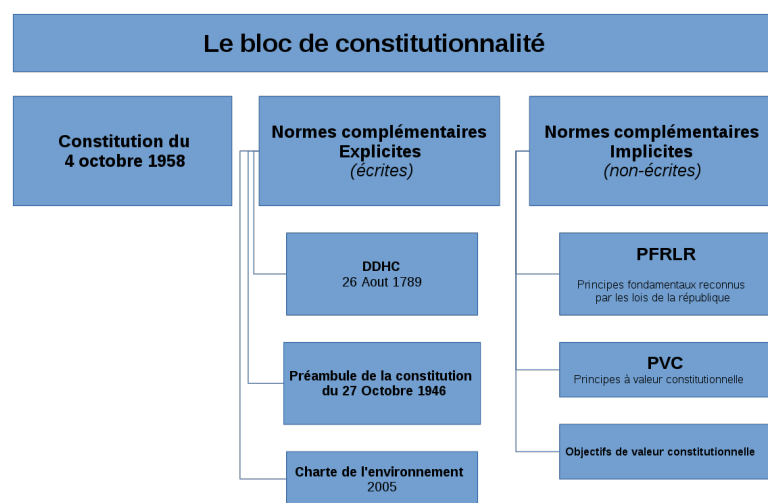
Depuis la Révolution française et l'avènement du constitutionnalisme, la Constitution est présentée sous la forme écrite. Pourquoi ? Car l'écrit permet de fixer les commandements que les gouvernants doivent respecter, ce qui permet aux gouvernés -en raison de la publicité du texte- de vérifier s'ils n'outrepassent leurs prérogatives. Ce but figure dans le Préambule même de la DDHC de 1789.

C'est la raison pour laquelle au XVIII^e siècle au Royaume-Uni, il a été rédigé des actes visant à limiter le pouvoir du roi et à renforcer ceux du Parlement. Il y a eu le Bill of Rights en 1689 qui a limité les pouvoirs du Roi, l'Act of Settlement en 1700 qui a renforcé les pouvoirs du Parlement.

Une remarque s'impose :

La Constitution française ne se réduit pas au texte de 1958 modifié par les révisions successives. Elle inclut son préambule, qui renvoie au Préambule de la Constitution de 1946 et à la DDHC de 1789. Elle comprend aussi la Charte de l'environnement de 2004. Enfin, il faut également y rattacher les principes dégagés par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. On distingue plusieurs catégories de principes au sein de ce qu'on appelle le « bloc de constitutionnalité », à savoir toutes les normes de valeur constitutionnelle. Je citerai 2 catégories de principes : les PFRLR, les PVC

- Le Préambule de la Constitution de 1946 fait référence aux PFRLR qui sont des principes découverts par le Conseil constitutionnel. Pour que le Conseil leur reconnaisse une valeur constitutionnelle, il faut que ces principes répondent à 4 conditions : une condition tenant à la temporalité, le principe doit avoir été proclamé lors d'un régime républicain avant 1946 date du Préambule qui fait mention de ces principes ; une condition tenant à la nature de l'acte dans lequel ces principes sont puisés : la loi ; une condition tenant à la généralité, à la constante du principe : il ne doit avoir été démenti par une loi ; une condition tenant au



L. FRICKER

caractère fondamental du principe, qui la condition sûrement la plus subjective. C'est le cas par exemple de la liberté d'association qui trouve son fondement dans la loi de 1901. Le Conseil Constitutionnel a reconnu qu'il s'agissait d'un PFRLR dans sa décision du 16 juillet 1971. Le dernier en date découvert est le particularisme du droit Alsacien-Mosellan découvert en 2011.

- Les PVC sont découverts par le juge constitutionnel dans les dispositions constitutionnelles mais ne s'y rattachent pas explicitement, ce qui n'est pas soulevé des critiques sur l'activité créatrice du juge. Par exemple en 1994 le Conseil constitutionnel a consacré le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine. Ce principe ressort selon lui des premiers mots du Préambule de 1946 ("Au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés"). De ce PVC, le Conseil en a ensuite tiré un OVC, le droit de disposer d'un jugement décent en 1995.

2-Une Constitution rigide

Les Constitution doivent disposer d'une forme plus rigide que celle des lois ordinaires. Deux procédés pour y parvenir :

Premièrement l'organe. Les lois constitutionnelles ont été adoptées ou révisées par un organe spécifique. C'est le Pouvoir constituant. Il en existe deux sortes. Le pouvoir constituant originaire désigne l'organe compétent pour élaborer la Constitution et le Pouvoir constituant dérivé qui a le pouvoir de révision constitutionnelle. A noter que le Titulaire du pouvoir constituant originaire, en démocratie, c'est toujours le Peuple souverain. Cependant,

il ne l'exerce pas toujours directement. La Constitution peut être élaborée par des représentants, comme une assemblée constituante spécifiquement élue par le peuple comme en 1793, 1848, 1875, 1946 ou représentative comme en 1791 ; ou bien élaborée par un homme seul comme Bonaparte en 1799 ou son neveu en 1852, ou par un petit groupe come en 1958. Ensuite, la naissance de la Constitution procèdera soit première hypothèse, de l'assemblée nationale représentant le peuple qui décrète en son nom la constitution qu'elle a élaborée (1791 ou 1875), soit deuxième hypothèse, l'assemblée constituante présente

CONSTITUTION

Le Gouvernement de la République, conformément à la loi constitutionnelle du 3 juin 1958, a proposé,

Le peuple français a adopté,

Le Président de la République promulgue la loi constitutionnelle dont la teneur suit :

PRÉAMBULE

Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.

En vertu de ces principes et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique.

ARTICLE PREMIER. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.

La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales.

Titre premier

DE LA SOUVERAINETÉ

ARTICLE 2. La langue de la République est le français.

L'emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge.

L'hymne national est « La Marseillaise ».

La devise de la République est « Liberté, Égalité, Fraternité ».

Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple.

ARTICLE 3. La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum.

Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice.

Le suffrage peut être direct ou indirect dans les conditions prévues par la Constitution. Il est toujours universel, égal et secret.

Sont électeurs, dans les conditions déterminées par la loi, tous les nationaux français majeurs des deux sexes, jouissant de leurs droits civils et politiques.

ARTICLE 4. Les partis et groupements politiques concourent à l'expression du suffrage. Ils se forment et exercent leur activité librement. Ils doivent respecter les principes de la souveraineté nationale et de la démocratie.

Ils contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1^{er} dans les conditions déterminées par la loi.

La loi garantit les expressions pluralistes des opinions et la participation équitable des partis et groupements politiques à la vie démocratique de la Nation.

Titre II

LE PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE

ARTICLE 5. Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l'État.

Il est le garant de l'indépendance nationale, de l'intégrité du territoire et du respect des traités.

au peuple le projet établi (mai et octobre 1946), soit troisième et dernière hypothèse, le comité chargé d'élaborer la constitution fait approuver son projet par le peuple (1799, 1852 et 1958).

En 1958, la Constitution a été adoptée dans le contexte du retour au pouvoir du Général de Gaulle pour régler la situation qui se dégrade en Algérie. Son gouvernement est habilité par le Parlement à élaborer un projet de Constitution. Un avant-projet gouvernemental préparé sous l'autorité du Président et du ministre de la Justice, Michel Debré, est soumis à l'avis d'un comité consultatif constitutionnel composé de parlementaires et de personnalités nommés par le gouvernement. Une fois le projet final du gouvernement arrêté, le projet est soumis au peuple français par un référendum le 28 septembre 1958 et promulguée le 4 octobre.

Deuxièmement la procédure, les Constitutions ont été adoptées ou révisées par une procédure spécifique, plus contraignante que la procédure législative.

Se pose alors la question de savoir comment on élabore une Constitution ?

Il n'existe pas un seul mode d'emploi. Les Procédures d'adoption sont variables et se révèlent plus ou moins démocratiques. Par exemple, la Constitution peut être imposée par un Roi, un dictateur ou un Empereur comme Napoléon 1^{er}, préparée par une Assemblée spécifiquement élue comme en 1946 ou représentative comme 1791, voire approuvée directement par le Peuple comme en 1958.

Quant à la révision de la Constitution de 1958, il faut suivre la procédure prévue par l'article 89 de la Constitution qui distingue 3 phases :

- une phase d'initiative : l'initiative appartient au Président de la République, sur proposition du premier ministre ou du Parlement ;
- une phase d'adoption : la révision doit être votée par les 2 chambres du Parlement (AN et Sénat) en termes identiques
- une phase de ratification : le principe voudrait qu'elle le soit par le peuple par référendum mais en réalité, il est plus souvent recouru à l'exception, c'est-à-dire par la voie du Congrès (réunion du Parlement à Versailles et vote à la majorité des 3/5). Cette procédure donne au Parlement, lors de la seconde phase, un pouvoir de blocage. Si le Parlement s'oppose à la révision, celle-ci ne peut aboutir.



Pour contourner l'obstacle du Parlement, le général de Gaulle a utilisé un autre moyen pour réviser la Constitution en 1962. Il a soumis directement son projet de réforme du mode d'élection du Président de la République (au SUD) au référendum par le biais de l'article 11 qui permet au Président de soumettre au référendum tout projet de loi portant notamment sur l'organisation des pouvoirs publics. Ce détournement de la

procédure de l'article 11 pour réviser la Constitution a été vivement critiqué par la classe politique et par

les juristes de l'époque qui ont affirmé qu'il s'agissait d'une violation de la Constitution. Mais ce référendum a néanmoins eu lieu et a été plébiscité par le peuple qui a répondu favorablement au projet qui lui était soumis. Cette utilisation de l'article 11 a ainsi donné naissance à l'une des révisions les plus importantes de la Constitution de 1958.

Le Conseil constitutionnel a été saisi de cette loi relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct. Dans sa décision du 6 novembre 1962, il s'est déclaré incompétent pour se prononcer sur cette loi adoptée par le peuple par référendum qui constitue je cite « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Cet épisode rocambolesque qui marquait l'histoire de la Ve République montre la rigidité première de la Constitution de 1958. C'est parce que la procédure de l'article 89 est lourde, difficile à mettre en œuvre, que le GDG a dû utiliser une autre voie pour réviser la Constitution.

Cette rigidité constitutionnelle explique que la Constitution soit placée au sommet de la Hiérarchie des normes et s'explique parce qu'elle est réputée renfermer la volonté du souverain, la volonté du peuple.



Pour garantir cette suprématie de la Constitution sur les autres normes, en particulier des lois, il faut instituer un contrôle de constitutionnalité, sinon la loi pourrait, comme c'était sous la Troisième République, contrevenir à la Constitution qui lui demeure hiérarchiquement supérieure. Le contrôle de constitutionnalité des lois est assuré par le Conseil constitutionnel en France depuis 1958.

Ce contrôle s'exerce depuis 1971 au regard de l'ensemble du bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire la Constitution, son préambule et à tous les textes auxquels il renvoie. L'idée de « bloc » renvoie à une pluralité de textes composant un ensemble monolithe, la Constitution entendue au sens large. C'est la décision du 16 juillet 1971 qui consacre la valeur juridique du Préambule de la Constitution de 1958 et par renvoi celle du Préambule de 1946 et de la DDHC de 1789. Aujourd'hui, il ne faut pas oublier depuis son entrée en vigueur en 2005 la Charte de l'environnement.

Avant cette décision, son contrôle portait uniquement sur le respect de la Constitution de 1958 entendue strictement dont l'immense majorité des dispositions concernent la répartition des compétences entre les pouvoirs constitués et des modalités de procédure. Peu d'articles du corps même de la Constitution énonçaient des droits et libertés dans la mesure où elle n'en comportait que très peu. Sur les 92 articles à l'origine, seuls les articles 1^{er}, 2, 3, 4, 66 de la Constitution et indirectement les articles 72, 73, 74, 75, voire 88-3 de la Constitution énoncent des droits fondamentaux.

Les articles 1 à 66 cités concernent les personnes privées :

- L'article 1^{er} : l'égalité devant la loi, la laïcité et la liberté de conscience
- L'art. 2 : « La langue de la République est le français »
- L'art. 3 : Le droit de suffrage et l'égalité d'accès aux mandats électifs
- L'art. 4 : la liberté d'expression et d'action des partis
- L'art. 66 : la liberté individuelle et l'interdiction de la détention arbitraire

Les articles 72 à 75 concernent les collectivités territoriales. Par exemple l'article 72 : la libre administration des CT's

Ce n'est qu'à partir de 1971 que le Conseil constitutionnel s'érige en gardien des droits et libertés car les textes auxquels renvoie le Préambule de la Constitution de 1958 comportent essentiellement des droits et libertés. C'est à partir de là que se développe son contrôle et que commence la constitutionnalisation des branches du droit. La dimension sociale de la Constitution va en effet irriguer toutes les branches du droit. Cette constitutionnalisation est relancée depuis 2010 par l'introduction de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) qui permet à tout justiciable de demander au juge de contrôler que des dispositions législatives que l'on veut lui appliquer respectent bien les droits et libertés que la Constitution garantit. Avant 2010, le Conseil constitutionnel ne pouvait être saisi que par des autorités politiques. A l'origine, le Conseil ne pouvait être saisi que par les 4 plus hautes autorités de l'État : le Président de la République, le Premier ministre, les présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat. Avec le développement du contrôle de constitutionnalité, la saisine du Conseil constitutionnel a été ouverte en 1974 aux parlementaires, à 60 députés ou sénateurs, ce qui a permis à l'opposition de s'opposer aux lois votées par la majorité, d'exercer un contre-pouvoir.

Remarques :

- Il existe des Constitutions qui ne sont pas uniquement constituées d'écrit comme l'est celle du Royaume-Uni
- Il existe par exception des Constitutions souples. Par exemple la Grande-Bretagne et Israël où la loi ordinaire peut abroger une loi constitutionnelle

Constitution rigide ne signifie pas qu'elle ne peut s'adapter aux évolutions de la société.

En France, la Constitution de la Ve République est considérée comme très stable car elle date depuis 1958. Elle est donc la deuxième en termes de longévité après celle de la IIIe République qui a duré pas moins de 65 ans. Pourtant, elle a été modifiée 24 fois depuis 1958. Quelques révisions importantes :

- réforme de l'élection du PR au SUD en 1962
- La révision pour ratifier le traité de Maastricht créant l'UE en 1992 qui crée notamment la monnaie unique
- la révision sur le quinquennat en 2000 qui réduit de 7 à 5 ans le mandat du PR
- la réforme de la décentralisation en 2003 qui étend les compétences des collectivités territoriales (communes, départements, régions) et renforce leur autonomie financière
- la révision du statut pénal du chef de l'État en 2007
- la révision sur l'abolition de la peine mort en 2007

- la révision sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions en 2008 qui est venu renforcer les pouvoirs du Parlement et introduire la QPC...).

§2 : La loi

Parce qu'elle est considérée depuis la Révolution comme « l'expression de la volonté générale », selon la formule de JJ Rousseau reprise dans la DDHC. La loi a longtemps été toute puissante en France. Après les difficultés politiques qu'a connu la France sous la IIIe République et la IVe République, pendant lesquelles le Parlement s'est avéré incapable de répondre aux besoins du pays, et l'expérience historique de la 2nde GM, pendant laquelle la loi a été au service de la barbarie nazie. La loi a perdu son caractère sacré sous la Vème République. Elle est désormais limitée et contrôlée.

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il fait préciser que la loi connaît plusieurs acceptions, renvoie à plusieurs définitions.

- Pris au sens large, la loi désigne la règle de droit, générale et impersonnelle.
- Pris au sens restreint, la loi est l'acte produit par le pouvoir législatif, notamment par le Parlement.

Il existe plusieurs catégories de lois prévues par la Constitution : lois constitutionnelles, organiques, LF, LFSS, les lois du pays, les lois de programmation... Ces lois ont des auteurs différents : respectivement, le Parlement réuni en Congrès, le législateur organique et le législateur ordinaire. Elles ont un objet particulier et ont été élaborées selon une procédure spécifique. La catégorie de droit commun est la loi ordinaire, celle qui est prise selon la procédure législative ordinaire. C'est celle qui retiendra notre attention.

2 points sont donc à analyser : le domaine dans lequel la loi peut intervenir (A) et les conditions dans lesquelles elle est élaborée (B)

Nul n'est censé ignorer la
Loi... Il y a plus de deux
cent mille lois !

~Jules Renard
De: Atmosphere-Citation.com

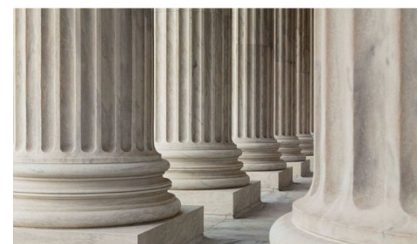


A. Le domaine de la loi

Traditionnellement le domaine de la loi était illimité. Parce qu'elle exprime la volonté générale, c'est-à-dire la volonté du peuple exprimée par ses représentants, la loi ne peut mal faire. Elle tient sa toute puissance de sa légitimité démocratique. Le législateur peut donc se saisir de toute matière, intervenir dans tous les domaines et ne peut être contrôlé. C'était l'acte du Parlement. La loi se définissait donc seulement par son auteur, le législateur, et par son mode d'élaboration. C'était donc une définition organique et formelle et non matérielle en fonction du domaine de la loi.

En 1958, la Constitution délimite le domaine de la loi. Son article 34 établit la liste des matières dans lesquelles le pouvoir législatif est compétent. Il distingue :

- les matières dans lesquelles le législateur fixe les règles. Ce sont les matières les plus importantes dans lesquelles le citoyen doit être protégé par la loi. Il s'agit notamment des matières qui relèvent de la souveraineté (les impôts, les crimes, la nationalité) ou qui intéressent la démocratie (liberté, pluralisme et indépendance des médias)
 - les matières dans lesquelles le législateur fixe les principes fondamentaux (normes les plus importantes) et l'administration prend les mesures dans le détail. C'est le cas par exemple en matière d'enseignement, de droit du travail, de propriété ou d'environnement.
- Cette distinction entre règles et principes n'a pas eu d'incidence dans la pratique et le législateur dispose de la même compétence quelle que soit l'une des deux catégories.



**Le Conseil d'État, garant
du domaine de la loi et du
règlement**

Céline Gueydan

Les autres matières relèvent du pouvoir réglementaire dont le domaine est défini à l'article 37. L'article 37 est le complément de l'article 34. Pourquoi ? Car selon l'article 37, le gouvernement peut intervenir pour réglementer tout ce qui n'est pas dans le domaine de la loi. Donc le gouvernement dispose d'une compétence de principe, et sachant qu'il s'agit d'une définition a contrario, l'étendue du domaine réglementaire dépend de l'étendue du domaine législatif.

- Le gouvernement a à sa disposition, deux procédures pour empêcher le législateur d'intervenir dans son domaine : l'une préventive, au titre de l'article 41, l'autre, a posteriori, en utilisant le mécanisme prévu à l'article 37 alinéa 2 =>

La première permet au gouvernement notamment, d'opposer l'irrecevabilité au cours de la procédure parlementaire, plus précisément à l'occasion de l'établissement de l'ordre du jour pour les propositions de loi ou lors de la discussion parlementaire pour les amendements. Dès lors, la disposition réglementaire contenue dans une loi ne peut faire l'objet d'un débat parlementaire et ne peut être adoptée. Néanmoins, cette procédure est rarement utilisée.

La seconde est mise en œuvre lorsque le législateur sort de son domaine pour empiéter sur celui du gouvernement, c'est-à-dire une fois que la loi a été votée et promulguée. Cette incursion

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

n'a rien de définitif. Cette procédure est qualifiée de « déclassement » ou de « délégalisation ». Elle permet premièrement de revenir sur le passé, en autorisant le Gouvernement à modifier, par décret en Conseil d'État, les lois antérieures à la Constitution qui traitent de matières désormais réglementaires (depuis l'introduction de l'article 37 alinéa 1^{er}). Deuxièmement, elle protège l'avenir en prévoyant que les lois, cette fois-ci, postérieures à l'entrée en vigueur de la Constitution pourront être modifiées, par décret en Conseil d'État également, après que le Conseil constitutionnel aura constaté, à la demande du Gouvernement, que leurs dispositions empiètent sur le domaine du règlement.

Exemple : c'est ce qui s'est passé à l'occasion de la polémique suscitée par la loi du 23 février 2005 qui prévoyait l'enseignement des aspects positifs de la colonisation. Devant le tollé, le gouvernement a utilisé l'article 37 al. 2 et le Conseil constitutionnel a constaté dans une décision du 31 janvier 2006 que le contenu des programmes scolaires ne relevait pas du domaine de la loi et donc que la disposition avait un caractère réglementaire. Le gouvernement a ainsi pu l'abroger sans repasser par la procédure parlementaire. Cette répartition des domaines vise à assurer un équilibre entre le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire, entre le Parlement et le Gouvernement.

Mais cette répartition n'est pas fixée de manière rigide, elle a été assouplie au profit du Parlement. Les matières relevant de la compétence du Parlement vont au-delà de la liste de l'article 34. Ainsi, n'est plus considéré comme inconstitutionnelle, une loi adoptée par le Parlement qui empiéterait sur le domaine réglementaire depuis une décision janvier 1982 Blocage des prix et revenus. De plus, le Conseil constitutionnel, qui veille à la répartition des compétences législatives et réglementaires, entre le Parlement et le Gouvernement, a étendu cette liste en se référant à d'autres normes. Par exemple, l'article 66 de la Constitution dispose que « Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ». L'article 34 n'est donc pas le seul fondement constitutionnel pour adopter une loi. On en revient donc à une définition organique de la loi.

B. L'élaboration de la loi

Il existe plusieurs phases à distinguer :

La première phase : L'initiative (article 39)

Selon l'article 39, l'initiative des lois appartient à la fois au Gouvernement et aux membres du Parlement.

Lorsque l'initiative provient du Gouvernement, on parle de projets de loi.

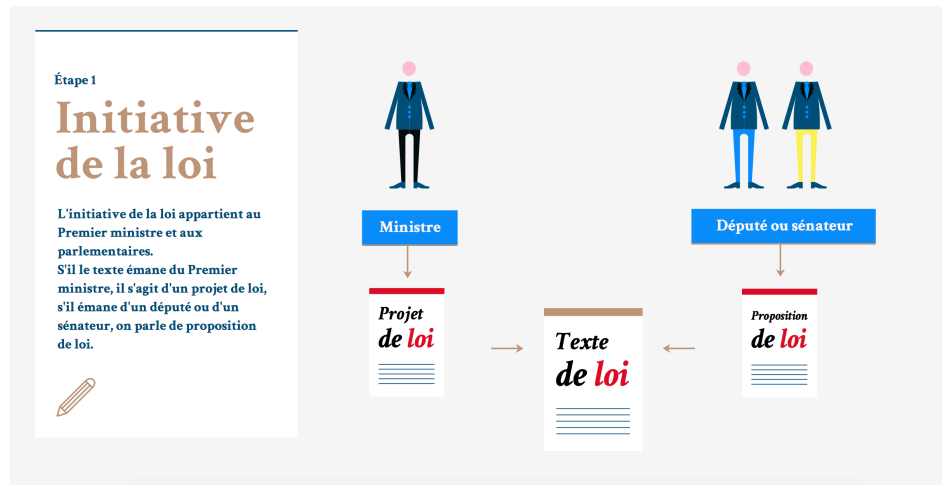
Lorsque l'initiative provient du Parlement, on parle de propositions de loi.

Les projets de lois sont délibérés en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État et déposé sur le bureau d'une des deux assemblées. Depuis la révision de 2008, le Conseil d'État peut être également saisi pour avis des propositions de loi de manière facultative à l'initiative du Président de l'Assemblée de laquelle émane la proposition, sauf si le parlementaire à l'origine de la proposition s'y oppose.

Deuxième phase : le dépôt du projet ou de la proposition de loi à l'ordre du jour de l'une des deux assemblées

C'est l'article 48 de la Constitution modifié en 2008 qui fixe les modalités du programme de travail des assemblées

Avant 2008, le gouvernement bénéficiait d'un droit de priorité pour inscrire à l'ordre du jour des assemblées les projets de loi qu'il déposait et les propositions de loi qu'il acceptait. Le Gouvernement pouvait ainsi, s'il le souhaitait, ne laisser aucun moment libre pour l'ordre du jour complémentaire des parlementaires, ce qui était l'un des instruments de rationalisation du Parlement.



3 exceptions demeuraient : d'une part, 1 séance par semaine est consacrée aux questions orales au gouvernement, d'une part, 1 séance est prévue en cas de dépôt de motions de censures destinées à renverser le Gouvernement, 1 séance par mois réservée aux assemblées (depuis 1995 seulement).

En pratique : l'initiative législative était monopolisée par le Gouvernement qui avait la maîtrise de l'ordre du jour des assemblées.

Depuis 2008, la révision constitutionnelle a tenté de remédier à ce déséquilibre tout en préservant les prérogatives du gouvernement dans la fixation de l'ordre du jour. Ainsi :

- sont inscrits par priorité certains textes : LF, LFSS, textes transmis par l'autre assemblée, projets relatifs aux états de crise ou autorisant la prolongation des interventions militaires à l'étranger
- le reste de l'ordre du jour est partagé entre le Gouvernement et le Parlement : 2 semaines sur 4 pour chacun. Dont 1 semaine réservée au contrôle du Gouvernement et à l'évaluation des politiques publiques
- 1 séance par mois est réservée aux initiatives des groupes d'opposition et des groupes minoritaires.

Il s'ensuit une question : Est-ce que cette réforme a changé les choses ?

La réponse mitigée : les initiatives parlementaires sont certes plus fréquentes certes, mais elles proviennent toutes de la majorité et dissimulent parfois des initiatives gouvernementales car les parlementaires restent politiquement soumis à l'exécutif en raison de la discipline de partis.

Troisième phase : La discussion

Il faut distinguer à l'intérieur de cette phase plusieurs étapes :

- **Première étape** : la discussion en commission :

Une fois déposé sur le bureau de l'une ou l'autre des assemblées, le texte est envoyé en commission. Il existe 8 commissions permanentes spécialisées chacune dans un domaine (commission des lois, commission des affaires sociales, des affaires étrangères, des affaires économiques...)

Après l'exposé du rapporteur, la commission procède à la discussion générale du texte puis à l'examen des articles et des amendements qui s'y rapportent.

Les délibérations dont résulte le texte sont retracées dans le rapport (qui comporte notamment un exposé général, l'analyse de chaque article et l'exposé des débats auquel il a donné lieu, ainsi qu'un tableau comparatif).

Depuis 2008, ce texte sert de base à la discussion en séance publique (excepté pour les projets de loi de finances, les projets de loi de financement de la sécurité sociale et les projets de révision constitutionnelle, qui sont discutés sur la base du texte déposé par le Gouvernement).

Afin d'accorder aux commissions un temps d'examen suffisant, la [révision constitutionnelle du 23 juillet 2008](#) a fixé un délai de six semaines entre le dépôt d'un texte et son examen en séance publique en première lecture devant la première assemblée saisie, ainsi qu'un délai de quatre semaines entre le dépôt d'un texte et son examen en séance publique en première lecture devant la seconde assemblée saisie. Toutefois, ces délais ne s'imposent plus si un texte est examiné selon la procédure accélérée.

Dans une décision rendue le 24 octobre dernier, le Conseil constitutionnel a censuré la loi sur le logement dans son ensemble au motif qu'elle a été adoptée selon une procédure contraire à la Constitution. En effet, l'examen du texte en séance publique a porté sur le texte du projet de loi dont le Sénat avait été saisi et non sur le texte adopté par la commission permanente compétente.

NB : Ces innovations sont importantes car elles redonnent au Parlement les moyens d'exercer sa fonction législative en revalorisant le travail fait en commission.

- **La deuxième étape** : l'examen en séance

Les séances des deux assemblées sont publiques. Cette publicité des débats est une exigence démocratique en ce qu'elle permet un contrôle des représentants par les citoyens. Elle se traduit par la faculté pour le public d'assister aux débats, par la publication d'un compte rendu intégral au Journal officiel, et par la retransmission des débats à la télévision, sur la chaîne parlementaire notamment.

Les débats portent sur le texte adopté par la commission sauf exceptions ci-dessus.

Il faut distinguer

1°) l'examen des éventuelles motions de procédure : dont l'objet est d'entraîner le rejet du texte ou son renvoi en commission.

2°) la discussion générale : dont la durée est fixée en fonction de l'importance du sujet et répartie entre les groupes proportionnellement à leur importance avec un temps minimum aux groupes les moins importants.

3°) la discussion des articles et des amendements qui s'y rattachent : qui donne lieu à des interventions ponctuelles plus techniques.

A noter : sur les articles, chaque député peut prendre la parole pour une durée de deux minutes. Sur les amendements, peuvent alors prendre la parole pour deux minutes : l'auteur de l'amendement ; le président ou le rapporteur de la commission compétente ; le Gouvernement (dont le temps n'est pas limité) ; un orateur contre l'amendement.



Quatrième phase : Le vote

-Le vote s'effectue amendement par amendement puis article par article et enfin sur l'ensemble. Mais pour éviter le risque d'obstruction parlementaire, il existe des procédures particulières :

- La procédure du vote bloqué (art 44) permet au Gouvernement de demander au Parlement de se prononcer en un seul vote sur tout ou partie du texte en ne retenant que les amendements qu'il accepte
- La procédure de la question de confiance (art 49-3) permet au Premier Ministre d'engager la responsabilité du Gouvernement sur l'adoption d'un texte. Le texte est adopté sauf si une motion de censure déposée dans les 24h et votée à la majorité absolue 48h après. Ce cas ne s'est jamais produit.

NB : L'utilisation de cette procédure est limitée depuis 2008 aux projets de LF / LFSS / et un autre texte par session

Cinquième phase : La navette

C'est une conséquence de notre bicamérisme. Son déroulement est prévu à l'article 45 de la Constitution

- Le texte ainsi adopté par la première assemblée saisie est transmis à l'autre assemblée qui l'examine à son tour en 1ère lecture selon les mêmes modalités : examen par une commission, inscription à l'ordre du jour, discussion en séance publique.
- Si la seconde assemblée adopte tous les articles du texte qui lui a été transmis sans modification, ce texte est définitivement adopté.

Sinon, la navette se poursuit entre les deux assemblées.



NB : À partir de la deuxième lecture les articles précédemment votés en termes identiques par les deux assemblées ne sont pas remis en discussion. Seuls restent en discussion les articles du texte pour lesquels les deux assemblées ne sont pas parvenues à l'adoption d'un texte identique. La navette se poursuit en deuxième, troisième, voire quatrième lecture et plus, tant que tous les articles n'ont pas été adoptés dans les mêmes termes.

- Après deux lectures sans accord ou une seule si la procédure est accélérée, le Premier ministre ou les présidents des deux assemblées peuvent décider la réunion d'une Commission Mixte Paritaire (7 députés+7 sénateurs) chargée de rechercher un compromis. 2 cas s'ouvrent alors :

Si un compromis est trouvé, il y a alors une nouvelle délibération dans chaque assemblée. Au cours de cette nouvelle délibération, le texte ne peut être amendé sauf accord du Gouvernement.

Si aucun compromis n'est trouvé : le Gouvernement peut demander à l'Assemblée nationale de trancher en dernier lieu. C'est un bicamérisme inégalitaire donc.

Sixième phase : L'éventuel contrôle de constitutionnalité de la loi

Le contrôle de constitutionnalité la loi est effectué par le Conseil constitutionnel. Il convient d'appréhender les conditions de saisine, le délai dans lequel il doit rendre sa décision et les effets qui en ressortent.

La Saisine :

Le Conseil constitutionnel est saisi sur le fondement de l'article 61 alinéa 2 après l'adoption et avant la promulgation de la loi.

La saisine ne peut intervenir que pendant le délai de promulgation d'un texte voté, c'est-à-dire pendant les quinze jours qui suivent son adoption. La saisine suspend le délai de promulgation.

Contrairement au contrôle des lois organiques et des règlements d'assemblée fondé sur l'article 61 alinéa 1^{er}, sa saisine est ici facultative pour les lois ordinaires. Elle est déclenchée par les autorités politiques : Président de la République, Premier Ministre, Présidents des assemblées, 60 députés ou sénateurs.

Une fois saisi, le Conseil constitutionnel a un mois pour se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution. Son contrôle est intégral : il porte sur l'ensemble des articles de la loi, à la fois quant à leur procédure d'adoption et leur contenu. Il est réputé opérer un contrôle au regard de toute la Constitution.

Le Délai :

Le Conseil dispose d'un mois pour se prononcer, ce délai pouvant être ramené à huit jours en cas d'urgence à la demande du Gouvernement.

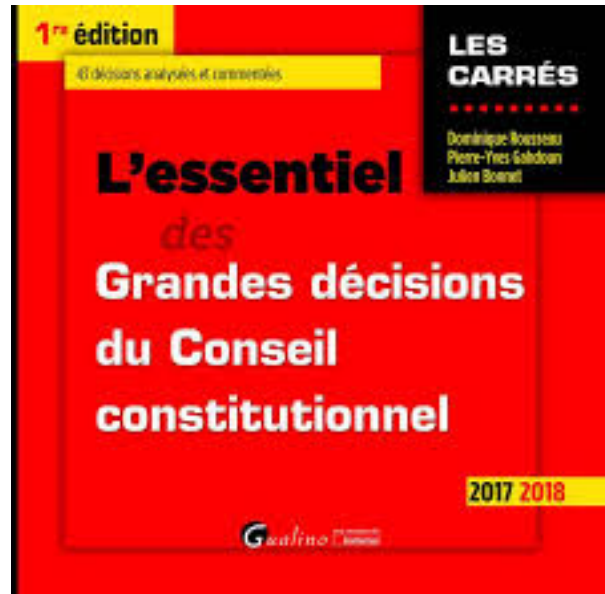
Les Effets de la décision :

Plusieurs hypothèses sont à prévoir

-Si la loi est jugée conforme à la Constitution, elle peut être promulguée par le Président de la République qui par cet acte permet à la loi d'entrée en vigueur.

-Si la loi est déclarée dans sa totalité contraire à la Constitution, elle ne peut être promulguée. La procédure législative qui a conduit à l'adoption d'une telle loi se trouve annulée et il n'y a d'autre solution que de la reprendre dès l'origine.

-Enfin, si la loi est déclarée en partie conforme à la Constitution, elle peut être promulguée à l'exception de ses articles ou parties d'articles déclarés contraires à la Constitution (et à condition que ceux-ci soient « séparables » de l'ensemble du dispositif).



Septième phase : la promulgation de la loi

La promulgation de la loi intervient par décret du Président de la République. Il a au maximum 15 jours pour publier la loi à compter de son vote. Une fois promulguée, la loi ne peut être contestée devant le Conseil constitutionnel au titre de son contrôle a priori, c'est-à-dire sur le fondement de l'article 61 de la Constitution. En revanche, ses dispositions peuvent l'être à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution depuis le 1^{er} mars 2010. La loi promulguée entre en vigueur après sa publication au [Journal Officiel](http://www.journal-officiel.gouv.fr) et des décrets d'application permettent sa mise en œuvre.

§ 3 : Les règlements

Il convient tout à la fois de dresser une typologie des règlements (A) et le préciser les formes qu'ils peuvent prendre (B).

A- Les types de règlements

2 types de règlement :

1) Les règlements d'application

Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

Ils assurent l'exécution de la loi. Souvent, la loi précise que telle ou telle règle devra être complétée par un décret d'application. Même si rien n'est dit, il y a parfois besoin d'un règlement pour préciser la règle législative.

En l'absence de règlement d'application, la loi peut rester lettre morte, faute d'être applicable directement. NB : En 2011, 243 lois votées étaient encore en attente de mesures d'application. Par exemple, une loi de 2000 destinée à renforcer le rôle de l'école dans la prévention et la détection des faits de mauvais traitements à enfant nécessitait un décret d'application qui « devait fixer les modalités d'organisation des visites médicales de détection des enfants maltraités » souligne le rapport. Dix ans plus tard il n'a toujours pas été publié.

2) Les règlements autonomes

Il s'agit des règlements intervenant dans le domaine propre au pouvoir exécutif, non réservé au pouvoir législatif, selon la répartition des articles 34 et 37 de la Constitution.

Lorsque le pouvoir réglementaire empiète sur le pouvoir législatif, le justiciable peut saisir le Conseil d'État pour demander son annulation pour excès de pouvoir. Lorsque le pouvoir législatif empiète sur le pouvoir réglementaire, celui-ci peut saisir le Conseil constitutionnel par le biais de la procédure de délégalisation de l'article 37 al. 2.

NB : Contrairement aux lois, les règlements autonomes restent soumis aux principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État, révélant ainsi qu'ils demeurent hiérarchiquement inférieurs aux lois. CC 26 juin 1959.

B- Les formes de règlements

Schématiquement, il convient d'en retenir 4 : Les 2 premiers sont indiscutablement des actes réglementaires. Quant aux 2 derniers, ils appartiennent à cette catégorie qu'en raison d'une appréhension extensive de celle-ci.

Les décrets qui désignent les règlements pris par le Président de la République ou le Premier ministre. Les décrets sont pris en Conseil des ministres, parfois après l'avis du Conseil d'État.

Les arrêtés qui sont les règlements pris par une autorité inférieure (ministre, préfet). Lorsque l'autorité est collégiale, on parle de délibération (du Conseil municipal par exemple).

Les circulaires qui sont des textes par lesquels les autorités administratives (ministre, recteur, préfet...) informent leurs services de la manière dont il faut appliquer une loi ou un règlement. Elles peuvent être attaquées devant le juge administratif si elles présentent un caractère général et impératif.

Les ordonnances : actes hybrides entre la loi et le règlement. Texte adopté par le Gouvernement dans le domaine de la loi sur habilitation du Parlement.

La procédure des ordonnances est prévue par l'article 38 de la Constitution.

Elle distingue plusieurs étapes :

- 1) La première : Le Parlement vote une loi d'habilitation qui autorise le Gouvernement à intervenir dans le domaine de la loi dans un certain délai et pour réaliser un programme, c'est à dire certains objectifs.
- 2) La deuxième : Le règlement pris par le gouvernement prend la forme d'une ordonnance.
- 3) La troisième : l'ordonnance doit être expressément ratifiée par le Parlement au moyen d'une loi pour que cette ordonnance acquiert valeur législative.

L'avantage de cette procédure est d'éviter la procédure législative, trop lourde, et accélérer l'adoption de certaines mesures jugées urgentes. Elle a rencontré un vif succès : Entre 2000 et 2004 : plus de la moitié des mesures prises dans le domaine de la loi ont été prises sous la forme des ordonnances.

Section 2 : Les sources discutées

La coutume et la jurisprudence sont des sources discutées.

La première est discutée car contrairement aux autres sources, elle est informulée donc difficilement identifiable. De plus dès qu'elle l'est, elle devient loi, jurisprudence ou doctrine selon que c'est un législateur, un juge ou un docteur qui la formule. Cette source disparaît alors au profit d'une autre. Sans entrer directement dans le débat, nous conviendrons que la coutume nait de la pratique, à savoir la répétition du même geste par les usagers du droit.

La seconde, la jurisprudence, est discutée également. Le jugement mérite son nom de source lorsqu'il dégage une norme susceptible d'application au-delà de l'espèce jugée, c'est-à-dire quand il fait jurisprudence. Dès lors de cette définition, tout jugement n'est pas reconnu comme étant une source de droit. De plus, son rôle varie : important dans le système où le juge construit le droit à coup de précédents obligatoires, faible dans les systèmes où le jugement est mis en mémoire. Enfin, elle souffre de son rapport avec la loi. D'une part, l'article 5 du Code civil énonce qu'il est « défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». Autrement dit, le juge est coincé entre l'obligation de pallier les défaillances du texte -sachant que l'article 4 du Code civil lui fait défense « de refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » - et l'interdiction de créer sur son modèle une règle générale et obligatoire. D'autre part, le juge est réputé - mais il faut que la référence à ce mythe cesse quand bien même il conforte les principes démocratiques et de séparation des pouvoirs- ne pas créer une nouvelle norme mais la découvrir dans le droit préexistant. En somme, c'est la loi qui s'appliquerait inexorablement.

§1 : La coutume

La coutume est la plus ancienne des sources du droit. Elle a été la source principale du droit de l'Ancien régime. Avec la multiplication des sources écrites, elle est aujourd'hui très marginale même si elle existe toujours dans certains domaines. En effet, elle est particulièrement prégnante en droit international où elle est reconnue par l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice comme une source à part entière. C'est une source controversée car ces critères de définition sont discutés (A) et son rôle dépend de son rapport avec les autres sources (B).

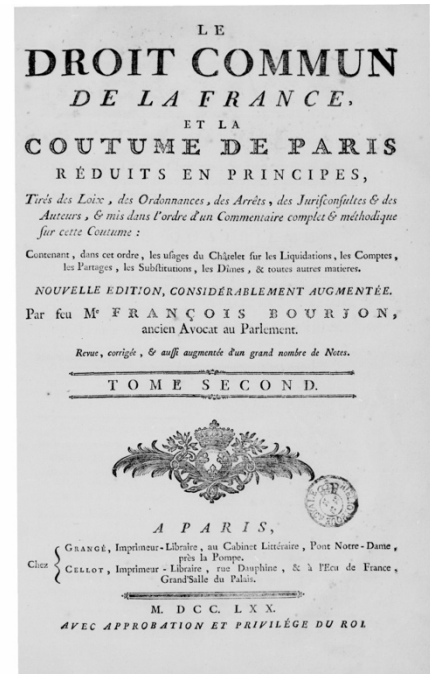
A - La Définition de la Coutume

La coutume est une règle de droit née de l'habitude d'un groupe.

La majorité des auteurs considèrent qu'elle est issue de la réunion de 2 éléments : matériel et immatériel, ou encore objectif et subjectif. Certains, plus marginaux, estiment que seul l'élément psychologique suffit.

Pour qu'il y ait coutume, la règle ne résulte pas de la volonté expresse de l'autorité publique mais de la pratique des membres du groupe social considéré, c'est-à-dire de la répétition fréquente, claire, durable et ininterrompue d'un même comportement par ces derniers. Il s'agit de l'élément objectif. Les membres du groupe social doivent avoir la conviction qu'en agissant ainsi ils obéissent à une règle qui leur est obligatoire. C'est l'*opinio juris*, l'élément subjectif.

Un Exemple : Pendant longtemps, la femme prenait le nom de son mari et l'enfant le nom de son père avant qu'un texte ne le prescrive. Depuis 2002, la loi offre aux époux le choix du nom de leur enfant.



Le mariage n'a pas d'effet sur le nom des époux ; chacun conservant son nom de famille.

Cependant, en insérant à l'article 264 du code civil une disposition selon laquelle « à la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint », la loi de 2004 relative au divorce a consacré la possibilité, pour chacun des époux, pendant le mariage, de prendre, à titre d'usage, le nom de son conjoint sans faire de distinction entre l'homme et la femme. En revanche la règle coutumière selon laquelle la veuve non remariée conserve le nom de son mari perdure.

Toutefois comme vous le voyez, ces éléments sont portés à être discutés -et plus particulièrement l'élément psychologique, le sentiment qui meut les membres du groupe social à agir ainsi, ce qui grève nécessairement et invariablement d'un doute l'existence d'une prétendue règle coutumière. Certains avancent même que si l'on appliquait rigoureusement ces critères, aucune coutume ne serait reconnue.

B- Les fonctions de la Coutume

Le rôle de la coutume dépend de l'organisation de la société. Son rôle varie dans le temps et dans l'espace. Son rôle varie selon les lieux et les domaines. Limité à certains lieux (en Nouvelle-Calédonie par exemple) et dans certains milieux professionnels (en commerce international par exemple). En France, le rôle de la coutume dépend de son rapport à la loi.

Plusieurs hypothèses qui renvoient à plusieurs catégories de coutumes :

- La coutume peut être à côté de la loi. **On parle de coutume *preater legem***. La loi peut revêtir un caractère supplétif. Par exemple, l'article 1135 du Code civil dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »

-La loi peut être impérative mais néanmoins laisser place à la coutume.

Je prends un exemple qui a récemment fait l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel, la tauromachie. La loi interdit les actes de cruauté envers les animaux. Une exception est prévue par la loi concernant les courses de taureaux là où il existe « une tradition locale ininterrompue ».

Saisi de cette loi, le Conseil constitutionnel a jugé que par cette loi, le législateur a voulu qu'on ne puisse pas remettre en cause certaines pratiques traditionnelles, comme la corrida. Mais alors cette notion de « tradition locale ininterrompue » est saisie par le juge, ce qui conduit à y voir alors une source jurisprudentielle et non coutumière.

La loi peut être silencieuse ou souffrir de lacunes et être complétée par la coutume

Par exemple, le port par la femme du nom de son mari.

-La coutume peut contredire la loi. On parle de coutume *contra legem*.

En principe, une coutume ne peut l'emporter sur la loi dans le cadre de système de droit écrit.

§2 : La jurisprudence

En droit romain, la jurisprudence est la science du droit, c'est-à-dire les solutions que les jurisconsultes ont élaborées. Aujourd'hui, en droit français, la jurisprudence est formée l'ensemble des décisions de justice rendues par les tribunaux sur les cas qui leur sont soumis.

En France, la place de la jurisprudence parmi les sources du droit a été contestée pendant très longtemps. Pendant longtemps, on a cru (et on a fait croire) que le juge ne disposait d'aucun pouvoir de création, qu'il se contenter d'appliquer à la lettre la loi votée par le Parlement, considérée comme parfaite et complète. Cette croyance s'est développée tout au long du XIX^{ème} siècle sous l'influence du positivisme légaliste impulsé par l'idéologie révolutionnaire.

La place de la jurisprudence varie donc selon la conception que l'on retient du rôle du juge et de l'autorité que l'on reconnaît à ses décisions. Après avoir discuté du caractère normatif de la jurisprudence (A), il convient d'en apprécier ses qualités (B)

A- Le caractère normatif de la jurisprudence

Plusieurs éléments s'opposent à la reconnaissance de la jurisprudence comme source équivalente à la loi :

1) Un caractère normatif mis à mal :

- Autorité relative de la chose jugée

Les décisions de justice ne valent que pour les parties au litige. Elles n'ont qu'une autorité relative de chose jugée, limitée à l'affaire jugée. La chose jugée est déterminée par les parties, l'objet et la cause du litige. Elle ne s'impose qu'à ceux qui ont saisi le juge et non aux tiers. Cela s'explique par le rôle du juge qui est de trancher des cas particuliers. La solution rendue ne vaut que pour l'espèce à propos de laquelle elle a été rendue. Une autre décision pourra être rendue dans le cadre d'une autre affaire.

- Absence de valeur obligatoire des précédents

Les décisions de justice ne valent donc pas pour l'avenir. Il n'y a pas de force obligatoire reconnue aux précédents.

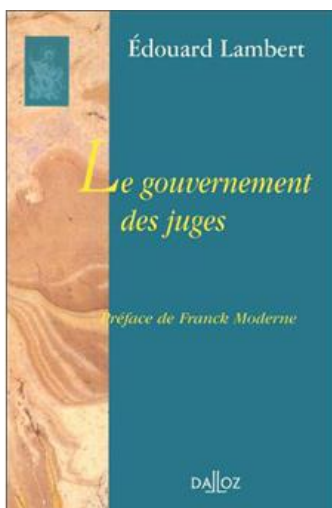
- Interdiction des arrêts de règlements (art 5 CC)

L'article 5 du CC interdit aux juges « de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leur sont soumises »

Ce texte a été adopté en réaction aux Parlements d'Ancien régime qui avaient le pouvoir de rendre des arrêts de règlements, c'est à dire de fixer l'état du droit sur un point donné en l'absence de procès.

Il s'agit d'éviter que le juge se prononce à la place du législateur.

2- Un caractère normatif manifeste



Néanmoins, on ne peut plus aujourd'hui nier le pouvoir créateur de la jurisprudence.

Il résulte de la mission du juge, qui est de juger, c'est à dire de trancher les litiges en appliquant les règles applicables, en motivant sa décision.

Même si les règles écrites sont incomplètes ou obscures, le juge a le devoir de juger. En effet, il ne peut refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (article 4 du Code civil). Sinon, il risque d'être poursuivi pour déni de justice.

Si la loi n'est pas claire, le juge doit l'interpréter.

Ce n'est pas une hypothèse rare car la loi ne peut tout prévoir, le devoir du juge est justement de l'adapter aux cas concrets.

Et puisqu'il doit justifier sa décision, il recourt parfois à des principes généraux ou à des décisions de principe rendues antérieurement.

Ce caractère normatif est donc indéniable, il suffit d'en dresser ces manifestations.

- arrêts de principe : il s'agit d'arrêts de portée générale, contenant un principe d'application générale destiné à s'appliquer à d'autres cas analogues. Ces arrêts émanent des juridictions les plus importantes, les juridictions suprêmes, la Cour de cassation et le Conseil d'État.

- Les principes non écrits consacrés par la jurisprudence

Le juge découvre ces principes dans l'OJ. Il existe plusieurs catégories de principes :

* Les PFRLR sont tirés d'anciennes lois républicaines et ont valeur constitutionnelle. Par exemple, la liberté d'association issu de la loi de 1901

* Les principes constitutionnels dégagés par le Conseil constitutionnel, par exemple le principe de continuité du service public qui vient limiter le droit de grève dans une décision datant de 1979.

* les principes généraux du droit dégagés par le Conseil d'État et la Cour de cassation et « applicables même en l'absence de texte ». Par exemple les droits de la défense ont été affirmés par le Conseil d'État dans un arrêt de 1944 Dame Veuve Trompier Gravier. Ces PGD ont une valeur supérieure au règlement. Leur place par rapport à la loi est contestée. Parce qu'ils sont créés par le juge qui est subordonné à la loi, ils devraient avoir une valeur inférieure à la loi. Pourtant, ils sont en concurrence avec la loi puisqu'ils certains sont induits de textes de loi, d'autres sont consacrés dans le silence de la loi et certains sont affirmés pour contrer la loi. Par exemple, le Conseil d'État a jugé en 1950 dans un célèbre arrêt (Dame Lamotte) que qu'il existe un principe général du droit selon lequel toute décision administrative peut faire l'objet, même sans texte, d'un recours pour excès de pouvoir alors qu'une loi applicable au litige avait prévu que la décision ne pouvait "faire l'objet d'aucun recours administratif ou judiciaire". Il semble donc qu'ils aient une valeur au moins égale à celle de la loi, voire supérieure à la loi.

En définitive, la jurisprudence est bien une source de droit qui est à la fois l'auxiliaire et la concurrente de la loi.

Si la jurisprudence peut contredire la loi, la loi peut également s'opposer à la jurisprudence.

L'exemple le plus célèbre est celui de l'affaire Perruche. En 2000, la Cour de cassation a admis l'indemnisation d'un enfant handicapé du préjudice d'être né par le médecin suite à une échographie pendant laquelle son handicap n'avait pas été détecté ce qui avait empêché sa mère d'avorter. Devant l'indignation que cette décision a provoqué, le législateur a adopté une loi en 2002. Cette loi dite anti-Perruche dispose que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ».

B- Les qualités normatives de la jurisprudence

Il est souvent reproché à la jurisprudence d'être une source inférieure d'un point de vue technique. Cette critique vient notamment du fait que la jurisprudence peut être combattue par la loi et qu'elle n'a pas portée générale comme la loi. Or il faut au contraire remarquer la puissance de la jurisprudence par rapport à la loi.

1) L'imprévisibilité et la rétroactivité de la jurisprudence

Les règles jurisprudentielles présentent un danger pour la sécurité juridique.

Le danger vient du fait que les solutions peuvent changer d'une affaire à l'autre, en raison de l'absence de caractère obligatoire des précédents. Ce risque de revirement de jurisprudence implique qu'il est n'y a aucune certitude sur la règle qui sera appliquée par le juge.

Ce risque est d'autant plus grand que la règle jurisprudentielle s'applique immédiatement aux faits qui ont fait naître la décision. La règle est appliquée au moment même où elle est dégagée à des faits qui lui sont antérieurs. On dit que la règle jurisprudentielle a un caractère rétroactif.

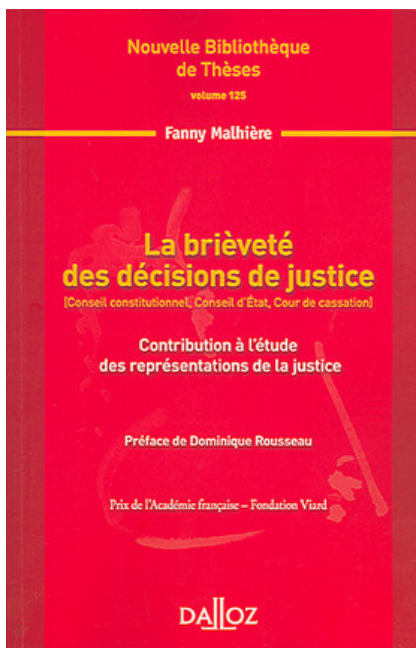
2) La stabilité de la jurisprudence et la modulation des revirements

Ce risque est limité par la prudence des juges qui font évoluer leur jurisprudence de manière progressive, par la technique des petits pas, c'est à dire par des arrêts annonciateurs.

Il est aussi limité par la possibilité pour le juge de moduler les effets de sa jurisprudence. Le juge peut en effet décider que la règle qu'il vient de dégager ne s'appliquera pas immédiatement aux faits dont il saisit, car sinon cela aurait des conséquences excessives pour la sécurité juridique.

Exemple : je prends un exemple dont on a beaucoup parlé, celui de la garde à vue.

En 2010, le Conseil constitutionnel a déclaré le système de la garde à vue inconstitutionnel en raison notamment du fait que la présence de l'avocat n'était pas assurée dès le début de la garde à vue. Mais le Conseil constitutionnel a laissé un délai d'un an au législateur pour modifier la loi. En attendant, les gardes à vue qui auront été effectuées ne pourront être remises en cause sur la base de cette décision. Si le Conseil constitutionnel avait décidé autrement, cela aurait pu aboutir à annuler toutes les gardes à vue à partir de sa décision. Cela aurait entraîné un risque pour la sécurité.



3) *La motivation des décisions de justice*

Ce qui caractérise la décision de justice, c'est sa motivation. Le juge a l'obligation de fonder sa décision sur des motifs, c'est à dire des raisons de droit et de fait qui justifient la solution rendue, formulée dans le dispositif. Cette obligation date de la Révolution et a aujourd'hui une valeur constitutionnelle et européenne.

NB : Cette obligation qui s'applique à toutes les juridictions, est formellement consacrée par l'article 15, titre V, de la loi du 16-24 août 1790, qui dispose « que les motifs qui auront déterminé le jugement seront exprimés ». Elle est confirmée par l'article 208 de la constitution du 5 fructidor an III qui dispose, que « les jugements sont motivés, et

on y énonce les termes de la loi appliquée » et par l'article 7 de la loi du 20 avril 1810, aux termes duquel « les arrêts qui ne contiennent pas les motifs, seront déclarés nuls ».

La Cour européenne des droits de l'homme a dégagé l'obligation de motivation des décisions juridictionnelles de l'article 6§1 de la Convention, relatif au droit au procès équitable, dans les arrêts du 9 décembre 1994, req.18064/91 et req. 18064/91, *Hiro Balani c/ Espagne* et *Ruiz Torija c/ Espagne*.

Aujourd'hui, toutes les décisions de justice sont en principe motivées.

Les exceptions à ce principe sont rares. C'est le cas en matière de divorce pour faute ou en matière d'adoption. Une exception existait jusqu'à l'an dernier en matière pénale, le cas des décisions rendues par la Cour d'assises en matière de crimes. Les décisions sont prises par un jury composé de citoyens tirés au sort. On considérait que le jugement du peuple ne nécessitait pas de motivation. Suite à la pression de la Cour européenne des droits de l'homme, la France est revenue sur cette absence de motivation par une loi de 2011 qui prévoit désormais la motivation des jugements de cour d'assises.

C'est une exigence démocratique et pédagogique.

En effet, le juge n'est pas élu et tire sa légitimité des textes qu'il a pour fonction d'appliquer.

Le jugement est rendu au nom du peuple français. Il est donc nécessaire que la justice soit accessible et compréhensible par les justiciables.

Section 2 : Les sources internationales et européennes

La pénétration des normes internationales dans le droit interne est croissante. A la « constitutionnalisation » du droit s'ajoute sa « conventionnalisation ». Toutefois, parmi les normes d'origine internationale, le droit européen a acquis progressivement une réelle spécificité qui lui permet désormais d'occuper une place à part. C'est la raison pour laquelle le cas général des règles internationales (§1) sera analysé avant le cas spécifique du droit européen (§2).

§1. Le cas général : Les traités internationaux

- Les traités sont des accords, des contrats conclus entre États

- On distingue deux types de traités :

Les traités bilatéraux sont des accords conclus entre deux États.

On parle de traités multilatéraux à partir de trois États.

NB : Début 2011, La France est liée par 5112 traités bilatéraux et 2064 traités multilatéraux.

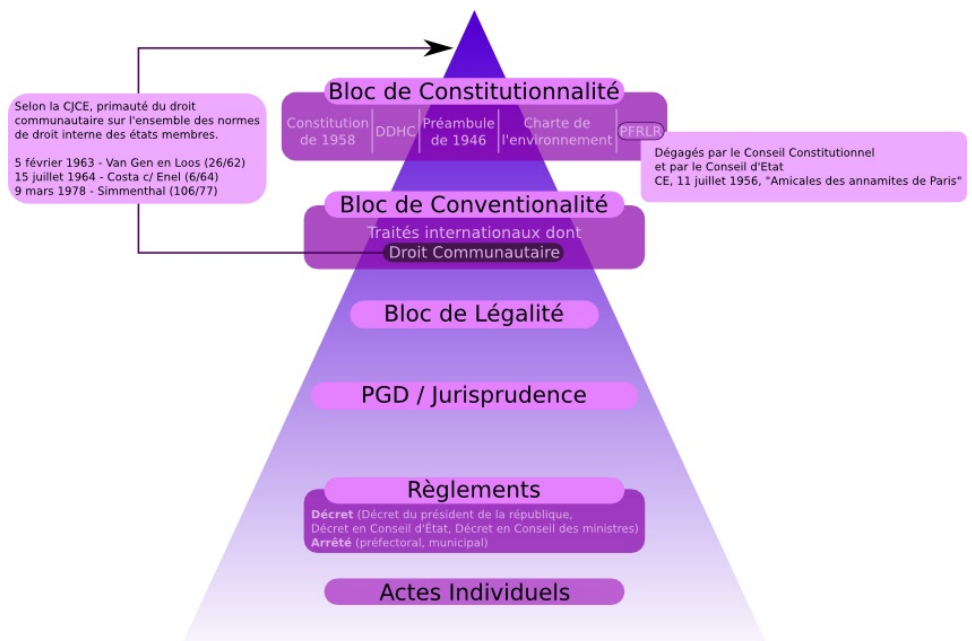
Depuis les années 1990, la France négocie environ 200 accords bilatéraux par an.

Les traités peuvent prendre des noms variés : traité, charte, pacte, convention...

Les traités peuvent avoir des objets variés :

- Certains ont vocation à énoncer des droits de manière générale (ex : la DUDH) ou à destination de certaines personnes (ex : convention internationale des droits de l'enfant), dans certains domaines (ex : convention internationale du travail)

- D'autres ont pour objet de fonder des organisations internationales à vocation universelle (Charte des Nations unies) ou régionale (traité instituant l'Union européenne), ou des juridictions spécialisées (traité portant statut de la Cour pénale internationale)



Prépa Droit Juris'Perform

www.juris-perform.fr

6 bis bvd Pasteur / 9 bis rue Saint Alexis 34000 Montpellier

Tel : 06 50 36 78 60

Le droit des traités est fixé par un traité : la Convention de Vienne sur le droit des traités 1969.

Il existe une opposition entre une conception dualiste et une conception moniste des rapports entre l'ordre international et les ordres étatiques. Il convient de développer brièvement ces deux notions pour mieux comprendre les rapports qu'entretiennent l'ordre juridique interne français et l'ordre international.

Dans un système dualiste : Chacun des ordres est fondé sur une norme fondamentale qui lui est propre. Cette norme fondamentale ne fonde que la validité des normes composant cet ordre sans pouvoir fonder la légitimité des normes des autres ordres. Dès lors, les normes des autres ordres ne constituent nullement du droit pour l'ordre en question. Elles n'ont aucune force juridique. Elles ne constituent que des faits. Les ordres juridiques n'entretiennent aucun rapport les uns avec les autres.

Dans un système moniste, il n'y a pas de dualité, ni de pluralités des ordres distincts. Les normes ont les mêmes objets, les sujets. Il n'y a donc pas lieu de les distinguer, de les séparer. Toutefois, il s'agit d'un monisme à primauté du droit interne car la norme fondamentale demeure le droit interne, la Constitution, laquelle détermine le rang hiérarchique des règles du droit international. C'est la raison pour laquelle nous verrons que la Constitution détermine les conditions d'entrée en vigueur des traités internationaux (A) et quelle place est assurée aux traités internationaux dans l'ordre juridique français. C'est alors la question plus globale du contrôle qui est envisagée (B).

A- Entrée en vigueur et Traités internationaux

Avant l'entrée en vigueur d'un traité, on distingue plusieurs phases :

- 1°) Négociation par les représentants des États en conférence intergouvernementale
- 2°) Signature par les États
- 3°) Ratification il doit être ensuite ratifié par les États pour marquer leur volonté d'être liés

Ainsi un traité peut être signé et jamais entrer en vigueur faute d'avoir été ratifié.

Par exemple, le projet de traité portant constitution pour l'Europe a bien été signé mais n'est pas entré en vigueur en raison du refus de la France et des Pays-Bas de le ratifier.

NB : Le droit français prévoit deux formes de ratification :

- En forme solennelle :
 - * par le Président de la République
 - * par la loi : obligatoire pour les traités de paix, les traités de commerce, les traités ou accords relatifs à l'organisation internationale, ceux qui engagent les finances de l'État, ceux qui modifient des dispositions de nature législative, ceux qui sont relatifs à l'état des personnes, ceux qui comportent cession, échange ou adjonction de territoire
 - * par référendum : obligatoire en cas de cession, nul échange, nulle adjonction de territoire, facultatif pour les autres traités soumis à ratification législative
- en forme simplifiée : conclus par le Gouvernement et non soumis à ratification

2) Contrôle et des traités internationaux

Deux cas sont à distinguer : le traité est soit la norme contrôlée soit la norme de référence du contrôle.

- Avant leur ratification, les traités peuvent être soumis, sur le fondement de l'article 54 de la Constitution, au Conseil constitutionnel pour contrôler leur conformité à la Constitution. En cas de contradictions avec la Constitution, la ratification du traité ne sera possible qu'après révision de la Constitution.

Par exemple, la France a dû modifier la Constitution pour ratifier le traité instituant l'Union européenne. Le traité comportait des clauses contraires à la Constitution, comme le droit de vote des citoyens de l'UE aux élections municipales et la création d'une monnaie unique.

- Une fois régulièrement ratifiés, les traités deviennent des normes applicables dans le droit positif et ne peuvent faire l'objet d'aucune contestation conformément au principe d'immunité constitutionnelle des traités. Mais une fois régulièrement introduits dans l'ordre interne, les traités ont une autorité supérieure à celle des lois en vertu de l'art 55 de la Constitution. Et par le contrôle exercé par les juges judiciaires, il est veillé au respect de cette suprématie

Si une loi est contraire à un traité, les juges doivent l'écarter pour appliquer le traité.

C'est ce que fait la Cour de cassation depuis 1975 (arrêt Jacques Vabre) et le Conseil d'État depuis 1989 (arrêt Nicolo).

NB : Les traités sont d'application variable par les États. Un État peut émettre des réserves à propos de certaines clauses du traité. Par exemple, les USA ont émis une réserve sur le Pacte des droits civils et politiques concernant l'interdiction de la peine de mort.

Les traités sont des accords entre États mais ils peuvent aussi créer des droits au profit des individus à condition que ses stipulations soient suffisamment précises et inconditionnelles.

§2- Les cas particuliers : le droit européen

Au vocable « Droit européen » correspond deux droits : le droit de l'Union européenne et le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ces deux ordres juridiques se distinguent du droit international classique. Si la spécificité de la Convention européenne des droits de l'Homme a été reconnue par la Cour elle-même (B), celle de l'ordre juridique communautaire a été affirmée autant par la CJCE devenue Cour de l'Union européenne que par les juridictions internes (A)

A- Le droit de l'Union européenne

3 caractéristiques font du droit de l'Union, un droit spécifique :

a) **Par rapport au droit international, la spécificité des traités de base et de l'ordre juridique qu'ils instituent tient premièrement à la nature de l'Union :**

-Elle est créée pour une durée illimitée et dotée de la personnalité juridique.

-Surtout elle est titulaire de pouvoirs résultant « d'une limitation de compétence ou d'un transfert d'attributions consentis par les États à son profit.

b) **Cette spécificité tient, deuxièmement, à ce qu'en exerçant ces pouvoirs par le biais d'un système institutionnel très développé, l'Union produit un ensemble dense et complexe de normes de droit dérivé.** Il s'agit d'un corps de droit applicable non seulement aux États membres, mais aussi à leurs ressortissants. Il crée à leur égard des droits et obligations.

Ce corps de droit applicable est composé du *droit originaire*, c'est-à-dire des seules stipulations des traités : il comporte aussi les très nombreuses règles édictées par les organes de l'Union. Autrement dit, le *droit dérivé*.

-Quant au droit d'originaire

Il est constitué de façon classique par les traités conclus entre les États membres de l'Union. Il a une portée qui dépasse celle des conventions internationales habituelles. Ainsi le droit communautaire a pris naissance avec les trois traités institutifs : traité de Paris du 18 avril 1951 pour la Communauté européenne du charbon et de l'acier, Traités de Rome du 25 mars 1957 dont l'un est relatif à la Communauté économique européenne et l'autre à la Communauté européenne de l'énergie atomique. Ces traités ont été modifiés à plusieurs reprises. 2 causes principales de révisions :

-d'une part, les élargissements successifs ; des six membres à l'origine, l'Union est aujourd'hui composée de 27 membres en attendant l'adhésion prochaine de la Croatie prévue au 1^{er} juillet 2013.

-d'autre part, l'aménagement, voire la refonde, des institutions que sont la Commission, le Conseil des Ministres, le Conseil européen, le Parlement européen ou la Cour de Justice ; le dernier en date de ces traités est le Traité de Lisbonne. Mais ce traité n'a pas abrogé les Traités CE et UE issues du Traité de Maastricht signé le 7 février 1992. Il les modifie uniquement. Ainsi sont en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2009, deux traités : le Traité sur l'Union européenne et le traité CE rebaptisé le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Mais les modifications apportées par le Traité de Lisbonne ne sont pas sans importance : tout d'abord, il substitue à la Communauté européenne et à

INSTITUTIONS EUROPÉENNES

La hiérarchie des normes de l'Union européenne (UE)

1

Traités fondateurs de l'UE
Traités d'adhésion à l'UE
Charte des droits fondamentaux de l'UE
Principes généraux du droit dégagés par la Cour de justice de l'UE
(primauté du droit européen, respect de l'État de droit, principe de non-discrimination...)

On parle de droit primaire

2

Accords internationaux de l'UE :
- accords d'association
(ex : avec les États d'Afrique)
- accord sur l'Espace économique européen (EEE)
- accords commerciaux
(ex : UE-États-Unis) ...

3

Règlements, directives et décisions
(actes juridiques contraignants)
Recommandations et avis (actes juridiques non-contraignants)

On parle de droit dérivé

4

Décisions de la Cour de justice de l'UE (Cour et Tribunal) qui permettent d'éclairer le droit européen et d'en contrôler le respect

On parle de jurisprudence



Direction de l'information légale et administrative
vie-publique.fr | 2019



L'Union existante une nouvelle Union de la personnalité juridique ; ensuite, il procède à l'effacement de la structure en piliers.

-Quant au droit dérivé.

L'article 288 du TFUE a donné aux instances de l'Union des compétences normatives tout à fait originales. Sur proposition de la Commission, le Conseil des ministres prend des règlements, des directives et des décisions :

-De portée générale, le règlement est « obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre » ;

-La directive « lie tout État membre destinataire quant au but à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Elles fixent un objectif que les États membres doivent atteindre avant l'expiration d'un délai qu'elles déterminent dans chaque cas, en aménageant leur droit interne.

-Comme les règlements, les décisions sont directement applicables mais elles n'ont qu'une portée individuelle.

Font également partie du droit communautaire dérivé les traités internationaux que l'Union elle-même peut conclure avec des États-tiers ou d'autres organisations internationales.



Arrêté donc par les seuls organes communautaires, le droit dérivé occupe désormais une importance considérable :

-Par le champ considérable et très concret qu'il couvre tout d'abord.

-Par ses effets ensuite. Car les dispositions précises et inconditionnelles de ces actes bénéficient dans l'ordre juridique interne d'un effet direct vertical, c'est-à-dire qu'elles peuvent être invoquées devant le juge français contre l'Administration française ; et pour certaines d'entre elles, elles ont même un effet direct horizontal, c'est-à-dire qu'elles peuvent être invoquées devant le juge français dans les relations entre personnes privées.

L'ensemble normatif constitué par les traités et les règles qui en dérivent sont souvent directement applicables dans les ordres juridiques étatiques auxquels l'ordre de l'Union est intégré. C'est le cas des règlements dès leur publication au journal officiel de l'Union européenne. Quant aux directives, elle requiert une mesure de transposition dans l'ordre juridique français.

c) Le droit de l'Union est troisièmement très contrôlé. Il l'est par les juridictions nationales, qui en sont les juges du droit commun, mais aussi par la Cour de justice de l'Union européenne. Pour s'en tenir à l'essentiel, la Cour de Justice répond en premier lieu aux questions préjudicielles que peuvent ou doivent selon les cas, lui adresser les juridictions nationales confrontées à une difficulté d'interprétation d'une règle communautaire ou à un doute sur la régularité d'un acte dérivé (art. 267 du TFUE). Réticent dans les premières années, le Conseil d'État joue aujourd'hui pleinement ce jeu de la « coopération judiciaire ». En second lieu, saisie par la Commission, par un État membre ou *via* la Commission, par

l'initiative d'une entreprise ou d'un particulier, la Cour peut condamner un État membre, sur le fondement de l'article 258 et suivant du TFUE, pour manquement à l'une de ses obligations communautaires.

B- Le droit de la Convention européenne des droits de l'homme

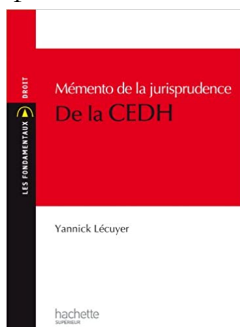
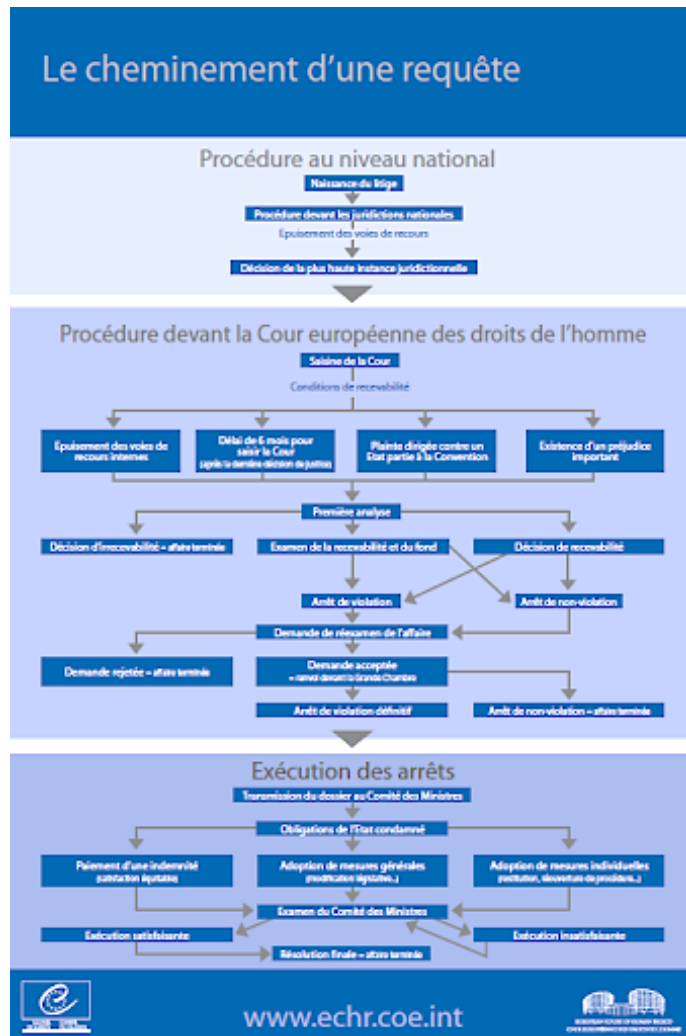
Signée à Rome en 1950, la Convention EDH proclame des droits et garantit leur protection grâce à une cour spécialement chargée de constater les éventuelles violations commises par les États signataires de la Convention.

Elle a été élaborée dans le cadre du Conseil de l'Europe qui rassemble aujourd'hui 47 pays membres, soit la quasi-totalité du continent européen. L'objectif du Conseil de l'Europe est de favoriser la démocratie et les droits de l'homme.

Les droits protégés par la Convention sont des droits de la personne (droit à la vie, interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants, droit au respect de la vie privée et familiale...), des droits du citoyen (liberté d'expression, interdiction des discriminations, libre circulation...) et des droits du justiciable (droit au procès équitable...).

Ces droits sont protégés par la Cour européenne des droits de l'homme qui siège à Strasbourg. L'originalité du système de protection offert par la Cour tient à plusieurs caractères, notamment :

- compétence obligatoire de la Cour: lorsqu'un État signe la Convention, il accepte d'être soumis au contrôle de la Cour
- accès direct à la Cour grâce au recours individuel : quasiment la seule juridiction internationale accessible aux individus
- autorité des arrêts de la Cour: bien que les arrêts de la Cour ne soient revêtus que de l'autorité relative de la chose jugée, ils conduisent à un alignement de la législation nationale.



L'influence de la jurisprudence de la Cour sur le droit national est constante depuis une vingtaine d'années. Quelques exemples : après avoir inspirée la modification de la loi sur les écoutes téléphoniques dans les années 1990 et l'alignement des droits successoraux des enfants adultérins sur les enfants naturels en 2000, elle a permis en 2011 de revenir sur la non-motivation des arrêts rendus par les cours d'assises.

Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité.



Jean Giraudoux