

Introduction à l'étude du droit

Le B.A.-B.A du Droit

INTRODUCTION GENERALE

Qu'est-ce que le droit ?

Même si vous vous situez à l'aube de vos études de droit, vous avez tous une certaine idée, plus ou moins vague, de ce qu'est le droit.

Pour vous, sans doute, le droit est ce qui ordonne, ce qui interdit. L'idée que vous avez du droit est essentiellement liée à la contrainte, à la sanction. Mais le droit, c'est aussi beaucoup plus que cela. Le droit est partout. Le droit régit la vie des hommes. Les règles de droit sont destinées à régir les rapports humains. Aussi, le droit surgit dans tous les rapports humains. Il n'est pas étranger aux rapports d'affection : le droit régit les rapports entre époux, y compris pour des questions aussi intimes que la fidélité ou l'assistance pendant la maladie mais aussi les rapports entre les parents et les enfants, déterminant les règles de filiation, les rapports d'autorité, les devoirs réciproques... Le droit régit naturellement les rapports économiques, les rapports des individus avec l'Etat, les rapports des Etat entre eux.

Partout, il y a du droit.... Parce que le droit est consubstantiel à l'existence d'une société. Dès qu'il y a une société, il y a du droit.

En effet, à partir du moment où plusieurs personnes vivent ensemble, naît aussitôt un besoin d'ordonner leurs conduites. Ces règles de conduites, éparses et diverses, composent un ensemble : le Droit. Le droit est un phénomène vivant.

Les règles naissent, vivent, meurent, évoluent dans leur contenu, parce que la société et les hommes qui la composent, évolue. Parce que les rapports humains sont complexes, le droit est complexe.

Mais ce droit désigne plusieurs phénomènes, a plusieurs sens qu'il ne faut pas confondre. Ces sens ne doivent pas être confondus mais mis en relation.

Le Droit recouvre donc plusieurs notions. Comme toute science, le droit a aussi son langage. La science juridique emprunte parfois au langage usuel, son vocabulaire mais le sens en est parfois différent, plus large ou plus restreint. Les mots ont parfois aussi deux sens. Il en est ainsi du mot "droit". Il y a le Droit, qu'on serait tenté d'écrire avec une majuscule et les droits, avec une minuscule :

- tantôt, on entend par droit, l'ensemble des règles juridiques, ce qu'on appelle "le droit objectif" ;

Introduction à l'étude du Droit/ Le B.A.BA du Droit.

- tantôt, on entend par droit, telle ou telle prérogative dont une personne est titulaire, dont elle est le sujet, on parle alors des "droits subjectifs".

Aussi, le mot droit comporte pour les juristes, deux définitions distinctes. Les Anglais utilisent deux termes différents : « Law », et « right ». Le droit recouvre deux ensembles différents qui diffèrent profondément, même s'ils se situent en relation. En effet, l'objet du droit objectif est de délimiter les droits subjectifs des personnes.

1^{ère} Partie : LE DROIT, ENVISAGE COMME UN ENSEMBLE DE REGLES : LE DROIT OBJECTIF

Le droit tend à structurer la société, à travers une combinaison complexe de normes, mais la règle de droit existe à côté d'autres règles sociales : quels sont ses caractères propres ? (Chapitre premier). - Le droit est, on l'a dit, une science. Nous verrons comment cette science a évolué en remontant dans l'histoire et en examinant ses ramifications (chapitre II). - Dans un troisième temps, nous examinerons comment naît la règle de droit, quelles en sont les sources (chapitre III). Enfin, nous verrons dans un dernier temps comment les règles coexistent les unes avec les autres, quel en est, pour chacune, le domaine d'application (chapitre IV).

Chapitre premier : LES CARACTERES DE LA REGLE DE DROIT

L'idée de droit ne peut être dissociée de celle de règle. Mais cette relation entre la règle et le droit ne peut être que le point de départ de la réflexion. Il existe, en effet, bien d'autres ensembles de règles qui ne sont pas juridiques ou ne sont pas considérées comme telles. Il en est ainsi de la règle de jeu, de la règle morale ou encore la règle de politesse. Pour cerner plus précisément le droit, il convient d'examiner les principaux caractères de la règle de droit, ce qui en constitue l'essence. Or, on constate que la règle de droit est, le plus souvent, obligatoire (I), générale (II), permanente (III) et qu'elle a une finalité sociale (IV). Néanmoins, on aura l'occasion de constater que la réunion de chacun de ces critères de reconnaissance du droit n'est pas toujours suffisante ou, à l'inverse, n'est pas toujours nécessaire, ce qui rend notre démarche bien délicate...

I. - LA REGLE DE DROIT EST OBLIGATOIRE

La règle de droit est un commandement : elle a un caractère obligatoire. Si elle était dépourvue de ce caractère, elle ne serait qu'un conseil laissé à la discrétion de chacun et non un ordre. La règle de droit doit être respectée pour pouvoir jouer son rôle d'organisation de la société. S'il n'y avait plus de règle obligatoire, ce serait le règne de l'anarchie. - La règle de droit ordonne, défend, permet, récompense ou punit. Même lorsque la règle de droit est permissive, elle a un caractère obligatoire parce qu'elle interdit aux autres de porter atteinte à cette liberté (ex. le droit de grève est une règle juridique obligatoire et l'employeur ne peut s'y opposer, l'avortement est, à certaines conditions, un droit et nul ne peut s'opposer à la pratique de ces interventions médicales). - Le droit est assorti de sanctions. Il a un caractère coercitif, il est sanctionné par l'Etat.

II. - LA REGLE DE DROIT EST GENERALE

La règle de droit est générale : cela signifie qu'elle a vocation à s'appliquer à toutes les personnes qui forment le corps social. Cela explique qu'elle soit toujours formulée de manière générale et impersonnelle. On rencontre souvent les formules : "Quiconque..." ; "Toute personne...". La règle concerne chacun et ne vise personne en particulier. Cela ne signifie pas pour autant que toutes les règles de droit ont vocation à régir toutes les personnes. Parfois la règle de droit s'applique à un groupe de personnes : les salariés, les employeurs, les médecins, les consommateurs, les propriétaires, les

conducteurs d'automobiles, les époux. - La règle est générale parce qu'elle a vocation à s'appliquer à toute personne appartenant à cette catégorie.

III. - LA REGLE DE DROIT EST PERMANENTE

On dit que la règle de droit est permanente parce qu'elle a une application constante pendant son existence. Elle a vocation à régir l'avenir, à durer un certain temps. Cela ne signifie pas que la règle de droit soit éternelle : elle a un début et une fin. Cependant pendant le temps où elle est en vigueur, elle a toujours vocation à s'appliquer. Un juge ne pourrait pas écarter l'application d'une loi parce qu'elle ne lui paraît pas opportune. Si les conditions prévues par la règle sont réunies, la règle a vocation à s'appliquer. La règle de droit est permanente parce qu'une fois née, la règle de droit s'applique avec constance et de façon uniforme à toutes les situations qu'elle réglemente jusqu'à ce qu'elle soit abrogée par l'autorité compétente (en principe, la même que celle qui l'a fait naître).

IV. LA REGLE DE DROIT A UNE FINALITE SOCIALE

Le droit a pour ambition de régler les relations extérieures des hommes entre eux pour y faire régner une certaine paix sociale. Il a une finalité sociale. Des auteurs illustrent cette idée par l'histoire de Robinson et Crusoé. Aussi, Robinson, seul dans son île, n'a-t-il aucun besoin de droit. S'il souhaite tout de même en fonder un, le malheureux n'y parviendrait jamais. Pour l'homme seul, la notion de droit n'a aucun sens. Robinson peut tout au plus se doter d'une morale, celle de ses pères ou celle qu'il aura créée lui-même. Le droit, lui, suppose, la présence de l'autre : il n'a pas son siège dans le for intérieur, mais dans les rapports sociaux qu'il organise. Les juristes le disent en latin : *ubi societas, ibi jus* (là où il y a société, il y a droit).

Droit et Religion. Fondée sur un rapport transcendant, la religion présente ses commandements comme venant de Dieu. La règle religieuse veille au salut de l'être humain. La règle de droit n'en présente pas moins certains liens avec la règle religieuse. - Il n'en est pas ainsi de toutes les règles juridiques. Il existe, en effet, des règles de droit dont on imagine mal les relations avec des commandements religieux. Il en est ainsi des dispositions du Code de la route. Il en est d'autres, au contraire, dont on perçoit aisément les possibles rapports avec la religion, par exemple celle qui gouvernent le mariage ou le divorce (ou exemples de règles du droit pénal). Dans certaines civilisations, (comme les pays de l'Islam) l'Inde, certaines sociétés archaïques, fortement imprégnées par la religion, la distinction des règles de droit et des règles religieuses est souvent difficile et artificielle.

Introduction à l'étude du Droit/ Le B.A.BA du Droit.

- **Droit et Morale** - Ouverte aux impératifs de la conscience, la morale est plus exigeante que le droit, elle attend de l'homme, un dépassement. La morale est individualiste. Le droit ne régit pas la conscience mais le corps social. Vous pouvez, en toute impunité, avoir des envies de meurtre, des envies les plus inavouables, le droit ne s'en préoccupe pas. La morale, quant à elle, tend à la perfection de la personne et à son épanouissement.

Chapitre II : LES MATIERES DU DROIT

On assiste, au XXe siècle, à une accélération du phénomène de diversification et donc spécialisation du droit moderne. Certes, le législateur doit prendre en compte le particularisme des diverses situations sociales afin d'adopter des règles de droit adéquates. Mais cette spécialisation du droit a d'autres causes. Elle est due au progrès des sciences et des techniques, à une complexité croissante de l'économie, à un interventionnisme étatique accru, etc... - Aussi, le droit est-il divisé en différentes branches en fonction de son objet ou de son domaine. Plusieurs classifications existent. La plus importante opposition concerne celle du droit public et du droit privé (I). On oppose aussi le droit national au droit international (II).

I. - L'OPPOSITION DU DROIT PUBLIC AU DROIT PRIVE

La distinction du droit privé (A) et du droit public (B) est classique. L'opposition n'est cependant pas absolue puisqu'il existe des droits mixtes (C). Cette opposition entre le droit privé et le droit public ne doit pas être surévaluée dans la mesure où elle tend à masquer l'unité du droit. Il existe, en effet, une profonde unité du droit, lequel n'est que la traduction, sous la forme d'un ensemble de règles, d'un projet politique global. (J.L. Aubert) Cela conduit beaucoup d'auteurs à dénier à la distinction droit privé-droit public, la valeur d'une vraie *summa divisio*. Cette distinction ne doit être envisagée que comme un instrument nécessaire de classification.

A- LE DROIT PRIVE

Le droit privé est celui qui régit les rapports entre particuliers ou avec les collectivités privées, telles que les associations, les sociétés et qui assure prioritairement la sauvegarde des intérêts individuels.

- Le droit privé comprend principalement le droit civil et le droit commercial.
- Le droit civil occupe une place privilégiée : il a une valeur générale et donne les principes généraux. Le droit civil constitue le droit commun. Cela signifie qu'il s'applique, en principe, à tous les rapports de droit privé, sauf si un droit spécial a été édicté pour une matière déterminée. Cette fonction particulière s'explique par le fait que le droit civil est la branche la plus ancienne du droit. Le droit civil régit d'abord la famille (aspects extrapatrimoniaux : mariage-divorce-filiation et aspects patrimoniaux : régimes matrimoniaux-successions libéralités), ensuite la propriété et enfin le droit des obligations (contrat-

responsabilité civile). Les principales règles du droit civil sont regroupées dans le Code civil de 1804. Le droit civil forme le tronc commun et des rameaux en ont été détachés. –

Le droit commercial contient les règles dont l'application est réservée soit aux particuliers qui effectuent des actes de commerce, soit aux commerçants. Il régit donc aussi bien les sociétés constituées pour la réalisation d'opérations commerciales, que le fonds de commerce du simple commerçant ou encore des actes de commerce, ensemble des actes accomplis par un commerçant dans l'exercice et pour les besoins de son commerce. S'il a emprunté au droit civil, un certain nombre de ses techniques, il s'en est détaché pour constituer un corps de règles adaptées à la vie des affaires.

B - LE DROIT PUBLIC

Le droit public est celui qui régit les rapports de droit dans lesquels interviennent l'Etat (ou une autre collectivité publique) et ses agents. Le droit public régit l'organisation de l'Etat et des collectivités publiques ainsi que leurs rapports avec les particuliers. Ainsi, il contient les règles d'organisation de l'Etat et celles qui régissent les rapports entre les particuliers et l'Administration. Le droit public se subdivise aussi en plusieurs branches. Il comprend principalement le droit constitutionnel qui fixe les règles de base d'organisation de l'Etat, le droit administratif qui régit la structure de l'Administration et ses rapports avec les particuliers, les finances publiques et le droit fiscal qui réunissent les règles gouvernant les dépenses et les recettes des 13 collectivités publiques, les libertés publiques qui définissent les divers droits de l'individu dans la société et les modalités de leur protection. - Le droit public diffère du droit privé par : - une finalité différente : il vise à satisfaire l'intérêt de la collectivité. Il est au service de l'intérêt public alors que le droit privé est au service des individus. Il convient cependant de ne pas exagérer cette opposition dans la mesure où la complexité croissante de la vie sociale et économique rend de plus en plus perceptible la fonction libératrice, pour l'individu, de l'intervention de l'Etat. On peut ainsi citer, par exemple, la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui organise la sauvegarde des libertés individuelles tant à l'encontre des pouvoirs publics que des organismes privés. - un caractère impératif : le plus souvent le droit public s'impose aux administrés alors que le droit civil est le plus souvent, un droit d'autonomie, c'est-à-dire que les personnes privées sont libres de se placer dans le système juridique de leur choix (mariage ou concubinage ; liberté de conclure ou pas : détermination libre du contenu du contrat, etc...). Là encore, il convient de ne pas exagérer cette opposition. En effet, le droit

privé n'est pas toujours un droit d'autonomie. Les exemples sont nombreux tant en droit civil (ordre public découlant du régime primaire du mariage) qu'en droit commercial (mode de constitution et de fonctionnement des sociétés). - les privilèges reconnus à l'Administration : Par exemple, en droit privé, il est un principe selon lequel "nul ne peut se faire justice à soi-même". Le droit subjectif ne peut être sanctionné qu'après avoir été reconnu par l'autorité judiciaire. L'Administration, au contraire, jouit du privilège de l'exécution d'office. Cela signifie qu'elle peut faire exécuter ses décisions à l'encontre des particuliers même s'ils en contestent la régularité. Ils devront exécuter d'abord la décision et contester ensuite en recourant à la Justice administrative : le contrôle s'exercera a posteriori. (ex. en matière d'impôt) - par les contraintes possibles pour faire exécuter les décisions de Justice. En droit privé, il existe des mesures de contrainte, c'est-à-dire des voies d'exécution pour obliger les particuliers à respecter la décision de Justice (saisies des biens, par ex.). En droit public, il n'existe en principe aucune exécution forcée des décisions de Justice à l'encontre de l'Administration. Mais dans un Etat de droit, "l'Etat, dit-on, est honnête homme" : il paie ses dettes et se conforme au droit. Mais, il n'existe aucune mesure de contrainte sur l'Etat. S'il refuse d'exécuter une condamnation, ses biens sont insaisissables. La seule contrainte est politique. De la même façon, si un particulier, bénéficiaire d'une décision judiciaire favorable, demande au pouvoir exécutif de lui prêter le concours de la force publique, (pour expulser son locataire qui ne paie plus son loyer, par exemple), et se heurte à un refus ; il ne peut contraindre l'Etat. Sa seule ressource est d'obtenir la condamnation de l'Etat à des dommages-intérêts pour réparer le préjudice qu'il subit.

C - LES DROIT MIXTES –

La distinction du droit privé et du droit public n'est pas une division absolue du droit. En réalité, les techniques et les préoccupations se mélangent très souvent. Il est des règles de droit dites mixtes parce qu'elles réalisent une combinaison de règles relevant, pour les unes du droit public, et pour les autres, du droit privé.

- **Le droit pénal**, appelé aussi "droit criminel" est un droit mixte. Il a pour principal objet de définir les comportements constitutifs d'infractions, et de fixer les sanctions applicables à leurs auteurs. Mais le droit pénal ne vise pas que la répression, il cherche aussi à prévenir les attitudes délictueuses, à rééduquer les anciens délinquants. Le droit pénal a un lien étroit avec le droit public puisque les infractions sont définies en considération de l'intérêt général et c'est la puissance publique qui assure l'exécution de la sanction. Le procès n'oppose pas deux particuliers, la victime et le délinquant mais le délinquant et la société. Même si la victime n'intervient pas parce qu'elle est décédée ou ne souhaite pas les poursuites, le procès se déroulera normalement, opposant le délinquant au ministère public, représentant de l'Etat. Le droit pénal est néanmoins traditionnellement rattaché au droit privé et

Introduction à l'étude du Droit/ Le B.A.BA du Droit.

enseigné dans les facultés par des professeurs de droit privé. En effet, le droit pénal est bien antérieur à l'apparition du droit public qui s'est nettement démarqué de toutes les autres branches du droit. Cela a eu pour conséquence de rapprocher droit civil, commercial et pénal. Il faut également noter que le droit pénal sauvegarde des intérêts privés. Il protège les individus dans leur vie, leur honneur, leur propriété... et en ce sens, peut être considéré comme la sanction ultime du droit privé. Le droit pénal a donc une nature mixte.

Le droit processuel regroupe la procédure civile, dite aussi le droit judiciaire privé, la procédure pénale et la procédure administrative. Ces trois branches du droit ont pour objet l'organisation et le fonctionnement des organes de justice civile, pénale et administrative. Ces règles déterminent la procédure à respecter lors du déroulement du procès. Ces différentes branches du droit ont un lien étroit avec le droit public puisque la procédure a pour objet la mise en place et le fonctionnement d'un service public, celui de la justice. Il n'en demeure pas moins que la procédure pénale et la procédure civile sont traditionnellement rattachées au droit privé et enseigné par des professeurs de droit privé, en raison de la nature des juridictions devant lesquelles elles ont vocation à s'appliquer.

- **Le droit social** regroupe le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Le droit du travail recouvre l'ensemble des règles qui définissent la condition des travailleurs salariés. Il régit la prestation de travail ; sa rémunération, la représentation collective des salariés, le droit de grève, les pouvoirs de l'employeur, le licenciement des salariés, etc... La sécurité sociale, qui a pris son essor à partir de 1945, s'est détachée du droit du travail. Le droit de la sécurité sociale réunit un ensemble de règles destinées à s'appliquer principalement aux travailleurs pour les garantir contre divers risques sociaux (la maladie, les accidents du travail, le chômage), mais aussi pour jouer un rôle de solidarité par l'octroi de prestations pour charge de famille. - Le droit social se rattache traditionnellement au droit privé car il régit les rapports entre deux particuliers, l'employeur et le salarié qui, à l'origine étaient soumis au Code civil. Mais, il revêt les caractères d'un droit mixte en raison des nombreux éléments de droit public qui y interviennent : le pouvoir de l'employeur est très encadré par de nombreux règlements, l'inspection du travail est une institution administrative, l'organisation de la Sécurité sociale est administrative, etc...).

II. - L'OPPOSITION DU DROIT INTERNE AU DROIT INTERNATIONAL

La distinction entre droit interne et droit international est moins nette que celle du droit privé et du droit public. On peut dire que quand un élément étranger se rencontre dans un rapport de droit, il s'agit de droit international. On distingue le droit international privé du droit international public.

A- LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Le droit international privé est celui qui régit les rapports des particuliers entre eux lorsqu'il existe un élément étranger. Ex. : un divorce entre un Burkinabè et une ivoirienne, mariés en Afrique du Sud et domiciliés en France, peuvent-ils divorcer et si oui, selon quelles règles ?

Une partie du droit international a pour but de déterminer la loi applicable par la méthode dite de "conflits de lois". Dans l'exemple, faut-il appliquer la loi burkinabè ivoirienne, togolaise, zambienne, béninoise ?

B - LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

Le droit international public, appelé aussi le droit des gens, contient les règles applicables dans les rapports des Etats entre eux et définit l'organisation, le fonctionnement, la compétence et les pouvoirs des organisations internationales (Ex. : O.N.U.). - Certains contestent l'existence du droit international public en tant que règle de droit, en raison de la faiblesse de son caractère obligatoire. Y a-t-il un véritable ordre juridique entre les Etats ? Peut-il y avoir un droit des Etats sans Etat ? En l'état actuel de l'organisation internationale, il n'existe pas de véritable force supranationale pouvant contraindre les Etats, au moins les plus puissants, à respecter les règles du droit international public. Bien que des sanctions soient parfois adoptées : boycott, embargo, rupture des relations diplomatiques, guerre, la communauté internationale ne dispose pas de moyens aussi efficaces que ceux dont disposent les Etats pour assurer, sur leur territoire, le respect de leur droit national. Cette faiblesse s'explique par l'absence d'un véritable pouvoir supranational qui pourrait imposer ses règles aux Etats. En l'état actuel du droit, le respect du droit international public repose essentiellement sur la bonne volonté des Etats ou sur la loi du plus fort. Cependant, on l'a vu plus haut, l'existence de la sanction n'est pas le seul critère du droit.

Chapitre III : SOURCES DE LA REGLE DE DROIT

Section I : LES SOURCES DIRECTES DE LA REGLE DE DROIT

Les sources directes, véritablement créatrices, sont la loi (§1), au sens large, et la coutume (§2), créée spontanément par le sentiment et le comportement populaire.

Dans le système juridique positif français, l'importance de la loi est beaucoup plus grande que celle de la coutume (longueur des développements inégale entre les deux §). Il n'en pas toujours été ainsi. Sous l'Ancien Régime, la coutume était presque la seule source du droit privé (pays de droit coutumier au Nord de la France, en opposition aux pays de droit écrit, au Sud). La rédaction du Code civil, reprenant de nombreuses coutumes, a presque tari cette source. Au contraire, dans les pays Anglo-Saxons, la coutume est encore une importante source du droit.

§ 1 : LA LOI

- Le mot "LOI" est ici pris dans un sens très large. Il recouvre toutes les dispositions publiques formulées par écrit, présentant un caractère général, impersonnel et obligatoire. La "LOI" ainsi entendue, recouvre en réalité des textes de nature et de portées sensiblement différentes. Nous préciserons ce qu'est cette notion de loi (I), puis nous examinerons sa force obligatoire (II).

I. - Notion de loi

- Les organes qui ont autorité pour édicter des règles ou consacrer des solutions juridiques sont fort divers et hiérarchisées. Cette hiérarchie des règles présente une grande importance car un texte d'une catégorie inférieure est généralement subordonné aux textes d'une catégorie supérieure et ne peut y déroger.

- La Constitution du 4 octobre 1958 de la Ve République qui est au sommet de la hiérarchie des normes, oppose la loi stricto sensu au règlement (A). Il existe aussi des textes spéciaux de nature et d'origine variée (B).

A - Distinction de la loi et du règlement

- Avant la Constitution de 1958 (France), la distinction entre la loi et le règlement existait déjà. Mais cette distinction s'accompagnait d'une affirmation de primauté absolue de la loi. En effet, dans la tradition constitutionnelle républicaine française, la souveraineté est exercée par les représentants du

peuple, élus au Parlement, c'est-à-dire le pouvoir législatif. Cette prédominance de la loi a aujourd'hui quasiment disparue. La loi stricto sensu se distingue du règlement surtout en raison de son origine (1) et de son domaine distincts (2).

1. Distinction quant à leur origine

- **La loi, au sens étroit du mot, est votée par le Parlement.** Elle apparaît donc comme l'œuvre commune de l'Assemblée nationale et du Sénat. En principe, L'Assemblée nationale et le Sénat doivent se mettre d'accord pour l'adoption d'un texte identique. Si l'accord n'est pas possible, même à la suite de la réunion d'une commission mixte composée d'un nombre égal de membres de chacune des assemblées, le Gouvernement peut demander à l'Assemblée nationale de statuer définitivement. Il peut s'agir d'un texte d'initiative gouvernementale (projet de loi déposé par le Premier ministre) ou d'un texte d'initiative parlementaire (proposition de loi émanant d'un ou plusieurs parlementaires). On distingue les lois ordinaires ou parlementaires qui relèvent de la procédure normale et de la pratique courante des lois constitutionnelles qui sont des lois de révision de la Constitution, soumises à une procédure spéciale (possible référendum) ou des lois organiques dont l'objet est de compléter et de mettre en œuvre des règles inscrites dans la Constitution (délai de réflexion à respecter, examen systématique par le Conseil constitutionnel) ou enfin des lois de finances soumises à des délais impératifs de ratification parce que ces lois sont indispensables pour la gestion du pays.

- **Le règlement englobe l'ensemble des décisions du pouvoir exécutif et des autorités administratives.** Cette notion regroupe, en réalité, différentes sortes de textes qui se situent, les uns par rapport aux autres, dans un ordre hiérarchique plus marqué que celui des lois et qui correspond aux hiérarchies internes de l'autorité publique. Au premier rang de ces textes figurent les décrets. La Constitution de 1991 attribue la compétence de principe en matière de décret au Président du Faso et au Premier Ministre (art 100 de la Constitution).

Les ministres, dans le cadre de leurs attributions ministérielles, les gouverneurs, dans le cadre du régional, les maires, dans celui de la commune, peuvent aussi prendre des arrêtés réglementaires. On distingue donc plusieurs types de règlement hiérarchisés entre eux.

2. Distinction quant à leur domaine

- Traditionnellement, la distinction entre le règlement et la loi était exclusivement fondée sur leur origine. Depuis la Constitution de 1958, ils se distinguent aussi par un domaine distinct.

- L'article 97 au Burkina Faso et l'article 34 en France de la Constitution définissent, sous une forme énumérative et apparemment limitative le domaine d'intervention de la loi. D'une part, "la loi fixe les règles concernant" un certain nombre de matières, tels les libertés publiques, l'état et la capacité des personnes, la procédure pénale, la détermination des crimes et délits et leurs sanctions, les impôts, les régimes électoraux, les nationalisations et les garanties fondamentales accordés aux fonctionnaires ; d'autre part "la loi détermine les principes fondamentaux" de certaines autres, tels la défense nationale, l'enseignement, la propriété, les obligations civiles et commerciales, le droit du travail et le droit syndical et de la sécurité sociale.

- L'article 108 de la Constitution détermine le domaine du règlement de façon plus simple. "Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire". Le pouvoir exécutif a un véritable pouvoir d'initiative, il peut prendre des règlements autonomes.

- La nouveauté après les réformes de 2012 est que la fonction du règlement n'est plus seulement de permettre l'exécution des lois en en déterminant les conditions de mise en œuvre ; elle est aussi de régir toutes les matières pour lesquelles la loi n'est pas compétente.

- Le pouvoir exécutif peut aussi prendre des règlements pour l'exécution des lois, appelés règlements ou décrets d'application ou d'exécution destinés à faciliter la mise en œuvre de la loi. Cela peut être le cas dans les matières où la loi ne fixe que les règles générales et pour lesquelles le législateur confie la fixation des détails d'application au pouvoir réglementaire et dans les matières où il se contente de déterminer les principes fondamentaux.

- La Constitution a instauré des procédures de sauvegarde de la répartition des compétences opérée entre les articles 101 et 107 de la Constitution de 1991.

B - Autres textes spéciaux

- On peut distinguer les textes d'origine interne des textes d'origine internationale.

1. Textes d'origine interne

- Décision de l'article Art. 59. [Loi N°033-2012/AN du 11 juin 2012 - Art 1er. Lorsque les institutions du Faso, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements sont menacées d'une manière grave et immédiate et/ou que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président du Faso prend, après délibération en Conseil des ministres, après consultation officielle des présidents du Sénat, de l'Assemblée nationale et du Conseil constitutionnel, les mesures exigées par ces circonstances. Il en informe la Nation par un message. En aucun cas, il ne peut être fait appel à des forces armées étrangères pour intervenir dans un conflit intérieur. Le Parlement se réunit de plein droit et l'Assemblée nationale ne peut être dissoute pendant l'exercice des pouvoirs exceptionnels. En vertu de l'article 59 de la Constitution, on

remarque une véritable concentration de tous les pouvoirs entre les mains du Chef de l'Etat qui peut prendre, sur simple décision, toutes mesures qu'il juge nécessaires. (Contrôle par le Conseil d'Etat si domaine réglementaire ; pas de contrôle si domaine législatif) (Dictature temporaire en période de nécessité : Hauriou et Gicquel)

- **Les lois référendaires.** Le Président du Faso sur proposition du Gouvernement ou sur proposition des deux assemblées, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l'organisation des pouvoirs publics. Cette disposition n'a jamais été utilisée et la tentative de 2014 pour réviser l'article 37 de la Constitution a connu une opposition populaire. Ces lois référendaires échappent au contrôle du Conseil constitutionnel.

- **Les ordonnances de l'article 99 de la Constitution.** Dans un souci d'efficacité et de rapidité, la Constitution a prévu la possibilité d'une délégation de pouvoir du législatif à l'exécutif. L'article 99 énonce, en effet, que "le gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre, par ordonnances, pendant un délai déterminé, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi." Cette délégation, interdite sous la IV^e République en France mais néanmoins pratiquée, portait le nom de décret-loi. Ces ordonnances sont d'application immédiate, dès l'instant où elles sont prises régulièrement, c'est-à-dire après avis du Conseil d'Etat et délibération du Conseil des ministres, avec le contreseing du Premier ministre et des ministres concernés et la signature du Président du Faso. Ces ordonnances sont de nature réglementaire et soumises au contrôle de l'excès de pouvoir par le Conseil d'Etat. Si elles sont ratifiées expressément ou implicitement par le Parlement, elles prennent une valeur législative et ne peuvent plus être modifiées que par une loi.

2. Textes d'origine internationale

- **Primauté du traité sur la norme interne.** Le préambule de la Constitution dispose en substance que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. Le traité se voit reconnaître une place prééminente dans la définition de l'ordre juridique burkinabè. La condition de réciprocité n'est pas examinée par les juridictions. Cette vérification relève de l'autorité du gouvernement. Le principe de supériorité du droit international ne s'applique qu'aux traités régulièrement conclus.

- On peut se poser la question de savoir si le traité a une valeur ou non supérieure à la Constitution. Cependant, il faut remarquer cette question ne peut pas, a priori, se poser en ces termes. En effet, la ratification d'un traité international suppose, s'il est contraire à la Constitution, une modification de

celle-ci (ex. Traité de Maastricht). Il ne pourra, dès lors, être ratifié que s'il est conforme à celle-ci. A défaut, il ne peut s'intégrer dans la hiérarchie des normes burkinabè.

- Quant à la supériorité du traité sur la loi interne, le problème suppose que ces deux sources soient en compétition, c'est-à-dire qu'ils aient les mêmes destinataires. Or, si toute loi interne est applicable aux individus, il n'en va pas de même des traités internationaux. Certains n'imposent d'obligation qu'aux Etats (la Charte des Nations unies, par exemple, ne crée ni droit ni obligation aux simples particuliers). Quand un traité est source de droits ou devoirs pour les ressortissants des Etats qui y sont parties, on dit qu'il est d'application directe. S'il ne l'est pas, le simple citoyen ne peut pas se prévaloir de ses dispositions (ex. la convention de New York sur les droits de l'enfant) et il est sans conséquence que celles-ci soient, théoriquement, supérieures à la loi interne : elles n'ont pas le même domaine d'application.

II. - Force obligatoire de la loi

- La loi a force obligatoire pendant son existence, c'est-à-dire entre le moment sa naissance et celui de sa mort (A). Cette force de la loi n'est pas uniforme, elle est variable car susceptible de degrés (B).

A - Naissance et mort de la loi

- La loi n'est pas applicable du seul fait qu'elle a été votée par le Parlement. Elle ne le devient qu'à partir du moment où elle entre en vigueur, ce qui marque sa naissance (1) et jusqu'à son abrogation, qui constitue son acte de mort (2).

1. - L'entrée en vigueur de la loi

- Après avoir vu les conditions de l'entrée en vigueur (a), nous verrons sa date (b).

a. Conditions de l'entrée en vigueur

- **L'entrée en vigueur** de la loi suppose que soient remplies deux conditions : la promulgation et la publication. Ce n'est qu'à partir du moment où elles sont remplies que la loi acquiert force obligatoire.

- **La promulgation** : Pour les lois votées par le Parlement (et pas pour les règlements qui sont exécutoires par nature), il faut, pour qu'elles soient exécutoires, une décision du pouvoir exécutif. Cette décision appartient au Président du Faso qui a seul pouvoir, en vertu de l'article 48 de la Constitution, de promulguer les lois. La promulgation des lois est un acte ordonnant l'exécution de la loi. Il donne cet ordre par décret, dit décret de promulgation. En plus de son rôle d'authentification de la loi, le décret de promulgation a pour fonction complémentaire de localisation de la loi dans le temps. C'est en effet la date de ce décret qui devient celle de la loi. Il doit promulguer la loi dans les

21 jours qui suivent la transmission au gouvernement de la loi définitivement adoptée. (s'il refuse la promulgation : soit le Parlement s'incline, soit il maintient sa décision et le Parlement peut être dissous). Pour les décrets, il n'est pas nécessaire de procéder à cette promulgation. Ils sont exécutoires par nature puisqu'ils émanent du pouvoir exécutif.

- La publication : (lire l'article premier du Code civil) Les lois et les règlements doivent être publiés. La nécessité de cette publication est évidente. Vouée à régir le comportement des citoyens, la règle de droit doit être connue par ceux-ci. A partir de cette publication, "Nul n'est censé ignorer la loi". C'est cette fin que poursuit directement l'exigence d'une publication des lois et règlements. Cette publication est faite au Journal Officiel de la république française. L'exigence est absolue pour les lois et décrets et pour les traités dûment ratifiés. Elle est tempérée pour les arrêtés par l'admission d'autres voies de publicité jugées équivalentes.

b. Date de l'entrée en vigueur

Au Burkina Faso, la loi n'entrera en vigueur, en principe, qu'après un délai d'un jour franc (entier) à compter de sa parution au Bulletin Officiel.

- Mais, dans beaucoup de cas, l'entrée en vigueur est retardée :
- soit par la volonté même du législateur, car il s'agit, par exemple d'un texte complexe qui exige une étude approfondie de la part des principaux intéressés et, en particulier, des praticiens qui auront la charge de l'appliquer (ex. loi en matière bancaire). Le texte de loi précise alors lui-même la date de son entrée en vigueur ;
- soit que l'entrée en vigueur de la loi est subordonnée à la publication d'un décret d'application. Brute la loi n'est pas susceptible d'applications pratiques.

2. L'abrogation de la loi

- Sans prétendre à l'éternité, la loi, comme le règlement est normalement faite pour durer. On rencontre cependant parfois des dispositions à caractère temporaire. Relativement fréquentes dans le cadre des lois de finance, -lois annuelles- qui peuvent comporter des dispositions applicables à la seule année considérée. Cette pratique est infiniment plus rare en dehors de ce cas particulier.
- Dans tous les autres cas, où aucun terme n'a été assigné à la loi, celle-ci ne cessera de s'appliquer que lorsqu'elle aura été abrogée, c'est-à-dire lorsque ses dispositions auront été supprimées. Logiquement, cette abrogation ne peut être décidée que par l'autorité qui a été compétente pour la créer. On distingue trois types d'abrogation :

- **l'abrogation expresse** : lorsque le texte nouveau précise formellement l'abrogation du texte antérieure et, le cas échéant, l'étendue de cette abrogation ;
- **l'abrogation tacite ou implicite** : lorsque le texte nouveau ne comportant aucune formule d'abrogation apparaît néanmoins inconciliable avec un texte ancien. Il est nécessaire qu'il y ait soit contradiction entre les deux textes soit impossibilité de les appliquer simultanément.
- **L'abrogation par désuétude** : On dit qu'une loi est abrogée par désuétude, quand elle n'est plus utilisée, soit parce que l'objet de sa prise a disparu, soit cet objet ne relève plus du domaine de la loi.

B - Force variable de la loi

- **La loi acquiert après sa publication force obligatoire** : elle s'impose à tous et nul n'est censé ignorer la loi.

Cependant l'autorité de la loi n'est pas uniforme : elle est susceptible de degré. Certaines lois sont plus "obligatoires" que d'autres ou du moins, elles ne sont pas obligatoires de la même manière. Il faut, en effet distinguer les lois impératives des lois supplétives de volonté.

- **Les lois impératives** sont celles qui ordonnent, défendent : l'individu est tenu de s'y soumettre. Il ne peut y échapper, il ne peut les écarter. ex. il est interdit pour un médecin de recevoir des dons de la part de son patient, toute personne qui perçoit des revenus salariés doit déclarer ses revenus au Trésor public, toute personne qui se marie doit remplir les conditions posées par la loi, etc... Toute loi qui ordonne ou défend est une loi impérative.

Aucune disposition conventionnelle ne peut en écarter l'application. Toute clause contraire serait réputée non écrite : lire l'article 6 du Code civil. Le domaine des lois impératives a tendance à se multiplier : il dépend de la portée de la notion d'ordre public.

- **Les lois supplétives**, au contraire, ne s'imposent aux individus que s'ils n'en ont pas écarté l'application, que s'ils ne sont pas placés dans une situation telle que la loi ne les atteignent pas. Les lois supplétives sont sans doute les plus nombreuses en matière contractuelle dans le Code civil mais on en trouve aussi en droit de famille, matière relevant pourtant plus fortement de l'ordre public. Ainsi par ex. : les époux qui se sont mariés sans faire de contrat de mariage se voit appliquer le régime matrimonial de communauté réduite aux acquêts. Il s'agit d'une loi supplétive car ils auraient pu l'écarter en choisissant un autre régime : séparation de biens, communauté universelle, etc... ; Pour celui qui n'a pas fait de testament, sa succession sera dévolue selon des lois supplétives de volonté. Il peut en écarter l'application et faire un testament par lequel il lègue ses biens aux personnes de son choix. La loi supplétive de volonté est une règle obligatoire, en ce sens seulement qu'elle s'impose aux parties qui ne l'ont pas préalablement écartée. Elle correspond, le plus souvent, à des usages, à

une norme sociale, à l'équité, à ce qu'aurait vraisemblablement fait la personne si on le lui avait demandé. Ces lois sont le plus souvent destinées à suppléer une volonté non exprimée mais supposée des individus.

§ 2 : LA COUTUME

- Historiquement, les règles coutumières sont apparues avant la loi écrite. Dans l'Ancien droit, la coutume était la source essentielle du droit. Mais avec la Révolution (française), il y eut un véritable culte de la loi et la coutume a tendu à disparaître sous l'effet de la centralisation politique, administrative et judiciaire. Aujourd'hui, la coutume a une importance mineure en tant que source du droit.

- **La coutume** apparaît comme une pratique de la vie juridique qui présente un caractère habituel et qui, de ce fait, tend à se poser en règle de droit. La coutume suppose la réunion d'un élément matériel et d'un élément psychologique.

- **L'élément matériel.** Les critères classiques sont : usage ancien, constant, notoire et général.

L'usage doit être ancien, c'est-à-dire résulter d'un assez grand nombre d'actes semblables (plus vrai aujourd'hui dans le domaine des affaires); constant, ce qui signifie que les comportements doivent avoir été relativement semblables ; notoire, c'est-à-dire connu du groupe de personnes concernés et général, c'est-à-dire s'appliquer à l'ensemble du groupe de personnes. L'usage doit être un comportement suivi de manière habituelle.

- **L'élément psychologique :** Il y a une véritable conviction du groupe d'agir en vertu d'une règle obligatoire.

L'usage est perçu comme un comportement obligatoire par l'opinion commune. Il est perçu comme étant une règle de droit et devient ainsi règle de droit. La coutume émane directement du peuple sans passer par ses représentants.

- **La coutume s'oppose à la loi** par sa formation lente et non délibérée. Cette création lente a pour avantage d'adapter parfaitement la règle de droit aux idées morales, aux besoins économiques et sociaux du groupe. De plus, la coutume n'est pas figée comme une loi, elle évolue en fonction des besoins et des mœurs du groupe (ce qui explique sa vivacité en droit des affaires). Par contre, la coutume a l'inconvénient de générer une règle imprécise, mal connue, difficile à saisir dans son étendue en raison de sa perpétuelle évolution et de sa non rédaction. Rédiger les coutumes ne les figent pas, elles continuent à évoluer, elles ne deviennent pas des lois car elles ont une origine populaire.

- **L'incertitude quant au contenu de la coutume** suscite des problèmes de preuve devant le juge. Il faut distinguer entre coutume générale et coutume strictement locale. S'il s'agit d'une commune générale, telle les maximes coutumières ou les usages commerciaux d'une portée générale, le juge doit la connaître et l'appliquer. Le requérant n'a pas à apporter la preuve de l'existence de la règle coutumière et le juge doit l'appliquer d'office. Par contre, s'il s'agit d'un usage local ou professionnel, le juge peut les ignorer. Dans ce cas, celui qui entend en bénéficier, devra apporter la preuve de l'existence de la coutume. Cette preuve se fait par tous les moyens propres à emporter la conviction du juge : témoignages, expertise. Le juge apprécie souverainement l'existence de la coutume. Il est de principe que la violation d'un usage ne peut donner lieu à cassation, sauf lorsque le législateur a expressément incorporé l'usage dans la loi, ou s'il s'agit de coutumes à portée générale.

Il faut noter par ailleurs, que la fonction principale de la coutume est d'adapter parfaitement le droit à la conviction sociale, ce qui permet une meilleure effectivité du droit, et surtout d'adapter rapidement et spontanément le droit aux besoins économiques et sociaux d'un groupe déterminé (profession, commerce).

On peut relever trois hypothèses différentes d'application de la coutume : celle où la loi renvoie expressément à la coutume (*coutume secundum legem*), celle où la coutume vise à combler une lacune de la loi (*coutume praeter legem*), celle où la coutume est contraire à la loi (*coutume contra legem*).

Il existe aussi des adages coutumiers, ou maximes qui ont été consacrés par la Jurisprudence, même si elle leur assigne un domaine souvent plus restreint qu'il n'était à l'origine :

«*Accessorium sequitur principale*» : L'accessoire suit le principal

«*Affectio societatis*» : Intention de s'associer

«*Actor incumbit probatio*» : La preuve incombe au demandeur

«*Infans conceptus pro natur habetur quoties de commodis ejus agitur*» : L'enfant conçu est considéré comme né quand son intérêt est en cause.

«*Nulla poena sine lege*» : pas de peine sans loi

«*Pater is est quem justae nuptiae demonstrant*» : Est présumé père le mari de la mère

"*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (Nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude).

"*In pari causa turpitudinis cessat repetitio*" (Lorsque les parties sont d'une égale turpitude, toute répétition est exclue).

"*Nemo censetur ignorare legem*" (nul n'est censé ignorer la loi).

"*Error communis facit jus*" (L'erreur commune fait le droit).

Ces adages, inscrits nulle part, sont reconnus par la jurisprudence et ont valeur de droit. On ne peut pas dire qu'il s'agisse de règle jurisprudentielle, car, à l'origine, elles n'étaient que coutumières.

Section II : LES SOURCES D'INTERPRETATION DU DROIT

Le voudrait-il, le législateur ne pourrait pas prévoir toutes les situations, toutes les difficultés susceptibles de naître de l'application des textes qu'il édicte.

L'effort considérable des rédacteurs du Code civil allemand (1900), qui ont prétendu faire œuvre scientifique (en ce sens qu'ils ont tenté de dresser un inventaire détaillé de toutes les solutions envisageables), fut une faillite.

Ceci servit d'avertissement aux rédacteurs des autres codes européens.

Il est clair que les rédacteurs du Code civil français n'ont entendu ne donner que des cadres, ne poser que des principes généraux. L'interprétation de la loi s'avère alors souvent nécessaire. L'interprétation de la coutume est encore plus nécessaire que celle de la loi, en raison de l'imprécision et de l'incertitude des règles créées par l'usage.

-Lorsque le juriste se contente d'appliquer purement et simplement une règle claire à une situation envisagée par le législateur, il est évident qu'il ne joue aucun rôle créateur.

- Mais ce rôle commence dès lors qu'il s'agit d'adapter le texte à un cas concret non prévu ; plus encore lorsqu'il faut donner d'un texte imprécis ou incomplet, une interprétation claire ou plus étendue. Ce rôle d'interprétation revient à la jurisprudence et à la doctrine. Cette interprétation est parfois créatrice de droit.

La jurisprudence (§ 1) et la doctrine (§ 2) sont donc des sources indirectes de droit.

§ 1 : LA JURISPRUDENCE

Le mot "Jurisprudence" a deux sens. Pris dans un sens large, il désigne "l'ensemble des décisions rendues par les juges" ; pris dans un sens étroit, il correspond au phénomène créateur de droit, c'est-à-dire, "l'interprétation d'une règle de droit définie, telle qu'elle est admise par les juges".

Le pouvoir judiciaire a pour mission d'appliquer la loi. Mais, la loi n'a pas toujours précisément prévu le cas soumis au juge. Soit parce qu'il n'y avait pas pensé, soit parce qu'il s'agit d'un problème nouveau que personne n'avait envisagé.

On peut alors estimer que le juge a pour rôle de faire évoluer le droit résultant d'un texte écrit, figé. De plus, le contenu de la loi n'est pas toujours clair. Donc, dans le cas, le juge doit interpréter la loi. Pour interpréter la loi, le juge va recourir à une méthode d'interprétation.

§ 2 : LA DOCTRINE

On appelle "Doctrine", l'ensemble des travaux écrits consacrés à l'étude

- La doctrine ainsi entendue, recouvre des œuvres les plus diverses qui sont élaborées principalement par des universitaires, notamment des professeurs de droit, mais aussi par des praticiens, des avocats, magistrats ou notaires. On peut distinguer trois types d'écrits :

Les ouvrages généraux consacrés, en un ou plusieurs volumes, à une branche du droit (droit civil, droit commercial, droit pénal, etc...). Il existe des répertoires qui sont un exposé thématique de la matière avec une vision essentiellement pratique. Il y a également des traités qui font le point sur la matière par un exposé dogmatique et synthétique. Les manuels et précis sont construits sur la même base mais avec davantage de soucis pédagogiques et un effort de simplification.

Les ouvrages spécialisés portant sur des thèmes limités. Ceux-ci sont des thèses de doctorat ou des monographies à finalité plus utilitaire, destinés essentiellement aux praticiens.

- Les écrits ponctuels, qui prennent la forme d'articles, d'études ou de chronique de quelques pages consacrés à un thème précis, le plus souvent d'actualité légale ou jurisprudentielle, ou de note de jurisprudence, commentant une décision de justice.

Relativement à la fonction de la doctrine, Philippe Jestaz nous dit, dans son ouvrage (Le droit, Connaissance du droit), que « pour mesurer le rôle de la doctrine, il suffit en guise d'expérience de faire lire le Code civil à un non-juriste : c'est, à en croire le prédécesseur de Knock, un bon remède contre l'insomnie. Le malheureux ne comprendra rien, -si ce n'est qu'il faut plusieurs années pour former un juriste ! Or, la doctrine joue précisément ce rôle de commenter chaque texte, en lui-même, en le confrontant avec la réalité sociale et surtout en le rapportant aux autres textes. La doctrine édifie un ensemble explicatif. » Il a donc un rôle pédagogique.

- Mais les juristes ne doivent pas se contenter d'étudier et de commenter la règle écrite. Ils ne peuvent se contenter d'en être l'interprète, d'étudier les institutions juridiques seulement de *lege lata* (ce qu'elles sont) mais aussi de *lege ferenda* (ce qu'elles devraient être). Ils doivent en rechercher les défauts.

Ils ont le devoir de montrer au législateur le défaut de la règle de droit afin que celui-ci intervienne pour la modifier.

DEUXIEME PARTIE : LE DROIT ENVISAGE COMME UN ENSEMBLE DE PREROGATIVES : LES DROITS SUBJECTIFS

Le droit subjectif est l'ensemble des **prérogatives, avantages ou pouvoirs** particuliers dont bénéficie et peut se prévaloir un **sujet de droit**, qu'il soit une personne physique ou morale. Les droits subjectifs (point de vue de l'individu) sont **reconnus par le droit objectif** (point de vue de la société).

Ainsi, les individus sont égaux devant la loi (droit objectif), mais n'ont pas tous les mêmes droits. Les droits subjectifs sont opposables aux tiers, leur respect ou leur reconnaissance peut être réclamée en justice. Ces droits comblent l'individu d'un pouvoir et sont très nombreux.

SECTION 1 : DEFINITION DES DROITS SUBJECTIFS

La notion de droit objectif est aussi usuelle qu'imprécise mais elle a connu beaucoup de succès en raison de son caractère expressif c'est à dire un moyen pour l'individu de s'émanciper de pouvoirs qui s'imposent à lui et une possibilité pour lui de résister au pouvoir politique.

Les droits subjectifs = inhérents à la personne humaine et sont assimilés aux droits de l'homme (DDHC).

A) La notion de droit subjectif

Le droit subjectif est un pouvoir reconnu par un sujet et judiciairement protégé en vertu des règles du droit objectif et d'après Jhering (19^e siècle) tout intérêt est juridiquement protégé.

C'est un droit qui peut se décliner de 3 manières :

A l'encontre d'une autre personne prédéterminée ;

A l'encontre d'une chose prédéterminée ;

A l'encontre de la société dans son ensemble.

La notion de droit subjectif se distingue très mal de la notion de liberté

B) La notion de liberté

C'est un pouvoir reconnu à un individu (liberté individuelle) d'entreprendre une certaine activité sans que l'Etat puisse l'interdire absolument et toute liberté individuelle (= publique) se comprend par rapport à un objet déterminé (la liberté politique, la liberté d'expression, la liberté d'entreprendre, etc...). Mais surtout le propre d'une liberté est de ne pas poursuivre une finalité prédéterminée et en cela elle ne peut pas être limitée par le droit objectif qui lui en fixerait une.

C'est un pouvoir d'initiative dont dispose l'individu, pouvoir ouvert moteur d'innovations et du progrès. Il y a donc un intérêt philosophique mais aussi pratique à protéger les libertés.

Le fait d'être titulaire de libertés n'est cependant pas un gage d'impunité car la manière dont on use de sa liberté peut être une source de responsabilité et certains de ces usages peuvent même être proscrits soit par la loi soit autrement.

C) La distinction droit subjectif / liberté

2 points communs :

Le titulaire étant les individus

L'investissement d'un pouvoir d'action juridiquement protégé

2 points de divergence :

Le caractère déterminé de ce que cela permet, la liberté protégeant un pouvoir d'agir assez général alors que le droit subjectif protège le pouvoir de faire une action particulière.

Les sujétions (contraintes) que cela impose, la liberté ne permettant pas d'exiger des autres une action mais de laisser le titulaire agir en paix tandis que le droit subjectif le permet davantage.

SECTION 2 : LA DIVERSITE DES DROITS SUBJECTIFS

1. Les droits patrimoniaux

A) La notion de patrimoine

C'est un ensemble abstrait où est comptabilisée la totalité des biens, des créances et des dettes d'une personne. Ce concept désigne un lieu où sont répertoriées 3 catégories :

- Les droits de propriété dont une personne est titulaire
- Tout ce que des tiers doivent au titulaire
- Tout ce que le titulaire doit à des tiers

Il y a un actif que représentent les biens et les créances et un passif que représentent les dettes.

C'est comme une enveloppe ouverte dans laquelle tombent tous les droits sur les biens, entrent toutes les créances et sortent toutes les dettes c'est à dire une circulation de flux pécuniaires.

Le patrimoine est une universalité juridique car c'est un ensemble de différents droits et l'actif de ce patrimoine constitue le gage général des créanciers de l'individu (article 2092 du Code civil)

Le patrimoine est une unicité juridique car toute personne est dotée d'un patrimoine mais d'un seul, le patrimoine d'affectation n'étant pas admis par le droit français et burkinabè mais qui admet la possibilité de créer des personnes morales notamment des sociétés qui, en tant que personne, sont détentrices d'un patrimoine.

Alors le créateur d'une société va prendre une partie de son actif pour le transférer dans sa société.

La théorie des personnes morales permet donc de palier les inconvénients que présente le refus d'un patrimoine d'affectation

B) Les droits réels et les droits personnels

1) Les droits réels

C'est une prérogative directe et juridiquement protégée dont une personne est titulaire sur une chose, directe en ce sens que ce pouvoir s'exerce sans avoir besoin de passer par l'intermédiaire d'autrui.

C'est le droit de tirer d'une chose ses utilités sans avoir à en rendre compte à qui que ce soit

Les différentes prérogatives

Le droit réel type c'est le droit de propriété (article 544 du Code civil), pouvoir d'user ou de disposer qui peut être démembré en 3 catégories que sont usus (user), fructus (exploiter et s'approprier le fruit d'une chose) et abusus (user d'une chose jusqu'à l'enlever c'est à dire la détruire ou la céder).

Les différentes choses

Le Code civil divise le monde en 2 catégories que sont les personnes et les choses et il divise le monde des choses lui aussi en 2 catégories selon l'article 516 tous les biens sont meubles ou immeubles.

Les choses immeubles n'ont pas la même importance physique, politique voire économique que les choses meubles, autrement dit le sol et tout ce qui se construit dessus de manière inamovible.

Le sol c'est le territoire et il a un statut politique propre qui est de constituer une nation, un pays.

Il a une importance éco particulière car pendant longtemps c'était la seule marque sûre de richesse

La **res mobilis** (chose meuble) et la **res vilis** (chose vile c'est à dire peu de valeur) = sources de richesse. Conception agraire de la chose immeuble qui est frugifère et présente un aspect capitalistique.

Les choses peuvent aussi être corporelles (tangibles c'est à dire perçues par les sens humains) ou incorporelles (intangibles c'est à dire uniquement une vue de l'esprit), les choses corporelles étant plutôt mobilière (**res mobilis**).

Enfin, les choses peuvent être dans le commerce (susceptible d'échanges patrimoniaux) ou hors du commerce (insusceptible de circuler librement), les choses communes **res comunis** c'est-à-dire, qui n'appartiennent à personne mais à tout le monde (l'air par exemple) ou encore le corps humain étant hors commerce et les biens étant dans le commerce.

2) Les droits personnels

C'est le droit qu'une personne (a) détient d'une autre personne (b) et il s'exprime dans le fait qu'une personne peut exiger une prestation d'une autre personne, prestation qui peut consister en une action positive ou une action négative.

Lien juridique entre (a) et (b) c'est l'obligation c'est à dire que (b) est débiteur de (a) (titulaire d'une créance). Les créances sont des biens corporels susceptibles d'être l'objet d'un droit réel qui vient donc s'articuler à un droit personnel (d'après les juristes).

Les obligations connaissent différentes sources :

- Un contrat
- Un fait unilatéral spontané et maléfique c'est à dire qui va créer une dette de responsabilité à son auteur (faits délictueux)
- Un fait unilatéral spontané et bénéfique c'est à dire qui va créer une dette d'indemnisation à son auteur (quasi contrat)
- La loi qui va créer une obligation pour une personne par cela seulement qu'elle est dans la situation visée (par ex l'obligation alimentaire que les parents doivent à leurs enfants).

2. Les droits extra patrimoniaux

A) Définition

Ce sont des droits dont les sujets sont titulaires mais qui ne figurent pas dans leur patrimoine.

Leur nature n'est pas monétaire mais ce qui fait leur valeur c'est qu'ils sont consubstantiels à la personne humaine c'est à dire qu'à travers ces droits c'est la dignité des individus que l'on vise et que l'on veut protéger.

Ce sont plus que des choses, cela participe à la notion de personne et ce ne sont pas des créances en ce sens qu'ils ne permettent pas d'exiger de quelqu'un une prestation déterminée mais ils contraignent simplement autrui à les respecter et enfin ils sont incessibles et indisponibles.

Ces droits sont intimement liés à la personne qui ne peut s'en défaire de par sa volonté

B) Les droits de la personnalité

Personnalité au sens de ce qui singularise une personne, qui lui confère son individualité et cette idée est propre à toute personne.

1) La notion de personne

Elle a un enjeu important et concret qui est qu'une personne est sujet de droit mais elle est insusceptible d'être l'objet d'un droit réel (seulement sur une chose) que cette personne soit physique soit morale.

Les personnes physiques

Ne sont pas définies par la loi car on en a une perception spontanée et son identification est facile.

La personne humaine est nécessairement humaine mais les critères rationnels de définition sont difficiles concernant la notion de vie (article 16 du Code civil La loi assure la primauté de la personne), le commencement de la vie n'étant pas aisément déterminable (conception ou naissance ?).

b. Les personnes morales

La notion de personne morale est une invention des juristes qui consiste à attribuer la personnalité à un rassemblement de personnes et à doter ce groupement d'une personnalité autonome, individuelle et indépendante de ceux, de celles qui la composent. Elle est intangible, c'est une abstraction.

Cette idée est née des besoins de la pratique, les gens ayant envie de travailler en commun et qui pour cela ont créé une organisation commune qui est une vie, une personnalité et un patrimoine propre.

La personne morale (on devrait dire personnalité uniquement juridique pour dire qu'elle n'a aucune personnalité physique) va donc créer un être nouveau apte à être titulaire de biens, de créances, de s'engager, d'être débiteur et cet être nouveau va avoir un patrimoine indépendant des patrimoines de ceux qui l'ont créé.

Introduction à l'étude du Droit/ Le B.A.BA du Droit.

La loi met à la disposition des particuliers ≠ types de personnes morales et plusieurs modèles d'organisation : Les sociétés, Les associations, Les mutuelles, Les fondations, Les syndicats, Etc.

La naissance de la personne morale c'est le problème de l'acquisition de sa personnalité, il faut aujourd'hui une déclaration à une autorité administrative (par exemple, une société acquiert une personnalité morale à compter de son inscription au registre du commerce et des sociétés).

Une fois que la personne morale est née, elle a une vie institutionnelle dans le sens où la loi la dote d'un certain nombre d'organes collégiaux et de représentants légaux, représentants incarnant la volonté de la personne morale qui va pouvoir déléguer ce pouvoir de représentation en nommant des subordonnés qui vont représenter la personne. Le représentant légal est l'organe de la personne morale c'est à dire ce qui lui permet de s'exprimer, de parler.

Lorsque le représentant légal agit ce n'est pas en son nom et pour son compte mais c'est bien la personne morale qui agit à travers lui donc il n'est pas personnellement engagé par les actes accomplis dans le cadre de ses fonctions. Il est donc transparent. Plus généralement, tous les actes qu'il commet dans ses fonctions sont des actes dont la personne morale seule répond. Dans la mesure où ses actes ne l'engagent pas, les obligations qui en naissent ne pourront être exécutées que sur le patrimoine de la personne morale. Lorsqu'il y a trop de dettes la personne morale est liquidée, les créanciers auront tendance à vouloir se retourner sur les associés de cette personne morale.

La personne morale va disparaître (décès) en plusieurs étapes : sa disparition est un processus ouvert par la décision de la dissoudre, décision volontaire prise par ses auteurs ou involontaire prise par un juge.

Mais cette personne a un patrimoine alors une phase de liquidation va s'ouvrir permettant de désinscrire la personne morale du registre où sa naissance était indiquée (radiation).

2) La notion de droits de la personnalité

Ils représentent des prérogatives liées à la personne, ce qui explique qu'ils ne puissent être cédés ou autrement abdiqués (indisponibilité).

a. Les attaches familiales

Rapport de l'individu à l'égard de sa famille soit fondé sur le rapport de filiation qui va créer des obligations, soit sur un rapport d'alliance conjugale qui va former une famille nouvelle et des droits fondés sur la solidarité (on ne peut pas se délier du devoir de fidélité par exemple).

b. Le nom

Le nom identifie l'individu et à ce titre c'est une institution de police civile car l'Etat a intérêt à identifier les administrés. C'est aussi une chose consubstantielle à la personne car une personne existe au travers de son nom. Le nom a donc une symbolique très forte.

Cet aspect expressif de la personne fait du nom un droit extra patrimonial car on peut changer de nom (mais pas librement) et on ne peut pas abdiquer son nom et être complètement anonyme. Une autre personne ne peut porter le nom d'une autre personne.

On dit aussi du nom qu'il est non seulement indisponible mais également imprescriptible c'est à dire qu'on ne perd jamais le droit de défendre son nom contre une usurpation

Les règles d'attribution du nom : le nom se compose de 2 éléments qui sont le prénom et le nom de famille (patronymique) qui est le signe de rattachement d'1 personne à une lignée entraînant une filiation.

Le prénom est attribué plus librement que le nom de famille même si l'officier de l'état civil peut refuser le nom donné par les parents de l'enfant en s'adressant au procureur de la République qui peut lui-même saisir le juge des affaires familiales pour faire annuler l'enregistrement du prénom et imposer un autre choix.

c. La nationalité

C'est ce qui permet à un individu d'être membre de la grande communauté qu'est la nation et c'est un élément de différenciation qui faiblit en Occident mais qui reste fort ailleurs. La différence entre nationaux et étrangers est tout de même une différence considérable car plus on appartient à un groupe plus on peut exiger de ne pas être traité comme un étranger.

d. L'identité sexuelle

La différenciation homme/femme reste fondamentale, c'est un élément d'identité et le caractère sexué s'exprime comme étant le droit d'être traité selon le régime juridique propre à son sexe.

L'indifférenciation sexuelle est un discours qui progresse : égalité sexuelle, interdiction de discrimination sexuelle, neutralité des qualificatifs « conjoints » et « parents ».

3) Ce qui exprime la personnalité de l'individu

Le droit doit protéger la liberté de donner aux autres l'image que l'on souhaite et cela se traduit spécialement par la possibilité de tenir autrui à l'extérieur de la vie intime (protection de la vie privée), mais aussi par la protection du droit à l'image.

a. Protection de la vie privée

C'est le lieu d'épanouissement de la personnalité et c'est pour cette raison qu'elle constitue un jardin secret protégé par le droit et notamment l'article 9 du Code civil, chacun a le droit au respect de sa vie privée.

La délimitation de la vie privée, donc de la sphère de protection juridique à cet égard, est ainsi fonctionnelle car on va dire si tel élément relève ou pas de la protection de la vie privée selon le lien qui existe entre l'élément divulgué et la personne. Cela s'apprécie de manière concrète au cas par cas.

Il ne faut pas opposer vie privée et vie publique, lieu privé et lieu public

La vie privée visant à défendre la personnalité, le droit à la vie privée est un droit extra patrimonial qui ne peut pas être abdiqué (renonciation ponctuelle), autrui ne peut s'y immiscer en permanence (sauf autorisation ponctuelle).

Ce qui est extra patrimonial c'est la possibilité de se protéger, le droit de défendre sa vie privée en général.

Le droit de défendre la vie privée s'éteint avec la personne et la possibilité de défendre sa personnalité ne passe pas à ses héritiers qui ne peuvent donc pas agir contre le divulgateur de l'information concernant le défunt mais ils ne sont pas privés d'action si les propos mettent en cause leur propre vie privée en les incluant dans l'histoire divulguée et d'agir en protection de la mémoire des morts (diffamation seulement).

b. Protection de l'image

Le droit à l'image s'est détaché du droit au respect de la vie privée tout en adoptant un régime à peu près identique mais la différence c'est que l'on sait tout de suite s'il est violé ou pas car c'est le droit d'interdire la reproduction de l'image d'une personne (cliché en particulier).

Toute diffusion de l'image d'une personne sans son autorisation préalable est interdite

Toutefois le droit à l'image va aussi devoir composer avec une liberté de même niveau qu'est la liberté d'information concernant les masses média et qui est la liberté pour elle d'utiliser l'image comme un vecteur d'info mais sous cette nuance la méthode de décision est la même qu'en matière de vie privée.

c. Le droit moral de l'auteur d'une œuvre

Aspect extra patrimonial : le droit moral permet à l'auteur d'une œuvre de s'opposer à sa diffusion alors même qu'il en a cédé les droits d'exploitation.

3. Les droits fondamentaux

Divers textes garantissent la jouissance de certains droits reconnus aux hommes, fondés uniquement sur la notion d'humanité. Ce sont les droits de l'homme c'est à dire inhérents à sa personne, à sa dignité.

Ce sont des droits qui sont d'une vigueur particulière, l'Etat ne peut pas décider de les supprimer mais juste les encadrer donc organiser leur exercice (limites) mais il ne peut le faire d'une manière telle qu'il les viderait ainsi de leur substance.

On les distingue mal des libertés c'est pourquoi on utilise souvent la formule suivante : droits et libertés fondamentaux. Cette catégorie est très large et tend à s'enrichir au fil du temps pour une raison presque mécanique liée à la forme démocratique de nos gouvernements qui tendent à accorder des droits sur la réclamation de divers groupes sociaux.

2 groupes : les droits fondamentaux effectifs et les droits fondamentaux programmatique

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE 1)

TRAITES, MANUELS et PRECIS –

J.-L. AUBERT, Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Armand Colin, Collection U, 8e édition, 2000. –

Ch. BEAUDET, Introduction générale et historique à l'étude du droit, Centre de publications universitaires, 1997.

- J. BONNARD, Introduction au droit, éd. Ellipses, coll. Universités Droit, 2e éd., 1998. - M. BONNECHERE, Introduction au droit, La découverte, coll. Repères, n°156, 1994. –

CABRILLAC (R.), Introduction générale au droit, Cours Dalloz, 3e éd., 1999. - J. CAILLOSSE, Introduire au droit, Montchrestien, coll. Clefs, 1999. –

J. CARBONNIER, Droit civil, tome 1, Introduction, P.U.F., Collection Thémis, 26e édition, 1999. - G. CORNU, Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens, Montchrestien, 8e édition, 1997. –

DEFRENOIS-SOULEAU (I.), Je veux réussir mon droit, Méthodes de travail et clés du succès, Dalloz, 3e éd., 1998. –

J. GHESTIN ET G. GOUBEAUX avec la collaboration de M. FABRE-MAGNAN, Traité de droit civil, Introduction générale, L.G.D.J., 4e édition, 1995. –

J.-P. GRIDEL, Introduction au droit et au droit français, notions fondamentales, méthodologie, synthèse, Dalloz, 2e édition, 1994. –

JESTAZ (Ph.), Le droit, Connaissances du droit, Dalloz, 3e éd., 1996. –

Introduction à l'étude du Droit/ Le B.A.BA du Droit.

X. LABBEE, Introduction générale au droit. Pour une approche éthique, Presses universitaires du Septentrion, coll. Droit/Manuels, 1998. –

Ch. LARROUMET, Droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit privé, Economica, 3 éd., 1998.

–

D. MAINGUY, Introduction générale au droit, Litec, coll. Objectif Droit, 1997. –

Ph. MALAURIE et L. AYNES, Droit civil, Introduction générale, par Ph. MALAURIE, CUJAS, 2e édition, 1994/1995. –

Ph. MALINVAUD, Introduction à l'étude du droit, Litec, 8e éd., 1998. - G. MARTY et P. RAYNAUD, Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, Sirey, 2e édition, 1972. –

H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, Leçons de droit civil, tome 1, Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 11e édition, 1996. –

M. PARQUET, Introduction générale au droit, Collection Lexifac, Bréal, 1996. –

J.-L. SOURIOUX, Introduction au droit civil, P.U.F., Collection Droit fondamental, 2e édition, 1990.

–

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, Introduction au droit, Litec, 4e édition, 1996. - F. TERRE, Introduction générale au droit, Précis Dalloz, 4e édition, 2000.

2) RECUEIL DE DECISIONS - H. CAPITANT, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 11e édition par F. TERRE et Y. LEQUETTE, Dalloz, 2000, 2 tomes.

3) CODES - Code civil, édition 2001, Dalloz (code rouge). - Code civil, édition 2001, Litec (code bleu).

4) VOCUBULAIRE, LEXIQUES - CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Dalloz, 8e éd., 2000. - GUINCHARD et MONTAGNIER, Lexique de termes juridiques, Dalloz, 12e éd. 1999.